

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

112-10-CA

FERNAND ROBICHAUD

APPELLANT

FERNAND ROBICHAUD

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Robichaud v. R., 2011 NBCA 112

Robichaud c. R., 2011 NBCA 112

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Deschênes  
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Deschênes  
L'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
August 10, 2010

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 10 août 2010

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
September 15, 2011

Appel entendu :  
Le 15 septembre 2011

Judgment rendered:  
December 15, 2011

Jugement rendu :  
Le 15 décembre 2011

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Deschênes

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Deschênes

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Michel DesNeiges

For the respondent:  
Jean Guy Savoie

### THE COURT

The application for leave to appeal is allowed but the appeal is dismissed. However, the cross-appeal is allowed, but solely for the following purposes: (1) Schedule A to the warrant of committal upon conviction dated September 15, 2010, is deleted; (2) Pursuant to ss. 462.37(3) and (4) of the *Criminal Code*, the appellant is ordered to pay a fine instead of forfeiture of \$19,400.00 with respect to the break, enter and theft at Mr. Robichaud's home and on default of payment of said fine, he shall serve a term of 20 months in prison (consecutive to any other sentence). The time limit for payment of the fine is set at 60 days from the date of the appeal judgment; and (3) pursuant to those same provisions, the appellant is also ordered to pay a fine instead of forfeiture of \$475,000.00 with respect to the break, enter and theft at Mr. Kenny's home and on default of payment of said fine, he shall serve a term of 4 years in prison (consecutive to any other sentence). The time limit for payment of the fine is set at 60 days from the date of the appeal judgment. In other respects, the sentences imposed by the trial judge remain the same.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Michel DesNeiges

Pour l'intimée :  
Jean Guy Savoie

### LA COUR

La demande en autorisation d'appel est accueillie, mais l'appel est rejeté. Cependant, l'appel reconventionnel est accueilli, mais uniquement pour les fins suivantes : (1) l'Annexe A du mandat d'incarcération sur déclaration de culpabilité daté du 15 septembre 2010 est supprimée; (2) conformément aux dispositions des par. 462.37(3) et (4) du *Code criminel*, l'appelant est condamné au paiement d'une amende substitutive de 19 400 \$ par rapport à l'introduction par effraction et au vol chez M. Robichaud et il devra purger une peine d'emprisonnement (consécutive à toute autre peine) de 20 mois à défaut de paiement. Le délai pour payer cette amende est fixé à 60 jours à compter de la date du jugement en appel; et (3) conformément à ces mêmes dispositions, l'appelant est également condamné à payer une amende substitutive de 475 000 \$ par rapport à l'introduction par effraction et au vol chez M. Kenny et il devra purger une peine d'emprisonnement (consécutive à toute autre peine) de 4 ans à défaut de paiement. Le délai pour payer cette amende est fixé à 60 jours à compter de la date du jugement en appel. Par ailleurs, les peines infligées par le tribunal de première instance restent inchangées.

## Le jugement de la Cour rendu par

### LE JUGE DESCHÊNES

#### I. Introduction

[1] Il s'agit en l'espèce de déterminer le sens de l'expression « bien [...] d'un contrevenant » que renferme le par. 462.37(3) du *Code criminel*. Cette expression peut-elle englober de l'argent liquide volé? La question a été débattue dans le contexte suivant : le juge du procès a infligé des peines d'emprisonnement pour deux infractions aux termes de l'al. 348(1)*b*) (introduction par effraction et vol) mais il a rejeté la demande du substitut du procureur général visant l'imposition d'amendes substitutives en application du par. 462.37(3) au motif que l'argent liquide volé par l'appelant n'était pas un de ses biens, mais le bien des victimes. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le juge a commis une erreur de droit en rejetant cette demande.

#### II. Les faits

[2] L'appelant, un criminel endurci (voir l'Annexe A), s'est introduit dans les demeures de deux citoyens du nord-est du Nouveau-Brunswick à quelques mois d'intervalle pour voler les coffres-forts qui s'y trouvaient. Le premier contenait la somme de 19 400 \$ en argent liquide alors que l'autre renfermait une somme dépassant les 500 000 \$. Au moment de chaque crime, l'appelant était accompagné de deux complices, mais tous conviennent que son rôle dans la perpétration des infractions a été prédominant.

[3] À la suite d'un procès devant juge et jury, l'appelant a été déclaré coupable des infractions décrites ci-dessous, et condamné à purger 11 ans et 4 mois d'emprisonnement, une peine réduite à 7 ans et huit mois eu égard à la période de détention préventive. Voici ce qu'indique le mandat d'incarcération sur déclaration de culpabilité :

- a) introduction par effraction chez M. Jean-Guy Kenny le 18 octobre 2008 (348(1)b)) : une peine de 7 ans et 4 mois consécutive à toute autre peine;
- b) introduction par effraction chez M. Alvida Robichaud le 18 août 2008 (348(1)b)) : une peine de 4 mois à être purgée consécutivement à toute autre peine, la peine de 4 mois ayant été fixée après que le juge du procès ait accordé un crédit de 44 mois pour les 22 mois passés en détention préventive;
- c) deux défauts de conformité à une condition prescrite aux termes d'une promesse remise à un agent de la paix (l'al. 145(5.1)a)) : une peine de 15 mois d'incarcération pour chaque infraction, chacune de ces peines devant être purgée de façon concurrente aux autres peines.

[4] Le mandat d'incarcération contient aussi une annexe dont les dispositions interdisent à l'appelant de communiquer avec ses complices et de se rendre sur les propriétés des victimes. En plus, elles obligent l'appelant à « remettre immédiatement aux autorités pour le bénéfice de Jean-Guy Kenny toutes sommes en sa possession ou contrôle dont il s'est illégalement approprié le 18 octobre 2008 lorsqu'il a commis l'entrée chez Jean-Guy Kenny ». Tous s'entendent pour dire que les conditions prévues à cette annexe ne devaient pas faire partie du mandat d'incarcération et que l'annexe doit être supprimée. Je suis d'accord. Je ferais remarquer que le juge du procès a rendu le 26 mai 2010 deux ordonnances conformément aux articles 738 et 739 du *Code criminel* enjoignant à l'appelant de dédommager les victimes et prescrivant un jugement au civil en leur faveur pour les sommes impayées avant le 10 août 2010. Ces ordonnances de dédommagement ne font pas l'objet de l'appel ou de l'appel reconventionnel.

[5] M. Robichaud prétend que la peine globale de 7 ans et huit mois est excessive et il demande une réduction de quelques années.

[6] En revanche, le poursuivant a déposé un appel reconventionnel. Il soutient que la peine globale susmentionnée est insuffisante et il demande une augmentation importante de celle-ci. En outre, il remet en cause le refus du juge d'appliquer les dispositions du par. 462.37(3) et d'infliger une amende substitutive ainsi qu'une peine d'emprisonnement consécutive à celle de 7 ans et huit mois, conformément aux dispositions du par. 462.37(4). Pour fins de commodité, je reprends les dispositions pertinentes de l'article 2 et de la partie XII.2 du *Code* en lien avec les produits de la criminalité :

2. In this Act,

[...]

“property” includes

(a) real and personal property of every description and deeds and instruments relating to or evidencing the title or right to property, or giving a right to recover or receive money or goods,

(b) property originally in the possession or under the control of any person, and any property into or for which it has been converted or exchanged and anything acquired at any time by the conversion or exchange, and

462.3 (1) In this Part,

[...]

“proceeds of crime” means any property, benefit or advantage, within or outside Canada, obtained or derived directly or indirectly as a result of

(a) the commission in Canada of a

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« biens » ou « propriété »

a) Les biens meubles et immeubles de tous genres, ainsi que les actes et instruments concernant ou constatant le titre ou droit à des biens, ou conférant le droit de recouvrer ou de recevoir de l'argent ou des marchandises;

b) des biens originaires en la possession ou sous le contrôle d'une personne, et tous biens en lesquels ou contre lesquels ils ont été convertis ou échangés et tout ce qui a été acquis au moyen de cette conversion ou de cet échange;

462.3 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

[...]

« produits de la criminalité » Bien, bénéfice ou avantage qui est obtenu ou qui provient, au Canada ou à l'extérieur du Canada, directement ou indirectement :

a) soit de la perpétration d'une infraction

designated offence, or

désignée;

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted a designated offence.

b) soit d'un acte ou d'une omission qui, au Canada, aurait constitué une infraction désignée.

[...]

[...]

