

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

106-11-CA

ROSAIRE MICHAUD

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Michaud v. R., 2012 NBCA 77

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 6, 2011 (conviction)

History of Case:

Decision under appeal:
2011 NBCP 18

Preliminary or incidental proceedings:
September 6, 2011

Appeal heard:
March 20, 2012

Judgment rendered:
September 10, 2012

Reasons delivered:
November 29, 2012

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Richard

ROSAIRE MICHAUD

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Michaud c. R., 2012 NBCA 77

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 6 mai 2011 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBCP 18

Procédures préliminaires ou accessoires :
Le 6 septembre 2011

Appel entendu :
Le 20 mars 2012

Jugement rendu :
Le 10 septembre 2012

Motifs déposés :
Le 29 novembre 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Christian Michaud and Dale Briggs

For the respondent:
Norman J. Bossé, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed in part. The convictions under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act* are quashed and a verdict of acquittal is entered with respect to all counts. The appeal is dismissed with respect to the convictions under s. 6.1 of the *Tax Rebate Discounting Act*.

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Christian Michaud et Dale Briggs

Pour l'intimée :
Norman J. Bossé, c.r.

LA COUR

Accueille l'appel en partie. Les déclarations de culpabilité prononcées sur le fondement de l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont annulées et un verdict d'acquiescement est prononcé relativement à chaque chef d'accusation. L'appel est rejeté en ce qui concerne les déclarations de culpabilité prononcées sur le fondement de l'art. 6.1 de la *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*.

Le jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Rosaire Michaud faisait face à des chefs d'accusation multiples qui lui imputaient des infractions à l'art. 6.1 de la *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*, L.R.C. 1985, ch. T-3, et à l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.). Le 6 mai 2011, un juge de la Cour provinciale l'a déclaré coupable sur quatre des 126 chefs qui l'accusaient d'infractions à la première de ces lois, ainsi que sur 134 des 148 chefs qui s'appuyaient sur la *Loi de l'impôt sur le revenu* (2011 NBCP 18). Le 30 juin, en plus d'infliger à M. Michaud des amendes de 391 504,49 \$ et 2 000 \$ respectivement, le juge l'a condamné à une peine de deux ans moins un jour dont il lui a octroyé sursis. M. Michaud appelle des déclarations de culpabilité et avance plusieurs moyens. Le 6 septembre 2011, une juge de notre Cour a ordonné que deux de ces moyens seraient entendus les premiers, parce qu'ils pouvaient l'être sans que les parties aient à engager la dépense d'une transcription intégrale des délibérations du procès. Ces deux moyens portent sur la prise en considération d'une preuve de faits similaires par le juge du procès. Plus précisément, M. Michaud soutient que le juge a fait erreur lorsqu'il a soulevé de sa propre initiative, après avoir entendu toute la preuve et les conclusions finales, la question de la preuve de faits similaires et qu'il s'est ensuite appuyé sur cette preuve pour conclure que la *mens rea* nécessaire à la culpabilité était établie. M. Michaud avance qu'il n'était pas loisible au juge de procéder ainsi, parce que la poursuite n'avait ni informé la défense de son intention de s'appuyer sur une preuve de faits similaires, ni demandé à la Cour de la prendre en considération. En d'autres termes, le moyen sur lequel notre Cour se penche, dans cette partie de l'appel, se rapporte à la procédure de recours à la règle des faits similaires et non aux critères de fond applicables à l'admission de la preuve. J'explique ci-après pourquoi, à mon sens, il n'existe pas de stricte exigence d'avis, en procédure, qui conduirait à écarter la preuve automatiquement. J'ajouterai cependant que, en l'absence d'avis, la preuve ne doit pas être admise si l'utiliser compromettrait l'équité du procès.

[2] Par un arrêt rendu le 10 septembre 2012, nous avons accueilli l'appel en partie. Nous avons annulé les déclarations de culpabilité prononcées sur le fondement de l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et inscrit des verdicts d'acquiescement. L'appel interjeté des déclarations de culpabilité reposant sur l'art. 6.1 de la *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt* a été rejeté. Nous avons indiqué à ce moment-là que des motifs suivraient. Nous les donnons aujourd'hui.

II. Contexte

[3] Pour l'examen des deux moyens d'appel que nous abordons en premier lieu, il n'est pas nécessaire de revenir en détail sur les faits sur lesquels repose chacune des 138 déclarations de culpabilité. Il suffira de rappeler que M. Michaud exploitait une entreprise d'escomptage fiscal depuis son domicile, à Grand-Sault, et que, en 2007, il a produit, au nom de 148 clients, en violation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de faux énoncés qui leur ont permis d'obtenir des remboursements auxquels ils n'avaient pas droit, et sur lesquels était prélevée la rémunération de ses services. La préparation de déclarations de revenus au nom de ces clients est entrée dans un stratagème élaboré orchestré par d'autres individus, qui recrutaient des participants à la fraude. Chacun des participants, pourvu de documents faux et frauduleux, avait été emmené au bureau de M. Michaud entre le 14 février et le 26 avril 2007, souvent à partir d'autres régions de la province. Dans la plupart des cas, M. Michaud remplissait une déclaration de revenus immédiatement, d'après les faux renseignements que lui communiquait le client; il la transmettait le plus souvent électroniquement. Il remettait ensuite au client un chèque tiré sur son propre compte, dans un établissement financier local. Le client sortait du bureau de M. Michaud et retrouvait l'un des auteurs du stratagème. Il allait à l'établissement financier encaisser le chèque, conservait une partie de la somme et donnait le reste à un des instigateurs. Parfois, le client endossait tout simplement le chèque, qu'il remettait à l'instigateur en échange d'un montant moindre.

[4] Rien n'indiquait que M. Michaud était impliqué dans l'orchestration de cette fraude fiscale. Le juge du procès a conclu que les instigateurs n'étaient jamais entrés dans le bureau de M. Michaud avec les clients. M. Michaud ne faisait que préparer les

déclarations de revenus dans le cadre des activités de l'entreprise d'escomptage fiscal qu'il exploitait depuis 1986. Les 148 fausses déclarations qui se sont inscrites dans ce stratagème ne représentaient qu'une petite partie (moins de 6,5 %) des quelque 2 300 déclarations de revenus produites au nom de clients, en 2007, pour l'année d'imposition 2006. Chaque client, puisque sa déclaration de revenus était généralement établie à partir des pièces qu'il fournissait, ne passait que quelques minutes avec M. Michaud.