462.37 (1) Subject to this section and sections 462.39 to 462.41, where an offender is convicted, or discharged under section 730, of a designated offence and the court imposing sentence on the offender, on application of the Attorney General, is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is proceeds of crime and that the designated offence was committed in relation to that property, the court shall order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

462.37 (1) Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction désignée — ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de cette infraction — est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 462.39 à 462.41, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction désignée; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

[...]

[...]

462.37(3) If a court is satisfied that an order of forfeiture under subsection (1) or (2.01) should be made in respect of any property of an offender but that the property or any part of or interest in the property cannot be made subject to an order, the court may, instead of ordering the property or any part of or interest in the property to be forfeited, order the offender to pay a fine in an amount equal to the value of the property or the part of or interest in the property. In particular, a court may order the offender to pay a fine if the property or any part of or interest in the property

462.37(3) Le tribunal qui est convaincu qu'une ordonnance de confiscation devrait être rendue à l'égard d'un bien — d'une partie d'un bien ou d'un droit sur celui-ci — d'un contrevenant peut, en remplacement de l'ordonnance, infliger au contrevenant une amende égale à la valeur du bien s'il est convaincu que le bien ne peut pas faire l'objet d'une telle ordonnance et notamment dans les cas suivants :

(a) cannot, on the exercise of due diligence, be located;

a) impossibilité, malgré des efforts en ce sens, de retrouver le bien;

(b) has been transferred to a third party;	b) remise à un tiers;
(c) is located outside Canada;	c) situation du bien à l'extérieur du Canada;
(d) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or	d) diminution importante de valeur;
(e) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty.	e) fusion avec un autre bien qu'il est par ailleurs difficile de diviser.
462.37(4) Where a court orders an offender to pay a fine pursuant to subsection (3), the court shall	462.37(4) Le tribunal qui inflige une amende en vertu du paragraphe (3) est tenu :
(a) impose, in default of payment of that fine, a term of imprisonment	a) d'infliger, à défaut du paiement de l'amende, une peine d'emprisonnement :
[...]	[...]
(ii) of not less than six months and not exceeding twelve months, where the amount of the fine exceeds ten thousand dollars but does not exceed twenty thousand dollars,	(ii) de six mois à un an, si l'amende est supérieure à dix mille dollars mais égale ou inférieure à vingt mille dollars,
[...]	[...]
(v) of not less than two years and not exceeding three years, where the amount of the fine exceeds one hundred thousand dollars but does not exceed two hundred and fifty thousand dollars,	(v) de deux ans à trois ans, si l'amende est supérieure à cent mille dollars mais égale ou inférieure à deux cent cinquante mille dollars,
(vi) of not less than three years and not exceeding five years, where the amount of the fine exceeds two hundred and fifty thousand dollars but does not exceed one million dollars, or	(vi) de trois ans à cinq ans, si l'amende est supérieure à deux cent cinquante mille dollars mais égale ou inférieure à un million de dollars,
[...]	[...]

[7] Il convient également de reprendre les propos que le juge a formulés pour motiver son refus d'appliquer les dispositions du par. 462.37(3) :

Maintenant, pour ce qui est de la demande de la poursuite d'une ordonnance en vertu de la partie 12.2 relatif aux dispositions des produits de la criminalité. Quoique l'objectif du procureur était humble, cette partie du *Code criminel* n'a pas d'application en l'espèce. D'abord, le parlement visant la saisie et l'appropriation du bien résultant d'activités criminelles, la saisie d'une Mercedes reçue en échange de cocaïne, l'achat d'une maison dont l'argent provient de la vente de drogues, et les provisions et l'intention du législateur. Quoique nous pourrions donner à l'argent qui encore plusieurs contrevenants ont toujours en leur contrôle suite à ce crime chez Jean-Guy Kenny, elle n'est pas le produit de la criminalité compris dans la partie 12.2 du *Code criminel*. D'abord, cette requête du procureur n'aurait jamais dû être poursuivie après avoir constaté les efforts pour récupérer cet argent [n'allaient] pas réussir. De demander que l'argent de Jean-Kenny soit saisi pour être remis au Procureur général est sans fondement. Il s'agit de l'argent de Jean-Guy Kenny dont le Procureur général n'a aucun droit. Si le Procureur avait l'argent aujourd'hui, que ferions-nous avec? Elle serait retournée à son propriétaire, Jean-Guy Kenny, et non au Procureur général. Comment ou pourquoi rendre une telle ordonnance si nous l'avons pas à notre possession? Nous ne pouvons même, si elle a été - nous ne pouvons, même si elle a été volée, changer la nature et la qualité de cet argent, qui est de l'argent volé, et non un produit de la criminalité. Ceci est l'argent de monsieur Kenny et non du Procureur général. Le produit de la criminalité n'est pas de l'argent propriété des victimes. Le produit de la criminalité est ou devient en vertu de la législation la propriété de la Couronne n'ayant pas de propriétaire légitime et des avis pour fin de saisies est prévue au *Code criminel* pour s'assurer la légitimité de la requête. Aucun avis n'aurait été rapporté à ce tribunal. Afin, l'alinéa 3 et 4, l'article 462.37(1) du *Code criminel* ne peut être utilisé dans le but d'allonger une peine comme le souhaiterait le procureur. Pour ce faire, il faut lire le *Code* de façon inversée pour arriver à l'alinéa 1 pour la confiscation des produits de la criminalité. En l'espèce, seul le dédommagement prévu à l'article 738 semble s'appliquer, et compte tenu de nos discussions la semaine dernière, l'espoir de remboursement est peut-être



improbable. J'ai tout de même prévu, dans mon ordonnance, le dédommagement et le retour de l'argent si un ou plusieurs des contrevenants demeureraient en possession de cet argent ou de ce qui reste. [transcription du 10 août 2010, pages 40-42]

III. Les moyens d'appel et de l'appel reconventionnel

[8] Comme je l'ai indiqué, l'appelant fait valoir que la peine globale est trop sévère alors que l'intimé soutient qu'elle est beaucoup trop clémente.

[9] La norme de contrôle pour les appels de la peine est maintenant bien connue et notre Cour a statué sur cette question à maintes reprises. L'intervention en appel est contre-indiquée « à moins que l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : 1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? 2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? 3) La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*? » (*R. c. LeBlanc*, 2003 NBCA 75, 264 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 341, au para. 17, par le juge en chef Drapeau au nom de la Cour). Voir aussi *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 88, para. 27-28.

[10] Eu égard aux circonstances de la perpétration des crimes en question et le lourd casier judiciaire de l'appelant (près de 100 infractions criminelles échelonnées sur deux décennies, y compris une vingtaine d'introductions par effraction dont une lui a valu une peine d'emprisonnement de 6 ans), et compte tenu de la norme de contrôle applicable, j'accueillerais la demande en autorisation d'appel mais je rejetterais l'appel.

[11] Par contre, l'appel reconventionnel n'est pas sans mérite en ce qui concerne la demande visant l'application du par. 462.37(3). Celle-ci aurait dû être acceptée et c'est en raison d'une erreur de droit que le juge a débouté le poursuivant. L'intervention de la Cour est donc indiquée par rapport à cette question.

IV. Analyse et décision

[12] Il n'est pas nécessaire de reprendre tous les détails de la perpétration des introductions par effraction. Il suffit de constater que les conclusions suivantes du juge sont amplement justifiées par la preuve recueillie au procès et lors de l'audience portant sur la détermination de la peine :

- a) L'appelant était le grand responsable de la planification entourant les deux introductions par effraction chez les Robichaud et Kenny.
- b) Un coffre-fort contenant la somme de 19 400 \$ a été volé chez M. Robichaud. Un autre coffre-fort contenant une somme en argent liquide dépassant les 500 000 \$ a été volé chez M. Kenny.
- c) La totalité de l'argent liquide provenant du coffre-fort volé chez M. Robichaud avait été dilapidée par l'appelant et ses complices au moment du procès.
- d) Une partie considérable de l'argent liquide appartenant à M. Kenny a été récupérée et le juge a fixé à 475 000 \$ le solde qui devait être remis à ce dernier. Le juge était convaincu que la somme de 475 000 \$ en argent liquide était encore en la possession ou sous le contrôle de l'appelant. Il importe de le répéter : le juge était en mesure de fixer la somme due à M. Kenny sur la foi des nombreux éléments de preuve déposés lors du procès et lors de l'audition pour déterminer la peine. En fait, le juge pouvait conclure ainsi en se fondant sur le témoignage de l'appelant lui-même au cours des procédures qui ont précédé l'infliction de la peine.

[13] En première instance, le substitut du procureur général a demandé formellement au juge d'imposer une amende comme le prévoit le par. 462.37(3) étant donné que l'argent liquide n'avait pu être récupéré, que l'appelant avait cet argent en sa possession ou sous son contrôle et qu'il refusait de s'en départir. D'après le poursuivant, le par. 462.37(3) a été adopté par le législateur pour traiter, entre autres, d'une situation

comme celle qui nous occupe. À mon sens, le poursuivant avait raison et il aurait dû porter à l'attention du juge la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, une décision qui aurait certainement réduit les inquiétudes du juge.

[14] Dans l'affaire *Lavigne*, l'accusé avait tiré au moins 150 000 \$ des crimes reprochés (trafic de cannabis entre autres) mais n'avait plus cette somme en sa possession puisqu'il en avait dilapidé une bonne partie. Prenant en considération la capacité de payer de l'accusé, le juge de première instance a imposé une amende de 20 000 \$. La poursuite portait en appel devant la Cour suprême la décision de la Cour d'appel du Québec qui avait rejeté l'appel du poursuivant mettant en cause le montant de l'amende imposée.

[15] Comme en l'espèce, le poursuivant avait demandé une amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation comme le prévoit le par. 462.37(3).

[16] Bien que le pourvoi devant la Cour suprême porte sur le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge de première instance qui inflige une amende en remplacement de la confiscation, la juge Deschamps, au nom de la Cour, se devait de discuter de la teneur de plusieurs dispositions de la partie XII.2 qui nous intéresse. Voici, selon moi, les principes pertinents qui se dégagent de l'analyse de la Cour suprême dans l'affaire *Lavigne* :

- a) Les biens sujets à confiscation aux termes du par. 462.37(1) sont ceux qui constituent des « produits de la criminalité » (par. 462.3(1) et art. 2 du *Code*). Ces « biens » sont très variés et peuvent être réels ou personnels, corporels ou incorporels. De plus, la confiscation peut porter sur le bien original ou sur un bien acquis en échange ou par conversion du premier et il suffit que ce bien ait été obtenu « en rapport avec » l'infraction désignée. Le lien direct n'est pas nécessaire. (par. 13)
- b) Le tribunal qui détermine la peine à infliger à une personne coupable d'une infraction concernant les produits de la criminalité, sur demande du procureur

général, **doit** ordonner la confiscation des biens obtenus en rapport avec cette infraction. Le pouvoir discrétionnaire n'existe pas à cette étape (par. 14-15). Bref, dès que la poursuite réussit à établir les conditions préalables mentionnées ci-haut par une prépondérance des probabilités, l'ordonnance de confiscation est obligatoire.

- c) Il arrive parfois que la confiscation des produits de la criminalité n'est pas praticable parce que les biens ont été utilisés, transférés, transformés ou sont tout simplement introuvables. Le par. 462.37(3) prévoit que le tribunal **peut** infliger une amende en remplacement des produits de la criminalité (par. 18).
- d) Bien que le par. 462.37(3) prévoit que l'amende en remplacement de la confiscation est un pouvoir discrétionnaire, une analyse contextuelle et le texte du paragraphe lui-même indiquent que la discrétion est tout de même très limitée. Ce pouvoir discrétionnaire concerne la décision d'infliger ou non une amende ainsi que la détermination de la valeur du bien. Quant à la décision d'infliger l'amende, celle-ci doit toujours être conforme à l'esprit de l'ensemble des dispositions sur les produits de la criminalité (par. 28). Quoiqu'il en soit, le tribunal ne doit pas tenir compte de la capacité de payer du prévenu lorsqu'il doit décider s'il infligera une amende en remplacement de la confiscation. Le montant de l'amende doit être équivalent à la valeur des produits de la criminalité (par. 34-35-37). Dès que la décision d'infliger l'amende en remplacement de la confiscation s'impose et que la valeur des produits de la criminalité est établie, la discrétion n'existe que par rapport aux peines d'emprisonnement en lien avec le montant de l'amende et au délai accordé pour payer l'amende (par. 52).
- e) La peine infligée pour une infraction visée par la partie XII.2 comporte deux volets : la sanction liée à la commission de l'infraction désignée (par. 462.3(1)) et la confiscation des produits de la criminalité (par. 462.37(1)). L'amende en remplacement de la confiscation est perçue comme

un volet autonome de la peine et n'est pas considérée comme la punition prévue spécifiquement pour l'infraction désignée. L'amende ou l'emprisonnement infligé comme peine principale sanctionne la commission de l'infraction désignée, tandis que la confiscation ou l'amende infligée en remplacement de la confiscation prive le contrevenant des produits de son crime et dissuade les contrevenants et complices potentiels (par. 10).

[17] Comme on peut le constater à la lecture des motifs de jugement formulés en première instance, l'inquiétude principale du juge par rapport à la demande du poursuivant pour une amende substitutive est évidente : l'argent liquide volé et introuvable appartient aux victimes et ne constitue pas « un bien [...] d'un contrevenant » visé par le par. 462.37(3). Or, j'estime que la définition très large d'un « bien » englobe l'argent liquide volé que l'appelant avait en sa possession ou sous son contrôle (voir l'art. 2). Sur ce point précis, il y a lieu de souligner que la Cour dans *Lavigne* a discuté de l'argent liquide que l'accusé avait dilapidé comme s'il s'agissait d'un « bien [...] d'un contrevenant » visé par le par. 462.37(3).

[18] Par ailleurs, le sens des mots « bien [...] d'un contrevenant » que renferme cette disposition a été débattu dans l'affaire *R. c. Smith*, 2008 SKCA 20, [2008] S.J. No. 97 (QL). Je fais miens les propos suivants de la Cour :

[TRADUCTION]

L'avocat de l'intimé alimente la discussion en soulignant l'usage unique et particulier de l'expression « bien [...] d'un contrevenant » qui, dit-il, n'est employée que dans les dispositions relatives à l'amende en remplacement de l'ordonnance de confiscation, au par. 462.37(3), alors que dans d'autres paragraphes il est question plus généralement de « tout bien ». Il prétend que puisqu'un contrevenant ne peut jamais avoir un intérêt légal dans de l'argent qui s'est révélé être un produit de la criminalité, un point que le ministère public a fait ressortir pour appuyer d'autres aspects de son argument, cet argent ne peut jamais constituer le « bien [...] d'un contrevenant » pour les fins du paragraphe en question, et il s'ensuit donc qu'il ne peut

faire l'objet d'une amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation.

Le champ d'application du par. 462.37(3) est plus vaste qu'il ne paraît, lorsqu'on le lit dans son contexte. Les termes pertinents sont les suivants : « Le tribunal qui est convaincu qu'une ordonnance de confiscation devrait être rendue à l'égard d'un bien [...] d'un contrevenant [...] ». Le par. 462.37(1) prévoit qu'une ordonnance de confiscation doit être rendue à l'égard des « biens » qui constituent des produits de la criminalité, et le par. 462.3(1) définit « produits de la criminalité » comme étant un « bien, bénéfice ou avantage [...] », direct ou indirect.

Même s'il n'existait pas de liens fonctionnels aussi étroits entre ces dispositions, je ne serais pas convaincu qu'en employant l'expression « bien [...] d'un contrevenant », le législateur entendait rendre la notion de titre incontestable ou inattaquable, au sens réel de ces mots. Comme l'avocat de l'intimé l'a volontiers admis dans son mémoire, il est souvent nécessaire, dans les cas de ce genre, de faire référence aux acquisitions et aux possessions d'un contrevenant [TRADUCTION] « avec une certaine imprécision ». [Par. 100-102]

V. La mise en application de ces principes en l'espèce

[19] Selon moi, toutes les conditions préalables à l'application du par. 462.37(1) avaient été établies par le substitut du procureur général : (1) la demande de confiscation a été faite au nom du procureur général; et (2) l'argent liquide volé de MM. Robichaud et Kenny qui n'avait pas été récupéré constitue indéniablement des « produits de la criminalité » (voir le par. 462.3(1)). Il en est ainsi puisque cet argent a été obtenu en rapport avec une « infraction désignée » (voir le par. 462.3(1)). En pareilles circonstances, si l'argent liquide avait été disponible, le juge aurait été tenu de rendre une ordonnance de confiscation en application du par. 462.37(1).

[20] Toutefois, puisque l'argent liquide demeurait introuvable malgré les nombreux efforts des enquêteurs, le juge devait acquiescer à la demande de la poursuite d'infliger une amende égale à la valeur des argents volés et non récupérés. En

l'occurrence, le juge devait imposer une amende substitutive et son refus n'est évidemment pas conforme aux dispositions portant sur les produits de la criminalité que renferme la partie XII.2.