[5] Le juge du procès a conclu que les infractions alléguées n'étaient pas des infractions de responsabilité stricte, mais des infractions exigeant de prouver la *mens rea*. Il s'est d'abord penché sur les accusations reposant sur l'art. 6.1 de la *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*. Le juge du procès a constaté qu'elles portaient que M. Michaud avait sciemment fourni à l'Agence du revenu du Canada des renseignements, documents ou copies de documents faux, trompeurs ou incomplets. Il a conclu que l'*actus reus* et la *mens rea* requise n'avaient été établis, l'un et l'autre, que pour quatre des 126 chefs de l'acte d'accusation reprochant à M. Michaud des infractions à l'art. 6.1. Je signale par parenthèse qu'une dénonciation, et non un acte d'accusation, est à l'origine du procès de M. Michaud. J'appellerai toutefois « acte d'accusation » le document d'inculpation, par souci de simplification du texte, parce que bon nombre des décisions citées dans les présents motifs ont été rendues au terme d'instances introduites par acte d'accusation.

[6] Le juge du procès est ensuite passé aux infractions imputées à M. Michaud d'après l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il a conclu que l'*actus reus* avait été prouvé pour chacune des 148 accusations. Il a reconnu d'entrée de jeu que, s'il prenait isolément chacune des opérations, il ne pourrait conclure que M. Michaud avait la *mens rea* requise. Il lui est apparu que, à défaut de preuve indiquant que M. Michaud avait participé sciemment à la fraude fiscale, ou indiquant qu'il savait réellement que les documents produits étaient frauduleux, la doctrine de l'ignorance volontaire déciderait de la *mens rea*. Le juge a fait sienne l'explication suivante, donnée par la juge Charron dans *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, et citée dans ses motifs :

L'ignorance volontaire ne définit pas la *mens rea* requise d'infractions particulières. Au contraire, elle peut remplacer

la connaissance réelle chaque fois que la connaissance est un élément de la *mens rea*. La doctrine de l'ignorance volontaire impute une connaissance à l'accusé qui a des doutes au point de vouloir se renseigner davantage, mais qui choisit délibérément de ne pas le faire. Voir *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, et *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55. Comme l'a dit succinctement le juge Sopinka dans *Jorgensen* (par. 103), « [p]our conclure à l'ignorance volontaire, il faut répondre par l'affirmative à la question suivante : L'accusé a-t-il fermé les yeux parce qu'il savait ou soupçonnait fortement que s'il regardait, il saurait? » [Par. 21]

[7] Le juge du procès a relevé la distinction à faire entre insouciance et ignorance volontaire. Il s'est reporté aux observations de la juge Charron, qui faisait remarquer, reprenant sur ce point les vues du professeur Don Stuart, que « l'expression [TRADUCTION] “ignorance délibérée” semble plus descriptive que l'expression “aveuglement volontaire”, étant donné qu'elle suggère l'idée d'[TRADUCTION] “un processus réel de suppression des soupçons” » (par. 24 de *Briscoe*, cité au par. 30 de la décision du juge du procès). Enfin, le juge du procès a passé en revue, muni de ce concept, tous les chefs qui accusaient M. Michaud d'infractions à l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il lui est apparu, hors de tout doute raisonnable, que M. Michaud, dans 134 cas, avait ignoré volontairement qu'il remplissait des déclarations de revenus à partir de faux renseignements. En d'autres termes, le juge a conclu que, à 134 reprises, M. Michaud avait fermé les yeux sur cette réalité : des faux documents lui étaient remis. Il avait fermé les yeux, parce qu'il savait ou soupçonnait fortement que, s'il « regardait », il saurait, et ne serait plus en mesure de tirer profit de l'opération.

[8] Au stade de la présentation de la preuve et même du débat, au procès, personne n'a évoqué la règle de la preuve de faits similaires. L'affaire a connu le détour dont résulte le présent appel lorsque le juge, après la mise en délibéré, a écrit aux avocats de la poursuite et de la défense qu'il constatait que, suivant *R. c. Cote*, 2003 NBCA 38, 257 R.N.-B. (2^e) 194, et *R. c. Stymiest*, 2005 NBBR 445, 297 R.N.-B. (2^e) 137, il ne pouvait prendre en considération la preuve relative à un chef qu'en tant qu'applicable à ce chef, et non en tant qu'utilisable pour la décision à rendre sur d'autres chefs, à moins

d'admissibilité à titre de preuve de faits similaires. Le juge demandait aux avocats s'ils souhaitaient présenter des observations nouvelles sur ce point.

[9] Les parties ont déposé des observations écrites et, au cours d'une audience tenue le 30 mars 2011, le juge du procès a entendu leurs arguments sur l'application de la règle de la preuve de faits similaires. Il a clarifié les raisons de sa lettre aux avocats. Il a expliqué que, pendant qu'il organisait ses sources en vue de la rédaction de la décision, il s'était rappelé l'arrêt *R. c. Paquet (R.) et al.* (1999), 219 R.N.-B. (2^e) 130, [1999] A.N.-B. n^o 493 (C.A.) (QL), et avait hésité sur l'application de la règle de la preuve de faits similaires. Au cours de l'audience, l'avocat de la poursuite s'est demandé s'il s'agissait véritablement, dans le contexte d'un procès présidé par un juge seul où des chefs de fraude multiples pesaient contre l'accusé et où la question de l'ignorance volontaire se posait, d'un cas de preuve de faits similaires. Le cas échéant, a-t-il ajouté, il fallait admettre cette preuve, parce qu'elle répondait nettement aux critères d'admissibilité et qu'elle était peu préjudiciable à l'accusé. La poursuite, dans la mesure où le droit exigeait d'elle une motion sollicitant du tribunal la prise en considération d'une preuve de faits similaires, a présenté cette motion. Elle a soutenu que la motion pouvait être présentée à ce stade tardif de l'instance, parce que l'accusé avait témoigné et que la défense avait répliqué à l'ensemble de la preuve. La poursuite estimait que M. Michaud ne pouvait subir de préjudice. M. Michaud, pour sa part, a soutenu que la Cour ne pouvait, [TRADUCTION] « de son propre chef », soulever la question de la preuve de faits similaires, et que, lorsque la question n'avait pas été soulevée au procès, ainsi qu'en l'espèce, il ne fallait pas même l'aborder. L'avocat de M. Michaud affirmait que la défense aurait été différente si son client avait su que la Cour prendrait en considération une preuve de faits similaires. Il maintenait aussi que la preuve ne devait pas être admise à titre de preuve de faits similaires, parce que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante.

[10] Le juge a statué sur la question de la preuve de faits similaires comme sur une question préjudicielle. Il a commencé par énoncer la règle générale, formulée dans *R. c. Cote*, qui veut que, même lorsqu'un acte d'accusation aux chefs multiples est établi contre un seul accusé, la preuve se rapportant exclusivement à un chef ne puisse être

utilisée pour rendre une décision sur d'autres chefs à moins d'être admissible à titre de preuve de faits similaires.

[11] Le juge a reconnu que, comme le faisait valoir M. Michaud, la poursuite n'avait jamais demandé qu'une preuve se rapportant exclusivement à un chef donné soit admise à titre de preuve de faits similaires à l'appui d'autres chefs, encore moins donné avis d'une intention d'invoquer la règle. Il s'est arrêté aussi à l'argument de la poursuite selon lequel M. Michaud savait, dès le départ, qu'on se reporterait de façon globale à la preuve présentée au procès pour déterminer si l'ignorance volontaire était prouvée.