[21] Le juge était convaincu que l'appelant avait dilapidé la somme de 19 400 \$ volée de M. Robichaud et qu'il avait encore en sa possession ou sous son contrôle la somme de 475 000 \$ volée de M. Kenny. Le juge devait donc, aux termes du par. 462.37(3), condamner l'appelant au paiement : (1) d'une amende de 19 400 \$ par rapport à l'introduction par effraction et au vol chez M. Robichaud; et (2) d'une amende de 475 000 \$ par rapport à la même infraction chez M. Kenny.

[22] Suivant l'infliction de l'amende substitutive, le juge devait alors se conformer aux sous-al. 462.37(4)a) *ii*) et *vi*); il lui incombait de prescrire une peine consécutive d'emprisonnement d'au moins 18 mois et d'au plus 2 ans par rapport à l'introduction par effraction et au vol chez M. Robichaud et une peine consécutive d'emprisonnement d'au moins 3 ans et d'au plus 5 ans par rapport à la même infraction chez M. Kenny. Il devait aussi décider du délai qu'il convenait d'accorder pour payer les amendes substitutives.

[23] Les parties en cause ont présenté certaines observations à la Cour relativement au délai de paiement et à la période d'emprisonnement applicable en cas de défaut de paiement des amendes substitutives. Elles ont toutes deux demandé à cette Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire que le juge de première instance aurait dû exercer compte tenu de ses conclusions de fait. Cela étant, il convient d'accepter l'invitation des parties, plutôt que de renvoyer l'affaire au juge de première instance.

## VI. Dispositif

[24] Pour ces motifs :

- a) La demande en autorisation d'appel est accueillie, mais l'appel est rejeté;

- b) L'appel reconventionnel est accueilli, mais uniquement pour les fins suivantes :
- (1) l'Annexe A du mandat d'incarcération sur déclaration de culpabilité daté du 15 septembre 2010 est supprimée;
  - (2) conformément aux dispositions des par. 462.37(3) et (4) du *Code criminel*, l'appelant est condamné au paiement d'une amende substitutive de 19 400 \$ par rapport à l'introduction par effraction et au vol chez M. Robichaud et il devra purger une peine d'emprisonnement (consécutive à toute autre peine) de 20 mois à défaut de paiement. Le délai pour payer cette amende est fixé à 60 jours à compter de la date du jugement en appel; et
  - (3) conformément à ces mêmes dispositions, l'appelant est également condamné à payer une amende substitutive de 475 000 \$ par rapport à l'introduction par effraction et au vol chez M. Kenny et il devra purger une peine d'emprisonnement (consécutive à toute autre peine) de 4 ans à défaut de paiement. Le délai pour payer cette amende est fixé à 60 jours à compter de la date du jugement en appel. Par ailleurs, les peines infligées par le tribunal de première instance restent inchangées.



ANNEXE A

18 fév. 1976 Montréal, Qc	Introduction par effraction et vol, al. 306(1) <i>b</i> ) et 306(1) <i>d</i> ) du <i>Code criminel</i>	Condamnation avec sursis et période de probation de 2 ans
9 mars 1976 Montréal, Qc	Omission de se conformer à une condition d'un engagement, al. 133(3) <i>b</i> ) du <i>Code</i>	50 \$, sinon 8 jours
11 août 1976 Tracadie, N.-B.	(1) Introduction par effraction et commission d'un acte criminel, al. 306(1) <i>b</i> ) du <i>Code</i> (2) Introduction par effraction dans un dessein criminel, al. 306(1) <i>a</i> ) du <i>Code</i> (3) Introduction par effraction et commission d'un acte criminel, al. 306(1) <i>b</i> ) du <i>Code</i> (4) Introduction par effraction et commission d'un acte criminel, al. 306(1) <i>b</i> ) du <i>Code</i>	(1) Condamnation avec sursis et période de probation de 2 ans – Dédommagement de 60 \$ (2-3) Condamnation avec sursis – période de probation de 2 ans (4) Condamnation avec sursis – période de probation de 2 ans – Dédommagement de 115 \$
25 mars 1977 Valleyfield, Qc	(1) Vol de moins de 200 \$, al. 283-294 <i>b</i> ) du <i>Code</i> (2) Introduction par effraction et vol, al. 306(1) <i>b</i> ) et 306(1) <i>e</i> ) du <i>Code</i> (8 chefs) (3) Introduction par effraction dans un dessein criminel, al. 306(1) <i>a</i> ) et 306(1) <i>e</i> ) du <i>Code</i> (4) Introduction par effraction dans un	(1-6) Peine concurrente de 3 ans pour chaque chef

	dessein criminel, al. 306(1)a) et e) du <i>Code</i>	
	(5) Méfait à l'égard de biens publics, al. 387(1)a) et 387(3)b) du <i>Code</i>	
	(6) Introduction par effraction et vol, al. 306(1)b), 306(1)d) et 306(1)e) du <i>Code</i>	
19 mai 1977 Valleyfield, Qc	(1) Introduction par effraction dans un dessein criminel, al. 306(1)a) et 306(1)e) du <i>Code</i> (2) Complot, al. 423(1)d) du <i>Code</i>	(1-2) 1 an à purger en même temps que la peine précédente
25 mars 1978		Libéré sous condition
19 fév. 1981 Mont-Laurier, Qc	(1) Complot, al. 423(1)d) du <i>Code</i> (2) Vol de plus de 200 \$, al. 294a) du <i>Code</i>	(1) 2 ans (2) peine concurrente de 3 ans et 6 mois
24 fév. 1981 Montréal, Qc	Introduction par effraction dans un dessein criminel, al. 306(1)a) et 306(1)e) du <i>Code</i>	Peine de 2 ans à purger après la peine précédente
24 mars 1981 Valleyfield, Qc	(1) Introduction par effraction et vol (5 chefs) (2) Voies de fait contre un agent de la paix, art. 246 du <i>Code</i>	(1) Peine concurrente de 6 ans pour chaque chef à purger en même temps que la peine datée du 24 fév. 1981 (2) 100 \$, sinon 1 mois
2 mars 1983		Libéré sous condition
19 déc. 1988 Valleyfield, Qc	(1) Complice après le fait à l'égard d'un vol, art. 23 du <i>Code</i>	(1-2) 20 mois

	(2) Tentative de vol qualifié, al. 421 <i>d</i> ) du <i>Code</i> (SQ Ste-Martine 40106-1621)	
13 janv. 1989 Montréal, Qc	Tentative d'introduction par effraction dans un dessein criminel, al. 421 <i>b</i> ) du <i>Code</i> (SP Laval 22861)	2 ans moins un jour et période de probation de 3 ans
23 janv. 1989 Québec, Qc	Introduction par effraction et vol, art. 306 du <i>Code</i> (« OPF » Saint-Romuald 40283-2352)	6 mois et période de probation de 2 ans
7 juin 1990 Valleyfield, Qc	Complice après le fait à l'égard d'une infraction punissable par procédure sommaire, s.-al. 463 <i>d</i> )(ii) du <i>Code</i> (SP L'Île-Perrot 31210-0257)	1 mois à purger en même temps que la peine précédente
22 août 1990 Montréal, Qc	Entrave à l'exécution d'un mandat, al. 129 <i>a</i> ) du <i>Code</i> (« UCPS » Montréal 167210)	400 \$, sinon 60 jours
4 avril 1991 Alexandria, Ont.	Vol de moins de 1000 \$, al. 334 <i>b</i> ) du <i>Code</i> (PPO Lancaster 123-90)	75 jours, à être purgés de façon discontinue
4 juin 1991 Montréal, Qc	(1) Possession de biens criminellement obtenus, moins de 1000 \$, s.-al. 355 <i>b</i> )(i) du <i>Code</i> (2) Voies de fait dans l'intention de résister à une arrestation, al. 270(1) <i>b</i> ) et 270(2) <i>a</i> ) du <i>Code</i> (3) Possession de biens criminellement obtenus,	(1) 30 jours (2-4) peine concurrente de 15 mois pour chaque chef et période de probation de 2 ans

	plus de 1000 \$, al. 355a) du <i>Code</i>	
	(4) Possession d'outils de cambriolage, par. 351(1) du <i>Code</i> (« OCPS » Montréal 167210)	
1 <sup>er</sup> juin 1992 Valleyfield, Qc	(1) Agression armée, al. 267(1)a) du <i>Code</i> (3 chefs) (2) Port d'arme, art. 87 du <i>Code</i> (3) Évasion d'une garde légale, al. 145(1)a) du <i>Code</i> (4) Port d'arme, art. 87 du <i>Code</i> (5) Voies de fait dans l'intention de résister à une arrestation, al. 270(1)b) et 270(2)a) du <i>Code</i> (5 chefs) (SP L'Île-Perrot 31210- 0587) (6) Défaut de se conformer à une ordonnance, par. 740(1) du <i>Code</i> (3 chefs)	(1-5) peine concurrente de 8 mois pour chaque chef et période de probation de 2 ans  (6) peine concurrente de 3 mois pour chaque chef à purger en même temps que peines précédentes
29 juin 1992 Montréal, Qc	Possession de biens criminellement obtenus, plus de 1000 \$, al. 355a) du <i>Code</i> (« RRC » Sainte-Anne-des- Plaines)	1 mois
19 oct. 1992 Valleyfield, Qc	(1) Introduction par effraction et commission d'un acte criminel, al. 348(1)b) et 348(1)d) du <i>Code</i> (2) Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur, al. 249(1)a) et 249(2)b) du <i>Code</i>	(1) 2 ans (2-4) peine concurrente de 6 mois pour chaque chef (5-6) peine concurrente d'un an pour chaque chef (1-4) 12 mois et période de probation de 2 ans

- (3) Défaut d'arrêter lors d'un accident, par. 252(1) du *Code* (2 chefs)
- (4) Défaut de se conformer à une ordonnance de probation, par. 740(1) du *Code* (2 chefs) (« RRC » Sainte-Anne-des-Plaines)
- (5) Bris de prison, al. 144a) du *Code*
- (6) Méfait à l'égard d'un bien dont la valeur dépasse 1 000 \$, al. 430(1)a) et 430(3)a) du *Code*, (« QPF » Montréal 40A26-9203)

12 oct. 1994  
Valleyfield, Qc

- (1) Se fait passer pour une autre personne dans l'intention d'obtenir un avantage, al. 403a) du *Code*
- (2) Évasion d'une garde légale, al. 145(1)a) du *Code*
- (3) Voies de fait contre un agent de la paix, al. 270(1)a) et 270(2)a) du *Code*
- (4) Port d'arme, art. 87 du *Code* (« PD » Salaberry-de-Valleyfield 31203-3982)

(1-4) 12 mois et période de probation de 2 ans

13 mars 1996  
Saint-Léonard, Qc

Vol, moins de 5 000 \$, s.-al. 322-334b)(ii) du *Code* (« UCPS » Montréal 167210)

90 jours

15 oct. 1997  
Valleyfield, Qc

- (1) Introduction par effraction et vol, al. 348(1)b) et 348(1)d) du *Code*

(1-2) ordonnance de sursis concurrente de 12 mois pour chaque chef et période de probation de

	(2) Vol, moins de 5 000 \$, s.-al. 334 <i>b</i> (i) du <i>Code</i> (SP L'Île-Perrot 31210- 01347)	3 ans (3-4) peine concurrente de 6 mois pour chaque chef et ordonnance de sursis de 3 mois pour chaque chef et période de probation de 3 ans
	(3) Évasion d'une garde légale, al. 145(1) <i>a</i> du <i>Code</i>	
	(4) Voies de fait contre un agent de la paix, al. 270(1) <i>a</i> et 270(2) <i>a</i> du <i>Code</i> (« UCPS » Montréal 167210)	
26 juin 2001	Al. 733.1(1) <i>a</i> du <i>Code</i>	30 jours et période de probation d'un an
8 avril 2002 Montréal, Qc	(1) Entrave à un agent de la paix, al. 129 <i>a</i> ) et 129 <i>d</i> ) du <i>Code</i> (2) Omission de se conformer à une condition d'une promesse, al. 145(3) <i>a</i> ) du <i>Code</i> (Montréal « PS » 167210)	(1-2) 3 jours pour chaque chef
13 mai 2002 Valleyfield, Qc	(1) Harcèlement criminel, par. 264(1) et al. 264(3) <i>a</i> ) du <i>Code</i> (2) Omission de se conformer à une condition d'un engagement, al. 145(3) <i>a</i> ) du <i>Code</i> (2 chefs) (3) Défaut de se conformer à une ordonnance de probation, al. 733.1(1) <i>a</i> ) du <i>Code</i> (4) Évasion d'une garde légale, al. 145(1) <i>a</i> ) du <i>Code</i> (5) Omission de se conformer à une	(1-5) peine concurrente de 30 jours pour chaque chef et période de probation d'un an

	condition d'un engagement, al. 145(3)b) du <i>Code</i> (2 chefs) (SP L'Île-Perrot 31210-1874)	
22 juin 2002	Al. 264(3)a) du <i>Code</i>	30 jours et période de probation d'un an
23 fév. 2004	S.-al. 334b)(i) du <i>Code</i>	3 mois et période de probation de 2 ans
26 avril 2005 Montréal, Qc	Défaut de se conformer à une ordonnance de probation, al. 733.1(1)a) du <i>Code</i> (3 chefs) (Montréal « PS » 167210)	30 jours pour chaque chef, à être purgés de façon discontinue
20 janv. 2006 Valleyfield, Qc	(1) Introduction par effraction dans un dessein criminel, al. 348(1)a) et 348(1)e) du <i>Code</i> (2) Proférer des menaces, al. 264.1(1)a) et 264.1(2)a) du <i>Code</i> (3) Possession d'outils de cambriolage, par. 351(1) du <i>Code</i> (4) Défaut de se conformer à une ordonnance de probation, al. 733.1(1)a) du <i>Code</i> (Vaudreuil-Soulanges « Reg QPF » 40221-31845)	(1-3) peine concurrente de 5 mois pour chaque chef et période de probation d'un an (4) peine concurrente de 60 jours et période de probation d'un an
6 avril 2006 Valleyfield, Qc	(1) Vol, moins de 5000 \$, s.-al. 334b)(i) du <i>Code</i> (2) Défaut de se conformer à une ordonnance de probation, al. 733.1(1)a) du <i>Code</i> (Vaudreuil-Soulanges « Reg QPF » 40221-31964)	(1) 6 mois (2) 30 jours et période de probation de 2 ans

DESCHÊNES, J.A.

I. Introduction

[1] At issue in this case is the meaning of the expression “property of an offender” found in s. 462.37(3) of the *Criminal Code*. Can this expression include stolen cash? The question was argued in the following context: the trial judge imposed prison sentences for two offences under s. 348(1)(b) (break, enter and theft) but he dismissed the Crown’s application for the imposition of fines instead of forfeiture pursuant to s. 462.37(3) on the ground that the cash the appellant stole was not his property but rather that of the victims. For the reasons that follow, I am of the opinion that the judge erred in law in dismissing the application.

II. The facts

[2] The appellant, a hardened criminal (see Schedule A), broke into the homes of two residents of northeastern New Brunswick a few months apart to steal safes that were inside. The first one contained \$19,400.00 in cash while the other had more than \$500,000.00. Two accomplices accompanied the appellant in both instances, but everyone agrees that he played a predominant role in the commission of the offences.

[3] Following a trial before judge and jury, the appellant was convicted of the offences described below and sentenced to 11 years and 4 months imprisonment, reduced to 7 years and eight months for time served prior to sentencing. The warrant of committal upon conviction reads as follows:



[TRANSLATION]

- a) Breaking and entering in Mr. Jean-Guy Kenny's home on October 18, 2008 (348(1)(b)): a sentence of 7 years and 4 months to be served consecutively to any other sentence;
- b) Breaking and entering in Mr. Alvida Robichaud's home on August 18, 2008 (348(1)(b)): a sentence of 4 months to be served consecutively to any other sentence, the sentence of 4 months was fixed after the trial judge had given a credit of 44 months for the 22 months served prior to sentencing;
- c) Two counts of failure to comply with a condition of an undertaking given to a peace officer (s.145(5.1)(a)): a sentence of 15 months imprisonment for each count, each sentence to be served concurrently with the other sentences.

[4] The warrant of committal also has a schedule with provisions prohibiting the appellant from communicating with his accomplices and from being on his victims' property. In addition, it specifies that the appellant must [TRANSLATION] "immediately turn over to the authorities, for the benefit of Jean-Guy Kenny, any money in his possession or under his control which he illegally obtained on October 18, 2008, when he broke into Jean-Guy Kenny's home". Everyone agrees that the conditions contained in the schedule should not be part of the warrant of committal and that the schedule should be deleted. I agree. I note that the trial judge rendered two orders on May 26, 2010, pursuant to ss. 738 and 739 of the *Criminal Code*, ordering the appellant to compensate the victims and directing that a civil judgment be entered in their favour for any amounts unpaid by August 10, 2010. These orders for compensation are not part of the appeal or cross-appeal.

[5] Mr. Robichaud claims that the overall sentence of 7 years and eight months is excessive and seeks a reduction of a few years.