[12] En définitive, le juge a donné raison à la poursuite. Il a fait remarquer que la séparation des chefs d'accusation n'avait pas été demandée et que, lorsque la poursuite avait présenté des tableaux détaillés donnant la chronologie et les données de toutes les opérations, la seule objection élevée par M. Michaud avait fait valoir leur production hors contexte, et non la présentation d'une preuve de faits similaires inadmissible. Le juge a inféré que M. Michaud savait, depuis le début, que la poursuite cherchait à obtenir que la preuve de tous les chefs soit prise en considération à l'appui de chacun, et il a conclu que la procédure n'avait pas été inéquitable du seul fait que la poursuite n'avait pas sollicité en due forme l'admission d'une preuve de faits similaires. Il s'est ensuite penché sur les critères d'admissibilité de la preuve de faits similaires, résumés dans *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, et il a conclu qu'ils étaient remplis.

[13] Dans sa décision, le juge du procès a reconnu que chacune des opérations, prise isolément, n'aurait pas éveillé chez M. Michaud le doute sans lequel il ne peut y avoir ignorance volontaire. Le juge l'a acquitté de plusieurs accusations, associées aux opérations des débuts, mais la preuve le convainquait, d'après la norme pénale, que M. Michaud avait fait montre d'ignorance volontaire face à 134 opérations. Il l'a déclaré coupable des infractions correspondantes, sous le régime de l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[14] Après coup, M. Michaud a déposé une motion en annulation du procès. Il soutenait que le procès avait été inéquitable, du fait que la poursuite n'avait pas donné

avis de son intention d'invoquer la règle de la preuve de faits similaires et que le juge avait soulevé la question sans y être invité. La motion a été rejetée.

III. Questions en litige

[15] M. Michaud avance quatre moyens d'appel, dont deux sont subsidiaires. Comme l'audience se trouve scindée, par suite des directives que ma collègue a données le 6 septembre 2011, les deux moyens subsidiaires ne seront pas abordés à ce stade-ci. Ils portent sur le critère qu'une cour doit appliquer pour statuer sur l'ignorance volontaire, de même que sur le poids que le juge a accordé à certains faits lorsqu'il a appliqué le critère d'admissibilité d'une preuve de faits similaires. Pour ce qui est des deux moyens dont ma collègue a jugé que notre Cour devrait les examiner en premier lieu, je présumerai que la preuve pourrait satisfaire aux critères de fond de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires. Ce que conteste l'appelant, c'est la procédure par laquelle la preuve a été admise à titre de preuve de faits similaires, sur l'initiative du juge, après présentation de toute la preuve et des conclusions finales. Suivant tant l'avis d'appel que le mémoire de M. Michaud, les deux moyens à examiner d'abord sont les suivants :

1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a admis à titre de preuve de faits similaires, à l'appui de chacun des chefs, l'entièreté de la preuve présentée au procès, et de ce fait violé le droit, garanti à l'appelant par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial?

2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a entendu une motion en admission de preuve de faits similaires après la conclusion du procès, en violation du droit, garanti à l'inculpé par l'al. 11d) de la *Charte*, d'être jugé par un tribunal indépendant au terme d'un procès équitable?

[16] Pour le cas où la Cour répondrait à l'une ou l'autre de ces questions par l'affirmative, M. Michaud formule une troisième question, par laquelle il prie la Cour de déterminer si la preuve de faits similaires doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[17] Comme nous le verrons, je formule l'appel en termes nettement différents.

IV. Analyse

A. *Observations préliminaires sur les moyens d'appel*

[18] Bien que les moyens d'appel et les arguments de M. Michaud, tels qu'il les a formulés, invoquent la *Charte*, je ferai respectueusement remarquer que statuer sur le présent appel ne nécessite pas de recourir à la *Charte*. Il m'apparaît que la question essentielle, proprement formulée, est celle de savoir si l'admissibilité d'une preuve de faits similaires est fonction de la signification, préalablement au plaidoyer de la défense, d'un avis d'intention approprié. Le cas échéant, il y aura lieu de statuer, ici, sur ce fondement.

[19] Je ne suis pas le moins du monde persuadé que le juge qui soulève une question de droit après la clôture des débats, mais avant qu'une décision ne soit rendue, entre en lice et se montre partial. À mon sens, la proposition est absurde. En l'espèce, le juge du procès s'est rendu compte que l'examen d'une preuve de faits similaires ne lui avait pas été demandé en due forme. Il a invité les avocats à faire part de leurs vues sur la possibilité, pour la Cour, d'examiner néanmoins cette preuve. Il s'agit d'une question de droit. Les deux parties ont reçu l'avis approprié, ont pu déposer des mémoires et plaider. À mon sens, il est déraisonnable de prétendre que la façon dont la question des faits similaires est entrée dans le débat met en cause la partialité du juge ou l'équité du procès, tout comme il est déraisonnable d'invoquer des précédents qu'il est aisé de distinguer de la présente cause.

[20] M. Michaud invoque *R. c. Shumka*, [1985] B.C.J. No. 675 (c. de c^{te} C.-B.) (QL). Dans cette cause, la poursuite avait clos sa preuve, et la défense avait choisi de ne pas en présenter, lorsque le juge du procès, de son propre chef, a admis un document qui n'avait été coté qu'à des fins d'identification, et déclaré ensuite que le ministère public avait terminé sa preuve. En appel, le juge Millward, de la cour de comté, a annulé la déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès avait [TRADUCTION]

« manqué à l'indépendance et à l'impartialité équitables auxquelles est tenu le juge d'une affaire pénale » (par. 11). L'une des raisons données pour l'annulation était que le juge du procès, [TRADUCTION] « de sa propre initiative, et sans que l'accusé ou son avocat aient eu la possibilité de présenter des observations sur ce point, [avait] choisi d'admettre le certificat en question » (par. 11) (c'est moi qui souligne). De toute évidence, il n'en a pas été ainsi en l'instance. Le juge du procès a fait part aux avocats de ses hésitations sur un point de droit, en l'occurrence sur l'usage qu'il pouvait faire d'une preuve qui lui avait déjà été régulièrement présentée, et la possibilité a été largement donnée aux parties de présenter des observations.

[21] Quoique je distingue *Shumka* d'avec la présente espèce, il convient de ne pas interpréter ma décision d'écarter *Shumka* sur le fondement de cette distinction comme un aval du jugement de la cour de comté. *Shumka* semble n'avoir été cité qu'une seule fois. Dans *R. c. Park*, 2009 ABQB 470, [2009] A.J. No. 846 (QL), le juge Ouellette s'est penché sur *Shumka* et sur d'autres décisions, et il a conclu que [TRADUCTION] « la tendance jurisprudentielle veut que, lorsque l'admissibilité est manifeste et que le ou les témoins compétents se sont adéquatement exprimés sur la preuve, le défaut d'inscription d'une pièce ressortisse à la forme seulement, et ne vicie pas une déclaration de culpabilité par ailleurs valable » (par. 19).

[22] L'autre décision qu'invoque M. Michaud, à l'appui de l'argument voulant qu'il n'ait pas été jugé avec impartialité, est *F.Y. c. R.*, 2011 NBCA 86, 378 R.N.-B. (2^e) 37. Notre Cour y a conclu que le juge avait « montré qu'il avait l'esprit fermé sur la question du sursis avant d'avoir entendu ce que l'appelante avait à dire » (par. 8). Cet arrêt n'est absolument pas applicable ici.

[23] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de ne pas donner suite au premier moyen d'appel. Pour les mêmes motifs, je suis d'avis de ne pas me rendre aux arguments de manquement à l'impartialité ou à l'indépendance du second moyen d'appel. Je constate que l'argumentation, lors de l'audition de l'appel, était davantage axée sur l'avis qu'exige ou non l'équité, avant que la règle de la preuve de faits similaires puisse être invoquée, que sur de présumées violations de la *Charte*. J'estime qu'il convient de

statuer, en l'instance, sur ce fondement. La question de l'équité suppose l'existence d'une règle de droit établissant des critères de procédure, dont la signification d'un avis, qui doivent être remplis avant que la preuve relative à un chef unique puisse valoir pour tous les chefs d'un acte d'accusation aux chefs multiples. Si cette règle existe, et si les critères procéduraux d'admission de la preuve ont été remplis, il n'y a pas eu erreur et l'équité du procès n'est pas compromise. En revanche, si cette règle existe et que les critères n'ont pas été remplis, le juge a commis une erreur de droit et la déclaration de culpabilité ne saurait tenir, indépendamment d'éventuelles violations de l'al. 11*d*) de la *Charte*.

[24] Avant même de se demander si l'application de la règle de la preuve de faits similaires suppose un avis, il y a lieu de se demander, plus fondamentalement, si la règle s'applique dans les circonstances de l'espèce. La poursuite soutient que la règle est inapplicable ici. Je m'attacherai donc, pour statuer sur le présent appel, à donner réponse aux questions suivantes :

- 1) La règle de la preuve de faits similaires entre-t-elle en jeu en l'espèce?
- 2) Si la règle entre en jeu, la poursuite était-elle tenue de donner avis de son intention de prier le juge de prendre la preuve en considération pour tous les chefs?
- 3) Si la poursuite était tenue de donner un avis, quelles sont les conséquences du défaut de le donner?

B. *La règle de la preuve de faits similaires dans les affaires à chefs d'accusation multiples instruites par un juge seul*

[25] La question qui se pose en premier lieu dans le présent appel, suivant la formulation que j'ai donnée des questions à trancher, est celle de savoir si la règle de la preuve de faits similaires entre en jeu lorsqu'un juge seul est saisi d'un acte d'accusation aux chefs multiples. La poursuite soutient que la règle n'intervient pas. Je suis de l'avis contraire.

[26] L'origine et la raison d'être de la règle de la preuve de faits similaires ont été analysées dans *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, [1990] A.C.S. n° 31 (QL), puis

dans *R. c. Handy*. L'arrêt *Handy* est le point de départ moderne de l'application de la règle. Pour les besoins du présent appel, il n'est guère utile de détailler les motifs de ces arrêts. En bref, la règle prévoit qu'une preuve de faits similaires de caractère déshonorant est inadmissible par présomption, à moins que la poursuite ne soit en mesure de montrer, par prépondérance des probabilités, que sa valeur probante l'emporte sur la possibilité d'une mauvaise utilisation. Pourront constituer une mauvaise utilisation des conclusions inappropriées soit sur la moralité d'un accusé, soit sur sa propension à commettre l'infraction. Il est justifié de faire exception à cette inadmissibilité par présomption quand il est montré « que la valeur probante l'emporte sur le préjudice, alors que l'application de la règle initiale d'exclusion repose sur le fait que le préjudice l'emporte sur la valeur probante ». En pareil cas, « [l]a valeur probante l'emporte sur le préjudice du fait que la force des circonstances similaires écarte toute coïncidence ou autre explication tendant à innocenter l'accusé » (par. 47 de *Handy*) [c'est moi qui souligne].

[27] Il est vrai que l'immense majorité des situations de « faits semblables » se présentent lorsque la poursuite introduit une preuve de conduite déshonorante dont l'acte d'accusation ne faisait pas état. Le juge du procès doit alors déterminer si la preuve peut être présentée à l'arbitre des faits. Ce n'est pas le cas ici. Il est permis à la poursuite de réunir en un même acte d'accusation une multiplicité de chefs liés à des actes différents, mais l'accusé peut en demander la séparation. Pour déterminer s'il convient de séparer les chefs, le juge doit fréquemment se demander s'il est à prévoir que la preuve sera admise à l'appui de tous les chefs par application de la règle de la preuve de faits similaires. Le cas échéant, il est inutile de les séparer. Si la séparation n'est pas ordonnée face à un acte d'accusation aux chefs multiples, la preuve relative à chacun des chefs est admise, mais la preuve relative à un chef donné ne servira qu'à déterminer si l'infraction imputée par ce chef est prouvée. Elle ne peut être prise en considération pour statuer sur tous les chefs, à moins d'avoir été jugée admissible à cette fin par application de la règle de la preuve de faits similaires. Le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, n'a laissé aucun doute sur ce point dans *R. c. Cote*, précité :

Dans *R. c. Paquet (R.) et al.* (1999), 219 R.N.-B. (2^e) 130 (C.A.), la Cour a fait observer au paragraphe 25 qu'il était « de droit constant que, dans un procès où on instruit un

acte d'accusation aux chefs multiples contre plusieurs accusés, le ou la juge du procès [devait] indiquer au jury la preuve dont celui-ci [était] légalement en droit de tenir compte pour déterminer si la Couronne [avait] prouvé la culpabilité d'un accusé en particulier à l'égard de chaque chef d'accusation porté contre lui ». Point n'est besoin de dire que cette règle vénérable s'applique à un acte d'accusation aux chefs multiples établi contre un seul accusé. Lorsque la preuve concernant un chef d'accusation n'est pas admissible à titre de preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs de l'acte d'accusation, le juge du procès doit indiquer clairement aux jurés qu'ils doivent s'abstenir d'utiliser cette preuve pour statuer sur les autres chefs. Il doit aussi leur dire qu'ils doivent examiner chaque chef d'accusation séparément. Voir *R. c. M.(B.)* (1998), 130 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.), au par. 41, et l'ouvrage du professeur G.A. Ferguson et du juge J.C. Bouck intitulé *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, feuillets mobiles (Vancouver : The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1994), au par. 4.61, point 10. [Par. 5]

[28] Récemment, dans *R. c. Johnson*, 2011 ONSC 195, [2011] O.J. No. 317 (QL), le juge Hill a rappelé que la preuve de faits similaires est [TRADUCTION] « présumée inadmissible et n'est admise qu'"exceptionnellement" lorsque le ministère public s'acquitte du fardeau d'en établir l'admissibilité », puis il a fait remarquer que [TRADUCTION] « le critère d'admission est le même, que la preuve soit extrinsèque ou qu'elle provienne de la preuve d'autres chefs de l'acte d'accusation » (par. 131). Je suis d'accord.