[6] In contrast, the prosecutor has filed a cross-appeal, maintaining that the above-mentioned overall sentence is insufficient and seeking a significant increase. He disputes, inter alia, the judge's refusal to apply s. 462.37(3) and to impose a fine instead of forfeiture as well as a prison term to be served consecutively to the term of 7 years and eight month in accordance with s. 462.37(4). For the sake of convenience I have reproduced the relevant provisions of s. 2 and Part XII.2 of the *Code* pertaining to the proceeds of crime:

2. In this Act,

[...]

“property” includes

(a) real and personal property of every description and deeds and instruments relating to or evidencing the title or right to property, or giving a right to recover or receive money or goods,

(b) property originally in the possession or under the control of any person, and any property into or for which it has been converted or exchanged and anything acquired at any time by the conversion or exchange, and

[...]

462.3 (1) In this Part,

[...]

“proceeds of crime” means any property, benefit or advantage, within or outside Canada, obtained or derived directly or indirectly as a result of

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« biens » ou « propriété »

a) Les biens meubles et immeubles de tous genres, ainsi que les actes et instruments concernant ou constatant le titre ou droit à des biens, ou conférant le droit de recouvrer ou de recevoir de l'argent ou des marchandises;

b) des biens originaires en la possession ou sous le contrôle d'une personne, et tous biens en lesquels ou contre lesquels ils ont été convertis ou échangés et tout ce qui a été acquis au moyen de cette conversion ou de cet échange;

[...]

462.3 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

[...]

« produits de la criminalité » Bien, bénéfice ou avantage qui est obtenu ou qui provient, au Canada ou à l'extérieur du Canada, directement ou indirectement :

(a) the commission in Canada of a designated offence, or a) soit de la perpétration d'une infraction désignée;

(b) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted a designated offence. b) soit d'un acte ou d'une omission qui, au Canada, aurait constitué une infraction désignée.

[...]

[...]

462.37 (1) Subject to this section and sections 462.39 to 462.41, where an offender is convicted, or discharged under section 730, of a designated offence and the court imposing sentence on the offender, on application of the Attorney General, is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is proceeds of crime and that the designated offence was committed in relation to that property, the court shall order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

462.37 (1) Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction désignée — ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de cette infraction — est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 462.39 à 462.41, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction désignée; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

[...]

[...]

462.37(3) If a court is satisfied that an order of forfeiture under subsection (1) or (2.01) should be made in respect of any property of an offender but that the property or any part of or interest in the property cannot be made subject to an order, the court may, instead of ordering the property or any part of or interest in the property to be forfeited, order the offender to pay a fine in an amount equal to the value of the property or the part of or interest in the property. In particular, a court may order the offender to pay a fine if the property or any part of or interest in the property

462.37(3) Le tribunal qui est convaincu qu'une ordonnance de confiscation devrait être rendue à l'égard d'un bien — d'une partie d'un bien ou d'un droit sur celui-ci — d'un contrevenant peut, en remplacement de l'ordonnance, infliger au contrevenant une amende égale à la valeur du bien s'il est convaincu que le bien ne peut pas faire l'objet d'une telle ordonnance et notamment dans les cas suivants :

(a) cannot, on the exercise of due diligence, be located;      a) impossibilité, malgré des efforts en ce sens, de retrouver le bien;

(b) has been transferred to a third party;      b) remise à un tiers;

(c) is located outside Canada;      c) situation du bien à l'extérieur du Canada;

(d) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or      d) diminution importante de valeur;

(e) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty.      e) fusion avec un autre bien qu'il est par ailleurs difficile de diviser.

462.37(4) Where a court orders an offender to pay a fine pursuant to subsection (3), the court shall      462.37(4) Le tribunal qui inflige une amende en vertu du paragraphe (3) est tenu :

(a) impose, in default of payment of that fine, a term of imprisonment      a) d'infliger, à défaut du paiement de l'amende, une peine d'emprisonnement :

[...]

[...]

(ii) of not less than six months and not exceeding twelve months, where the amount of the fine exceeds ten thousand dollars but does not exceed twenty thousand dollars,      (ii) de six mois à un an, si l'amende est supérieure à dix mille dollars mais égale ou inférieure à vingt mille dollars,

[...]

[...]

(v) of not less than two years and not exceeding three years, where the amount of the fine exceeds one hundred thousand dollars but does not exceed two hundred and fifty thousand dollars,      (v) de deux ans à trois ans, si l'amende est supérieure à cent mille dollars mais égale ou inférieure à deux cent cinquante mille dollars,

(vi) of not less than three years and not exceeding five years, where the amount of the fine exceeds two hundred and fifty thousand dollars but does not exceed one million dollars, or      (vi) de trois ans à cinq ans, si l'amende est supérieure à deux cent cinquante mille dollars mais égale ou inférieure à un million de dollars,

[...]

[...]

[7] It is also useful to reproduce the judge's comments regarding his reasons for refusing to apply s. 462.37(3):

[TRANSLATION]

As for the prosecution's application for an order under Part 12.2 with respect to proceeds of crime, although the prosecutor's objective was noble, this part of the *Criminal Code* has no application in this case. First, Parliament's goal was the seizure and appropriation of proceeds of crime, for example, the seizure of a Mercedes received in exchange for cocaine, a house bought with money from the sale of drugs, and the provisions and the intention of Parliament. Although we might give [this meaning] to money that is still under the control of several offenders, in the case of the crime committed at Jean-Guy Kenny's home, it is not proceeds of crime within the meaning of Part 12.2 of the *Criminal Code*. First of all, the application by the prosecutor should not have been pursued when it became clear that the efforts to recover the money would not succeed. There is no basis for asking that Jean-Guy Kenny's money be seized and given to the Attorney General. This is Jean-Guy Kenny's money and the Attorney General has no claim to it. If the prosecutor had the money now, what would we do with it? It would be returned to its owner, Jean-Guy Kenny, and not to the Attorney General. How and why make such an order if it is not in our possession? We cannot even if it has been, – we cannot, even if it has been stolen, change the nature and quality of this money, which is stolen money, and not the proceeds of crime. This is Mr. Kenny's money and not the Attorney General's. Proceeds of crime is not money that belongs to the victims of crime. Proceeds of crime is or, pursuant to the legislation, becomes the property of the Crown because there is no legitimate owner. And, the *Criminal Code* provides for notices of seizure to be given to ensure that the application is legitimate. No notice was given to this court. Finally, paragraphs 3 and 4, section 462.37(1) of the *Criminal Code* cannot be used to lengthen a sentence, as the Crown is suggesting. To do so, we would have to read the *Code* backwards to arrive at paragraph 1 for forfeiture of proceeds of crime. In the present case, the only thing that seems to apply is compensation under s. 738, and given last week's discussions, the hope of reimbursement seems improbable. Nevertheless, in my order, I have provided for compensation and the return of

the money if one or several of the offenders are still in possession of it or of what is left of it. [Transcript, August 10, 2010, pages 40-42]

III. The grounds of appeal and cross-appeal

[8] As I indicated, the appellant argues that the overall sentence is too severe while the respondent maintains that it is much too lenient.

[9] The standard of review on appeal against sentence is now well established and our Court has ruled on this matter several times. Intervention on appeal is inappropriate “unless at least one of the following questions is answered affirmatively: (1) Is the sentence the result of an error of law? (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*?” (*R. v. LeBlanc*, 2003 NBCA 75, 264 N.B.R. (2d) 341, at para. 17, per Drapeau, C.J.N.B. for the Court). See also *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, paras. 27-28.

[10] Given the circumstances surrounding the perpetration of these crimes and the appellant’s lengthy criminal record (almost 100 criminal offenses over a period of two decades, including some twenty break and enters, one of which earned him a term of 6 years in prison), and taking into account the applicable standard of review, I would grant leave to appeal but would dismiss the appeal.

[11] However, the cross-appeal is not without merit with respect to the application of s. 462.37(3). The prosecution’s application should have been allowed and it is because of an error in law that the judge dismissed it. The Court’s intervention is appropriate with respect to this issue.

IV. Analysis and decision

[12] We do not need to review all of the details surrounding the perpetration of the break and enters. Suffice it to say that the following findings made by the judge are completely supported by the evidence adduced at trial and at the sentencing hearing:

- a) The appellant was for the most part the one responsible for the planning of the Robichaud and Kenny break-ins.
- b) A safe containing \$19,400.00 was stolen from Mr. Robichaud's home. Another safe containing more than \$500,000.00 in cash was stolen from Mr. Kenny's home.
- c) At the time of trial, the appellant and his accomplices had squandered all of the money contained in the safe stolen at Mr. Robichaud's home.
- d) A significant amount of Mr. Kenny's money was recovered and the judge set at \$475,000.00 the amount to be returned to him. The judge was satisfied that the appellant still had in his possession or under his control an amount of \$475,000.00 in cash. It bears repeating that the judge was in a position to set the amount owed to Mr. Kenny on the basis of all of the evidence presented at trial or at the sentencing hearing. In fact, the judge was able to make this finding based on the appellant's own testimony in the course of the proceedings held before sentencing.