[29] Les précédents qui abordent la règle de la preuve de faits similaires sont issus, pour la plupart, de procès devant jury. La situation, dans ce genre de procès, fait en sorte que le juge doit d'abord statuer sur l'admissibilité et, ensuite, donner à l'arbitre des faits les directives appropriées sur l'utilisation permise de la preuve. Il faut expliquer au jury qu'il ne doit pas tirer de la moralité ou d'une propension de l'accusé des conclusions inappropriées. Lorsqu'un acte d'accusation comporte des chefs multiples, les directives s'attachent également à détourner le jury d'un autre écueil : une déclaration de culpabilité motivée par le nombre de chefs de l'acte d'accusation, et non fondée sur une évaluation appropriée de la force de la preuve présentée à l'appui de chacune des accusations. La

situation est quelque peu différente dans les procès sans jury, car le juge comprend qu'il ne doit pas prononcer un verdict fondé sur la moralité ou sur une propension de l'accusé, et sait comment évaluer la preuve à l'appui d'un chef donné. Cela dit, on ne doit pas confondre directives restrictives et admissibilité. Même dans un procès présidé par un juge seul, où le risque d'une mauvaise utilisation de la preuve est sensiblement moindre, voire nul, les règles d'admissibilité sont applicables. Ainsi, lorsque l'acte d'accusation comporte des chefs multiples, la preuve qui se rapporte exclusivement à un chef donné, pour pouvoir être prise en considération à l'appui de tous les chefs, doit satisfaire au critère de l'admissibilité à titre de preuve de faits similaires. Elle doit y satisfaire parce que, par sa nature, elle est preuve d'une conduite déshonorante.

[30] La présente cause illustre parfaitement ce qui précède. La conduite que chacun des chefs reposant sur la *Loi de l'impôt sur le revenu* impute à l'accusé est liée à la production de documents frauduleux : conduite déshonorante, manifestement. Le juge était prié de conclure à une *mens rea* coupable, pour un chef donné, sur le fondement d'une preuve qui n'établissait que l'*actus reus* des autres chefs, car la *mens rea* n'était indépendamment prouvée pour aucun des chefs. En pareil cas, comme la preuve offerte fait état de conduite déshonorante, il est présumé que la preuve relative à un chef donné ne peut être admise à l'appui de tous les chefs, présomption qui n'est réfutée que si la poursuite établit, par prépondérance des probabilités, que, suivant le critère énoncé dans *Handy*, la preuve est admissible pour tous les chefs. Ce critère exige du juge : (1) qu'il détermine la valeur probante de la preuve; (2) qu'il évalue le préjudice que pourrait subir l'accusé; (3) qu'il apprécie la valeur probante en fonction du préjudice. Pour déterminer la valeur probante de la preuve, le juge doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs, dont le potentiel de collusion, la question soulevée au procès, les similitudes et les différences entre les faits reprochés et la preuve de faits similaires, la force probante de la preuve selon laquelle les actes similaires ont vraiment été accomplis. L'évaluation du préjudice prend en compte à la fois le préjudice moral et le préjudice par raisonnement. En bout de ligne, le juge du procès doit décider, eu égard à l'intérêt de la société dans la découverte de la vérité, de même qu'à l'intérêt de la société et de l'accusé dans l'équité procédurale, si la valeur probante l'emporte sur le préjudice (*Handy*, par. 98 à 152).

[31] Le juge du procès a précisément adopté cette démarche pour déterminer si la preuve pouvait être admise à l'appui de tous les chefs. J'estime qu'il a eu tout à fait raison de penser qu'il fallait appliquer la règle de la preuve de faits similaires.

[32] Je rappelle que l'un des moyens exclus de l'analyse, dans cette première partie de l'appel, soulève la question de savoir si le juge du procès a fait erreur dans l'application du critère. M. Michaud avance, non pas que le juge a appliqué le mauvais critère, mais uniquement qu'il a accordé une importance excessive à certains facteurs. Pour l'examen des moyens d'appel de cette première partie, je supposerai que la preuve offerte pour chacun des chefs était admissible, sur le fond, à l'appui de tous les chefs. En conséquence, les questions abordées ci-après sont centrées sur d'éventuelles conditions préalables à l'admissibilité.

C. *L'exigence d'avis*

[33] En résumé, j'estime que le juge du procès a eu raison de conclure que la preuve présentée au procès à l'appui d'un chef donné ne valait pas pour tous les chefs, à moins de satisfaire au critère d'admissibilité de la preuve de faits similaires. M. Michaud ne le conteste certainement pas. Ce qu'il conteste, c'est qu'une preuve de faits similaires pouvait être admise sans qu'un avis lui ait été donné, à tout le moins avant la présentation de sa défense. Il cite le passage suivant de *Watt's Manual of Criminal Evidence* (Carswell, Toronto), ouvrage de David Watt paru en 2011 :

[TRADUCTION]

L'argument relatif à l'admissibilité à titre de preuve d'actes similaires peut être présenté :

- i. en début d'instance, lorsqu'est soulevée la question de savoir s'il est approprié d'instruire ensemble les chefs d'accusation,
- ii. lors de la conclusion de la preuve [de la poursuite].

Dans tous les cas, l'équité semblerait exiger qu'une décision soit rendue sur l'admissibilité avant que [l'accusé] n'entame sa défense. [P. 527 et 528]

On pourra se reporter aussi au texte de John L. Gibson, *Criminal Law Evidence, Practice and Procedure* (éd. à feuillets mobiles, Toronto, Carswell, 1988), où l'auteur écrit, à ce sujet, qu'[TRADUCTION] « [e]n l'absence de jury, il est préférable que le poursuivant prévienne la défense de son intention de recourir au raisonnement des faits similaires » (p. 56A-3).

[34] Je suis d'avis que les observations précitées trouvent un appui dans la justification de cette façon de procéder : le poursuivant est celui qui sait quelle sera son argumentation, et il n'est que juste que la défense soit pleinement informée de la preuve qu'elle devra réfuter. Le fait que la règle de la preuve de faits similaires impose à la poursuite un fardeau de preuve étaye, en soi, l'idée d'une « demande », en vue de la prise en considération d'une preuve de faits similaires, et d'un avis conforme à l'équité. Si les décisions qui établissent ou qui mettent en œuvre des critères de procédure, pour l'application de la règle de la preuve de faits similaires, sont rares, c'est indubitablement parce que ces avis sont régulièrement donnés. Par exemple, dans *R. c. Michel Dubé*, 2011 NBCP 30, 379 R.N.-B. (2^e) 275, autre poursuite intentée récemment par chefs multiples de production de déclarations de revenus frauduleuses, le juge Duffie, de la Cour provinciale, a mentionné, au par. 84, que le poursuivant avait fait part, dès le début du procès, de son intention d'invoquer la règle de la preuve de faits similaires.

[35] La jurisprudence semble indiquer, de même, qu'une « demande » ou un avis sont tacitement attendus du poursuivant. Dans *R. c. Last*, 2009 CSC 45, [2009] 3 R.C.S. 146, la Cour suprême se penchait sur la séparation des chefs d'accusation. La juge Deschamps, auteure des motifs de la Cour, a fait remarquer ce qui suit :

En l'espèce, au moment de l'audience sur la séparation des chefs d'accusation, le juge de première instance se trouvait confronté au problème que posait l'affirmation du ministère public qu'il voulait attendre jusqu'à la conclusion de sa preuve pour présenter une demande de preuve de faits similaires. Aucune règle procédurale n'exige que le ministère public présente une telle demande au moment de la requête en séparation des chefs d'accusation : voir D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2009), § 34.02. Comme l'appréciation d'une telle demande de preuve peut se révéler une tâche difficile, il vaut mieux,

dans bien des cas, procéder à l'appréciation après que le ministère public a produit l'ensemble de sa preuve.
[Par. 34]

Encore que *Last* ne souscrive pas expressément à l'exigence d'un avis, l'arrêt envisage bel et bien la présentation d'une demande par le ministère public en vue d'une décision sur l'admissibilité.

[36] Dans *Johnson*, le juge Hill a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Lorsque, face à un acte d'accusation aux chefs multiples faisant intervenir plusieurs plaignants, la poursuite souhaite l'admission, pour chacun des chefs, de ce qu'elle présente comme une preuve de faits similaires, les parties s'accommodent souvent d'aborder la question de l'admissibilité, non pas préalablement au procès, mais à la conclusion de l'ensemble de la preuve du ministère public (*R. c. Last* (2010), 247 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.), par. 34). Dans certains procès, on convient de débattre la question de l'admissibilité à la fin de la présentation de la preuve (*R. c. U.C.*, 2009 ONCA 367, par. 19). [Par. 130]

[37] Dans *Charbonneau c. R.*, 2005 QCCA 1054, [2005] J.Q. n° 16277 (QL), la juge d'appel Côté a conclu qu'il était suffisant, de la part de la poursuite, d'avoir soulevé à la fin de sa preuve la question de la preuve de faits similaires.

[38] Des actes d'accusation aux chefs multiples sont fréquents dans les procès pour fraude et il apparaît, à l'examen des jugements de procès de ce genre, qu'il est d'usage que la prise en considération d'une preuve de faits similaires à l'appui de tous les chefs fasse l'objet d'une demande du ministère public (*Stymiest, R. c. Kirk*, [2004] O.J. No. 3442 (C.A.) (QL), par. 7, et *R. c. McNamara (No. 1)*, [1981] O.J. No. 3254 (C.A.) (QL), par. 158, conf. dans [1985] 1 R.C.S. 662, [1985] A.C.S. n° 28 (QL)). Il est vrai que, dans certains procès pour fraude, la preuve a été prise en considération à l'égard de tous les chefs alors que les motifs ne font pas mention d'une demande du ministère public (*R. c. Shead*, [1996] M.J. No. 466 (C.B.R.) (QL), et *R. c. Wuckert*, [1999] M.J. No. 260 (C.B.R.) (QL), peine modifiée sans mention d'une preuve de faits similaires dans [2000]

M.J. No. 159 (C.A.) (QL)). Par ailleurs, il existe une décision dans laquelle le tribunal d'appel a expressément indiqué que, lorsque la preuve ne sert qu'à définir le contexte dans lequel les crimes sont survenus, elle peut servir à tous les chefs sans être admise à titre de preuve de faits similaires (*R. c. deKock*, 2009 ABCA 225, [2009] A.J. No. 628 (C.A.) (QL)).

[39] *R. c. deKock* est une affaire de vol et de fraude : des clients de l'appelant n'avaient pas reçu la marchandise qu'ils avaient payée. Au procès, le ministère public n'avait pas demandé en due forme à utiliser des « faits similaires » à l'appui de tous les chefs, et la défense n'avait pas consenti à cette utilisation de la preuve. Après le procès, au cours duquel le juge avait pris en considération la preuve à l'égard de tous les chefs, la Cour d'appel a été saisie de l'affaire. De ce point de vue, *deKock* et la présente espèce se ressemblent. Une différence marquée les oppose cependant. Dans l'arrêt *deKock*, la Cour d'appel a jugé qu'il s'agissait plutôt de « preuve mise en commun » que de « preuve de faits similaires », distinction qui, sauf erreur, a trait à l'usage qui peut être fait de la preuve et non à son admissibilité (*R. c. Powell*, 2010 ONCA 105, [2010] O.J. No. 542 (QL), par. 42 et 43). La Cour d'appel de l'Alberta, après avoir signalé que l'accusé lui-même, au cours du débat, avait invité le juge du procès à examiner la totalité de la preuve, a conclu que l'analyse du juge ne trahissait ni erreur ni iniquité.

[40] Il ressort de la jurisprudence que, dans les procès pour fraude où l'argument d'ignorance volontaire est avancé, la preuve n'est prise en considération dans sa totalité qu'une fois que la cour a conclu qu'elle répond à la norme de la preuve de faits similaires (*R. c. Poonai*, [2007] O.J. No. 126 (C. sup. Ont.) (QL), et *R. c. Winter*, [2008] N.J. No. 158 (C.P.T.-N.-L.) (QL)).