[13] At trial, the Crown prosecutor formally requested that the judge impose a fine pursuant to s. 462.37(3), given that it was impossible to recover the cash, that the appellant had the money in his possession or under his control and that he was refusing to turn it over. According to the prosecutor, s. 462.37(3) was enacted by Parliament to deal with this kind of situation, among others. In my view, the prosecutor was right and he should have brought to the judge's attention the Supreme Court of Canada decision in *R.*

*v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, which might have eased the judge's concerns.

[14] In *Lavigne*, the accused had pocketed at least \$150,000.00 from the crimes he was charged with (trafficking in cannabis among others) but he no longer had this money in his possession as he had squandered most of it. Taking into consideration the accused's ability to pay, the trial judge imposed a fine of \$20,000.00. The Quebec Court of Appeal's decision dismissing the prosecution's appeal on the amount of the fine imposed at trial was appealed before the Supreme Court of Canada.

[15] As in the present case, the prosecution was seeking a fine instead of a forfeiture order pursuant to s. 462.37(3).

[16] Although the appeal before the Supreme Court concerned the discretion of a trial judge who imposes a fine instead of forfeiture, Deschamps, J., for the Court, discussed the scope of several of the Part XII.2 provisions that we are concerned with here. In my opinion, these are the relevant principles derived from the Supreme Court's analysis in *Lavigne*:

- a) The property that is liable to forfeiture under s. 462.37(1) is property that is "proceeds of crime" (s. 462.3(1) and s. 2 of the *Code*). There is thus a wide range of "property" that could be proceeds of crime; it may be real or personal, corporeal or incorporeal. Moreover, forfeiture may apply to the original property, or property acquired in exchange for or by conversion of the original property and it is enough that the designated offence be committed "in relation to" the property. The link need not be direct (para. 13).
- b) A court imposing sentence on a person convicted of an offence involving the proceeds of crime **shall**, on application of the Attorney General, order the forfeiture of the property where the offence was committed in relation to that property. There is simply no discretion at this stage (paras. 14-15). In



short, provided the prosecution is able to establish the above-mentioned conditions precedent on a balance of probabilities, the forfeiture order is mandatory.

- c) There may be instances where forfeiture of the proceeds of crime is not practicable because the property may have been used, transferred or transformed or may simply be impossible to find. Section 462.37(3) provides that the court **may** impose a fine instead of forfeiture of the proceeds of crime (para. 18).
- d) Although s. 462.37(3) provides that imposing a fine instead of forfeiture is a discretionary power, an analysis of the context and of the wording of the section itself indicates that the discretion is nevertheless very limited. The discretion applies to the decision on whether or not to impose a fine and to the determination of the value of the property. As far as the decision to impose a fine is concerned, it should always be consistent with the spirit of the provisions on proceeds of crime as a whole (para. 28). In any event, the court must not take into account the accused's ability to pay when it must decide whether or not to impose a fine instead of forfeiture. The amount of the fine must be equal to the value of the proceeds of crime (paras. 34-35-37). Once the decision is made that a fine instead of forfeiture is warranted and the value of the proceeds of crime is established, there is no discretion other than the terms of imprisonment in relation to the amount of the fine and the time allowed to pay the fine (para. 52).
- e) The sentence imposed for an offence under Part XII.2 consists of two elements: the penalty for committing a designated offence (s. 462.3(1)), and forfeiture of the proceeds of crime (s. 462.37(1)). A fine instead of forfeiture is seen as a separate component of the sentence and is not regarded as punishment specifically for the designated offence. The fine or imprisonment imposed as the primary sentence punishes the commission of the designated offence, while forfeiture or a fine instead of forfeiture deprives the offender of the proceeds of

his or her crime and deters potential offenders and accomplices (para. 10).

[17] As we can see from reading the reasons for judgment at trial, the judge's main concern with respect to the prosecution's application for a fine instead of forfeiture was obvious: the stolen and unrecoverable cash belonged to the victims and did not constitute "property of an offender" within the meaning of s. 462.37(3). I believe that the definition of "property" is very broad and encompasses the stolen cash that the appellant had in his possession or under his control (see s. 2). On this particular point it is worth noting that the Court in *Lavigne* referred to the cash that the accused had squandered as "property of an offender" within the meaning of s. 462.37(3).

[18] The meaning of the words "property of an offender" in this provision was an issue argued in *R. v. Smith*, 2008 SKCA 20, [2008] S.J. No. 97 (QL). I adopt the following words of the Court:

Counsel for the respondent adds some fuel to the debate by pointing out the unique and distinctive use of the term "property of the offender" which, he says, appears only in the fine in lieu of forfeiture provisions in s. 462.37(3), whereas other subsections refer more generally to "any property". He submits that as an offender can never have a lawful interest in monies found to be proceeds of crime, a point the Crown made in support of other aspects of its argument, then that money can never constitute "property of an offender" for the purposes of the section, and it follows that it can never be made the subject of a fine in lieu of forfeiture.

The subject matter of s. 467.37(3) is more extensive than suggested, when read in context. The material words are "Where a court is satisfied that an order of forfeiture under subsection (1) should be made in respect of any property of an offender ...". Subsection (1) says an order of forfeiture shall be made in respect of "any property" that is proceeds of crime, and s. 462.3(1) defines "proceeds of crime" to include "any property, benefit or advantage ...", direct or indirect.

Even if these provisions were not as functionally interrelated as they are, I would not be convinced that the use of the words “property of the offender” was intended to capture attributes of unimpeachable or indefeasible title, in any pure sense. As counsel for the respondent readily acknowledged in his factum, it is often necessary in these scenarios to refer to an offender’s acquisitions and possessions “somewhat loosely”. [paras. 100-102]

V. Application of these principles to the present case

[19] In my view, all of the conditions precedent to the application of s. 462.37(1) had been established by the Crown prosecutor: (1) the application for forfeiture was made on behalf of the Attorney General; and (2) the cash stolen from Messrs. Robichaud and Kenny and never recovered undeniably constituted “proceeds of crime” (see s. 462.3(1)). This is so because a “designated offence” was committed in relation to this money (see s. 462.3(1)). In these circumstances, if the cash had been available, the judge would have had to make an order of forfeiture in accordance with s. 462.37(1).

[20] However, since the cash could not be found despite the investigators’ best efforts, the judge had to grant the prosecution’s application and impose a fine equal to the value of the stolen and unrecovered money. In this case, the judge should have imposed a fine instead of forfeiture and his refusal to do so is obviously inconsistent with the provisions dealing with proceeds of crime in Part XII.2.

[21] The judge was satisfied that the appellant had spent the \$19,400.00 stolen from Mr. Robichaud and that he still had in his possession or under his control an amount of \$475,000.00 stolen from Mr. Kenny. In accordance with s. 462.37(3), the judge should have ordered the appellant to pay: (1) a fine of \$19,400.00 with respect to the break and enter and theft at Mr. Robichaud’s home; and (2) a fine of \$475,000.00 with respect to the same offence at Mr. Kenny’s home.

[22] After imposing these fines, the judge then had to comply with ss. 462.37(4)(a) (ii) and (vi); it was incumbent upon him to impose a term of imprisonment of at least 18 months, but no more than 2 years with respect to the break enter and theft at Mr. Robichaud's home and a term of imprisonment of at least 3 years, but no more than 5 years with respect to the same offence at Mr. Kenny's home, both sentences to be served consecutively. He also had to determine the time limit allowed to pay the fines.

[23] The parties made some observations before the Court concerning time limits for payment of the fines and the applicable term of imprisonment for failure to pay them. Both parties asked the Court to exercise the discretion that the trial judge should have exercised given his findings of fact. That being the case, I will accept the parties' invitation rather than send the matter back to the trial judge.