[41] Encore que le point de vue voulant qu'il convienne de donner avis à la défense de l'intention du ministère public de recourir à une preuve de faits similaires trouve corroboration, la jurisprudence autorise à penser également que l'absence d'avis n'entraîne pas nécessairement l'inadmissibilité de la preuve. Au procès devant jury de *R. c. T.B.L.*, [2003] O.J. No. 1502 (C.A.) (QL), le juge avait permis que soit prise en considération à l'appui de deux chefs, à titre de preuve de faits similaires, la preuve

relative à chacun de ces chefs, malgré que la défense n'eût été avisée de la présentation de cette preuve que lors de la discussion préalable aux instructions. En appel, l'accusé a soutenu que cet avis tardif avait été préjudiciable à sa défense. Il maintenait que, s'il avait reçu avis en temps opportun, il aurait peut-être modifié sa stratégie en défense. Il avançait [TRADUCTION] « qu'il aurait peut-être demandé la séparation des chefs d'accusation et que, s'il n'avait pu l'obtenir, il aurait peut-être insisté plus vivement sur les différences entre les preuves respectives des plaignantes ou, subsidiairement, sur la probabilité d'une collusion » (par. 8). Dans une brève inscription, la Cour d'appel de l'Ontario a repoussé cet argument :

[TRADUCTION]

Premièrement, nous rejetons la prémisse de l'argument, qui suppose que le ministère public avait l'obligation de donner avis préalable à la défense de son intention de se servir de la preuve des plaignantes comme d'une preuve de faits similaires. Du point de vue du droit, la défense savait ou aurait dû savoir que cette possibilité existait d'entrée de jeu. Sauf engagement exprès (inexistant ici) du ministère public de ne pas se servir de la preuve ainsi, la défense ne peut prétendre avoir été induite en erreur. Nous n'admettons donc pas que l'absence d'avis ait été préjudiciable à la défense et se soit traduite par un procès inéquitable.

Deuxièmement, nous doutons que, même si la poursuite avait donné avis en temps opportun, la stratégie adoptée en défense aurait été sensiblement modifiée. Il est à peu près certain qu'une motion en séparation aurait été rejetée. Les différences entre les preuves de chacune des plaignantes étaient évidentes et un contre-interrogatoire plus serré n'aurait guère été utile. Il était essentiellement avancé, en défense, que les plaignantes et les membres de leur famille immédiate avaient comploté pour « avoir » l'appelant et que leur preuve résultait d'une collusion. Cet argument était omniprésent au procès et il est fantaisiste de penser que, si la défense avait été prévenue du recours à une preuve de faits similaires, la Cour s'y serait arrêtée plus longuement. Nous sommes donc d'avis de ne pas accueillir les allégations de ce premier volet de l'argumentation de l'appelant. [Par. 10 et 11]

[42]

Les constatations suivantes me paraissent se dégager de la doctrine, de la jurisprudence et de l'usage généralement admis : (1) par souci d'équité, une demande ou

un avis d'intention, en vue d'obtenir de la cour la prise en considération d'une preuve de faits similaires, sont nettement attendus du poursuivant; (2) la demande du poursuivant ou son avis d'intention interviennent en temps opportun, au plus tard au moment où la poursuite clos sa preuve; (3) à moins qu'il soit convenu de débattre l'admissibilité à la fin de la présentation de la preuve, la décision à rendre sur l'admissibilité l'est avant que l'accusé n'ait entamé sa défense.

[43] La justification de l'impératif d'avis et de décision en temps opportun, en ce qui concerne la preuve de faits similaires, est évidente : il s'agit d'éviter toute iniquité à l'accusé en lui communiquant la preuve qu'il aura à réfuter. Sauf rare exception, la poursuite sait, dès le début du procès, s'il se peut qu'elle ait à demander l'admission de preuve à titre de preuve de faits similaires. Ce n'est donc pas alourdir le travail de la poursuite que de requérir qu'elle informe le juge et la défense de son intention au début du procès. Cette façon de procéder présente le double avantage de préparer la défense à la preuve qu'elle pourra devoir réfuter et de permettre au juge de commencer, pendant même qu'il instruit l'affaire, à fixer son attention sur les critères d'admissibilité énoncés dans *Handy*. Cela dit, il pourra arriver que des considérations nouvelles interviennent, pendant la plaidoirie de la poursuite, qui rendront pertinente ou admissible une preuve de faits similaires dont la présentation n'avait pas été prévue. Il est toutefois difficile d'envisager quelque situation que ce soit où la poursuite ne verrait pas, au plus tard au moment de clore sa preuve, s'il lui faut demander à la cour de prendre en considération une preuve de faits similaires.

[44] Bien sûr, l'adoption d'une procédure rigoureuse qui exigerait de donner en temps opportun, avant que l'accusé n'ouvre sa défense, un avis et une décision en matière de preuve de faits similaires préviendrait les allégations d'iniquité de l'ordre de celles qui ont été avancées en l'espèce et dans *T.B.L.* Il y a toutefois lieu de tempérer d'une certaine souplesse, comme c'est souvent le cas, les exigences de procédure à remplir pour obtenir l'admissibilité d'une preuve de faits similaires. Parfois, ainsi qu'en témoigne *T.B.L.*, le défaut de donner avis et de statuer sur la question de la preuve de faits similaires avant que l'accusé n'entame sa défense ne portera pas à conséquence.

[45] Il me paraît possible de concilier, d'une part les énoncés de la doctrine et de la jurisprudence, et l'usage généralement admis, qui veulent qu'un avis et une décision soient donnés, relativement à la preuve de faits similaires, avant que l'accusé n'entame sa défense, et d'autre part *T.B.L.*, de même que *deKock* d'ailleurs, par le rejet d'une règle de procédure stricte qui contraindrait la poursuite à toujours donner préavis de son intention de se servir d'une preuve comme d'une preuve de faits similaires. Je ne saurais trouver de justification à une règle de droit inflexible qui exclurait automatiquement cette preuve du seul fait que la poursuite n'aurait pas suivi la procédure usuelle. L'oubli est humain! En revanche, nul besoin de citation à l'appui du constat que les tribunaux doivent réagir s'il se peut que l'équité du procès soit compromise. Il s'ensuit à mon sens que, s'il advient qu'on ne donne pas avis en temps opportun et qu'une décision en matière de faits similaires ne soit demandée qu'après que l'accusé a entamé sa défense, il y aura lieu de ne pas admettre la preuve de faits similaires s'il est montré que l'absence d'avis ou la décision tardive sont préjudiciables à la défense et se traduisent par un procès inéquitable.

[46] Je crois que donner avis en temps opportun, comme statuer sur la question des faits similaires avant que l'accusé n'entame sa défense, est déjà la norme partout au pays. Cet usage me paraît tout à fait légitime. La poursuite est celle qui sait si la question de la preuve de faits similaires sera soulevée, et il n'est que juste qu'elle en informe la défense dès que possible et que la question, sauf entente de report de son examen à la toute fin du procès, soit tranchée avant que l'accusé n'ouvre sa défense. Encore que je refuse, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario dans *T.B.L.*, d'assimiler cet usage à une règle de droit stricte, je reconnais certainement, comme d'ailleurs le tribunal ontarien, je pense, que la preuve de faits similaires devrait être rejetée, s'il peut être établi que la défense a subi un préjudice, pour le motif qu'on n'a pas donné avis en temps opportun ou que la décision a été rendue tardivement.

[47] À mon sens, que la question de la preuve de faits similaires soit soulevée par la poursuite à la fin du procès, par le juge du procès au cours du débat ou, ainsi qu'en l'espèce, par le juge du procès après présentation des conclusions finales, la situation est la même. S'il n'y a pas préjudice, il n'y a pas iniquité. S'il y a préjudice, il convient de

rejeter la preuve. Ou encore il convient, ainsi qu'en l'espèce, la preuve étant déjà admise, de ne pas la prendre en considération à l'égard de tous les chefs d'accusation.