#### VI. Disposition

[24] For these reasons:

- a) The application for leave to appeal is allowed, but the appeal is dismissed;
- b) The cross-appeal is allowed, but solely for the following purposes: (1) Schedule A to the warrant of committal on conviction dated September 15, 2010, is deleted; (2) pursuant to ss. 462.37(3) and (4) of the *Criminal Code*, the appellant is ordered to pay a fine instead of forfeiture of \$19,400.00 with respect to the break, enter and theft at Mr. Robichaud's home and on default of payment, he shall serve a term of 20 months in prison (consecutive to any other sentence). The time limit for payment of this fine is set at 60 days from the date of the appeal judgment; and (3) in accordance with the same provisions, the appellant is also ordered to pay a fine instead of forfeiture of \$475,000.00 with respect to the break, enter and theft at Mr. Kenny's home and on default of payment, he shall serve a term of 4 years in prison (consecutive to any other sentence). The time limit for payment

of this fine is set at 60 days from the date of the appeal judgment. In other respects, the sentences imposed by the trial judge remain the same.

SCHEDULE A

1976-02-18 Montreal QC	BE & Theft Sec 306(1)(b)(d) CC	Susp Sent & Probation for 2 yrs
1976-03-09 Montreal QC	Fail to comply with conditions of recognizance Sect 133(3)(b) CC	\$50 I-D 8 days
1976-08-11 Tracadie NB	(1) BE & Commit Sec 306(1)(b) CC (2) BE with Intent Sec 306(1)(a) CC (3) BE & Commit Sec 306(1)(b) CC (4) BE & Commit Sec 306(1)(b) CC	(1) Susp Sent – Probation for 2 yrs – Restitution \$60 (2-3) Susp Sent – Probation for 2 yrs (4) Susp Sent – Probation for 2 yrs – Restitution \$115
1977-03-25 Valleyfield QC	(1) Theft under \$200 Sec 283-294(b) CC (2) BE & Theft Sec 306(1)(b)(e) CC (8 chgs) (3) BE with Intent Sec 306(1)(a)(e) CC (4) BE with Intent Sec 306(1)(a)(e) CC (5) Mischief to public property Sec 387 (1)(a)(3)(b) CC (6) BE & Theft Sec 306(1)(b)(d)(e) CC	(1-6) 3 yrs on each chg conc
1977-05-19 Valleyfield QC	(1) BE with Intent Sec 306(1)(a)(e) CC (2) Conspiracy Sec 423(1)(d) CC	(1-2) 1 yr conc with sent serving
1978-03-25		Paroled
1981-02-19 Mont-Laurier QC	(1) Conspiracy Sec 423(1)(d) CC (2) Theft over \$200 Sec 294(a) CC	(1) 2 yrs (2) 3 yrs & 6 mos conc

1981-02-24 Montreal QC	B & E with Intent Sec 306(1)(a)(e) CC	2 yrs consec to sentence serving
1981-03-24 Valleyfield QC	(1) BE & Theft (5 chgs) (2) Assault Peace Officer Sec 246 CC	(1) 6 yrs on each chg conc & conc with sentence dated 1981-02-24 (2) \$100 I-D 1 mo
1983-03-02		Paroled
1988-12-19 Valleyfield QC	(1) Accessory after the fact to robbery Sec 23 CC (2) Attempt Robbery Sec 421(d) CC (QPP Ste Martine 40106-1621)	(1-2) 20 mos
1989-01-13 Montreal QC	Att B & E with Intent Sec 421(b) CC (PD Laval 22861)	2 yrs less 1 day & probation 3 yrs
1989-01-23 Quebec QC	BE & Theft Sec 306 CC (OPF St Romuald 40283- 2352)	6 mos & probation 2 yrs
1990-06-07 Valleyfield QC	Accessory after the fact to commit summary offence Sec 463(d)(ii) CC (PD Ile Perrot 31210-0257)	1 mo conc with sent serving
1990-08-22 Montreal QC	Obstruction Sec 129(a) CC (UCPS Montreal 167210)	\$400 I-D 60 days
1991-04-04 Alexandria ON	Theft under \$1000 Sec 334(b) CC (Lancaster OPP 123-90)	75 days intermittent
1991-06-04 Montreal QC	(1) Poss of property obtained by crime under \$1000 Sec 355(b)(i) CC (2) Assault with intent to resist arrest Sec 270(1)(b)(2)(a) CC (3) Poss of property obtained by crime over \$1000 Sec 355(a) CC	(1) 30 days (2-4) 15 mos on each chg conc & probation for 2 yrs

	(4) Poss of Break In Instruments Sec 351(1) CC (OCPS Montreal 167210)	
1992-06-01 Valleyfield QC	(1) Assault with a weapon Sec 267(1)(a) CC (3 chgs) (2) Poss of a weapon Sec 87 CC (3) Escape lawful custody Sec 145(1)(a) CC (4) Poss of a weapon Sec 87 CC (5) Assault with intent to resist arrest Sec 270(1)(b)(2)(a) CC (5 chgs) (PD Ile Perrot 31210- 0587) (6) Fail to comply with probation order Sec 740(1) CC (3 chgs)	(1-5) 8 mos on each chg conc & probation 2 yrs  (6) 3 mos on each chg conc & conc
1992-06-29 Montreal QC	Poss of property obtained by crime over \$1000 Sec 355(a) CC (RRC Ste Anne des Plaines)	1 mo
1992-10-19 Valleyfield QC	(1) BE & Commit Sec 348(1)(b)(d) CC (2) Dangerous operation of motor vehicle Sec 249(1)(a)(2)(b) CC (3) Fail to stop at scene of accident Sec 252(1) CC (2 chgs) (4) Fail to comply with probation order Sec 740(1) CC (2 chgs) (RRC Ste Anne des Plaines) (5) Prison breach Sec 144(a) CC (6) Mischief over \$1000 Sec 430(1)(a)(3)(a) CC	(1) 2 yrs (2-4) 6 mos on each chg conc & conc (5-6) 1 yr on each chg conc (1-4) 12 mos & probation 2 yrs



(QPF Montreal 40A26-9203)

1994-10-12 Valleyfield QC	(1) Personation with Intent Sec 403(a) CC (2) Escape lawful custody Sec 145(1)(a) CC (3) Assault a peace officer Sec 270(1)(a)(2)(a) CC (4) Poss of a weapon Sec 87 CC (PD Salaberry-de- Valleyfield 31203-3982)	(1-4) 12 mos & probation 2 yrs
1996-03-13 St-Leonard QC	Theft under \$5000 Sec 322- 334(b)(ii) CC (UCPS Montreal 167210)	90 days
1997-10-15 Valleyfield QC	(1) BE & Theft Sec 348(1)(b)(d) CC (2) Theft under \$5000 Sec 334(b)(i) CC (Ile Perrot PD 31210- 01347) (3) Escape lawful custody Sec 145(1)(a) CC (4) Assault a peace officer Sec 270(1)(a)(2)(a) CC (UCPS Montreal 167210)	(1-2) 12 mos condition sentence order on each chg conc & probation 3 yrs (3-4) 6 mos on each chg conc & 3 mos conditional sentence order on each chg & probation 3 yrs
2001-06-26	733.1(1)a CCC	30 days & 1 yr probation
2002-04-08 Montreal QC	(1) Obstruct peace officer Sec 129(a)(d) CC (2) Fail to comply with undertaking Sec 145(3)(a) CC (Montreal PS 167210)	(1-2) 3 days on each chg
2002-05-13 Valleyfield QC	(1) Criminal harassment Sec 264(1)(3)(a) cc (2) Fail to comply with recognizance Sec 145(3)(a) CC (2 chgs) (3) Fail to comply with	(1-5) 30 days on each chg conc & probation 1 yr

	probation order Sec 733.1(1)(a) CC (4) Escape lawful custody Sec 145(1)(a) CC (5) Fail to comply with Recognizance Sec 145(3)(b) CC (2 chgs) (Ile Perrot PD 31210-1874)	
2002-06-22	264(3)a) CCC	30 days & 1 yr probation
2004-02-23	334(b)(i) CCC	3 mos & 2 yrs probation
2005-04-26 Montreal QC	Fail to comply with probation order Sec 733.1(1)(b) CC (3 chgs) (Montreal PS 167210)	30 days intermittent on each chg
2006-01-20 Valleyfield QC	(1) Break & Enter with Intent Sec 348(1)(a)(e) CC (2) Uttering Threats Sec 264.1(1)(a)(2)(a) CC (3) Poss of breakin-in instruments Sec 351(1) CC (4) Fail to comply with probation order Sec 733.1(1)(a) CC (Vaudreuil-Soulanges Reg QPF 40221-31845)	(1-3) 5 mos on each conc chg & probation 1 yr  (4) 60 days conc & probation 1 yr
2006-04-06 Valleyfield QC	(1) Theft under \$5000 Sec 334(b)(i) CC (2) Faily to comply with probation order Sec 733.1(1)(a) CC (Vaudreuil-Soulanges Reg QPF 40221-31964)	(1) 6 mos (2) 30 days & probation 2 yrs