D. *Application à la présente cause*

[48] Parce que j'écarte l'argument de M. Michaud voulant que l'absence d'avis entraîne automatiquement l'inadmissibilité d'une preuve de faits similaires, de sorte que le juge ne pouvait prendre la preuve en considération à l'égard de tous les chefs, je dois me pencher maintenant sur l'argument voulant qu'elle ait été préjudiciable à sa défense.

[49] Comme dans *T.B.L.*, je pose que, du point de vue du droit, M. Michaud aurait dû savoir d'entrée de jeu qu'il était possible que la poursuite invoque la règle de la preuve de faits similaires et prie la cour de prendre la preuve en considération à l'égard de tous les chefs. Il fallait certainement s'y attendre dans les circonstances. J'admets qu'il m'a semblé, à prime abord, que ce moyen d'appel pourrait connaître le même sort que le moyen avancé dans *T.B.L.* J'ai dû me raviser, toutefois, après avoir examiné de plus près les arguments de M. Michaud à l'appui du rejet de la preuve de faits similaires.

[50] Premièrement, la poursuite a indiqué au procès que, parce que la règle de la preuve de faits similaires ne lui paraissait pas applicable en l'espèce, elle n'entendait pas présenter de motion pour demander la prise en considération de la preuve à l'égard de tous les chefs. De fait, même lorsque le juge a soulevé la question, la poursuite a soutenu que ce n'était pas nécessaire. Ainsi, rien au procès ne prévenait la défense que la règle des faits similaires serait invoquée. Deuxièmement, et surtout, la poursuite a produit, à un certain moment, des tableaux qui rassemblaient des détails sur les diverses opérations pour lesquelles des accusations avaient été portées contre M. Michaud. Comme le juge du procès le signale dans sa décision, M. Michaud s'est opposé à l'admission de ces tableaux pour le motif qu'ils occultaient le contexte général des opérations. Autre considération, et considération décisive peut-être, le juge a demandé à la défense, lorsque M. Michaud a témoigné, de grouper bon nombre des opérations, au lieu de passer en revue chacune des presque 2 300 opérations qu'il avait réalisées pendant la période visée. Personne n'ayant indiqué que toute la preuve servirait à chacun des chefs d'accusation, la défense a donné

son acquiescement. Quand le juge, par la suite, a soulevé la question des faits similaires, la défense lui a rappelé (elle le lui a rappelé, en fait, dans sa motion en annulation du procès) que la présentation qu'elle avait faite de sa preuve avait été conçue, à l'évidence, pour répondre uniquement aux prétentions de la poursuite, qui avait présenté une preuve distincte à l'appui de chacun des chefs et non une preuve à prendre en considération à l'appui de tous les chefs.

[51] Je reconnais un fondement à la thèse de la défense. L'ignorance volontaire avait été invoquée et, s'il fallait que le juge prît la preuve en considération à l'égard de tous les chefs, le contexte des opérations sur lesquelles les accusations reposaient était critique. Les 148 opérations dont faisait état l'acte d'accusation ne représentaient qu'une petite partie des déclarations de revenus que M. Michaud avait produites pour ses clients au cours des premiers mois de 2007. Comme le faisait valoir la défense, il aurait fallu présenter au juge, s'il devait s'appuyer sur ces opérations pour conclure que M. Michaud aurait dû savoir que quelque chose n'allait pas, un portrait complet de la situation, et non la seule esquisse que proposaient ces tableaux. Il aurait été pertinent de se demander, par exemple, combien d'opérations avaient eu lieu entre les divers escomptes sur lesquels reposaient les accusations. Il aurait été pertinent, également, de se demander combien de ces opérations avaient été réalisées pour des personnes munies de documents légitimes obtenus des employeurs dont le nom apparaissait dans les faux documents. S'il faut qu'un juge infère des similitudes d'une série d'opérations une ignorance volontaire, il convient de permettre le plus possible à la défense de situer les opérations dans leur contexte entier. Manifestement, ici, la défense en a été dissuadée, et elle a donné son acquiescement parce que nul n'avait donné à entendre que la preuve serait prise en considération à l'égard de tous les chefs. Dans les circonstances, je conclus à un préjudice. La situation diffère de celle de *T.B.L.*, où la stratégie adoptée en défense ne se serait trouvée modifiée en rien. Au contraire, ici, la défense a bel et bien modifié sa stratégie, comme elle l'a vigoureusement fait valoir, et le juge n'a pu porter son regard sur l'entièreté du contexte dans lequel se sont inscrites les opérations ayant donné lieu aux accusations, qui ne forment qu'un petit pourcentage de toutes les opérations réalisées.

[52] À mon sens, le juge a fait erreur lorsqu'il a conclu que l'admission tardive de la preuve à titre de preuve de faits similaires n'avait pas été préjudiciable à la défense et ne s'était pas traduite par un procès inéquitable. J'estime qu'il en est résulté préjudice et iniquité. Il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a pris la preuve en considération à l'égard de tous les chefs. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel interjeté des déclarations de culpabilité qui ont été prononcées sur le fondement de l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il convient d'annuler ces déclarations de culpabilité. Le juge a conclu sans équivoque que, n'eût été sa décision d'admettre la preuve de faits similaires, puis de prendre la preuve en considération à l'égard de tous les chefs, il aurait acquitté l'accusé. Dans les circonstances, il n'est qu'approprié, je pense, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire un verdict d'acquittement pour tous ces chefs d'accusation.

[53] Il reste quatre chefs d'accusation, reposant sur l'art. 6.1 de la *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*, pour lesquels des déclarations de culpabilité ont été inscrites. Le juge du procès ne s'est pas appuyé sur une preuve de faits similaires pour rendre ces quatre verdicts, parce qu'il n'a pas conclu à la *mens rea* requise sur le fondement de la doctrine de l'ignorance volontaire. Le raisonnement qui précède ne touche donc pas ces déclarations de culpabilité. Par ailleurs, les deux moyens d'appel qui ont été séparés en vue d'un examen ultérieur sont sans incidence, puisqu'ils se rapportent à l'ignorance volontaire et au poids accordé à certains facteurs pour statuer en matière de faits similaires. Ainsi, ces quatre déclarations de culpabilité ne seraient pas touchées par la seconde partie de l'appel, que le dispositif ci-dessous rend sans objet. En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel en ce qui a trait à ces quatre déclarations de culpabilité.

V. Dispositif

[54] Les motifs qui précèdent sont ceux pour lesquels j'ai convenu d'accueillir l'appel, en ce qui concerne les déclarations de culpabilité prononcées sur le fondement de l'al. 239(1.1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, auxquelles des verdicts d'acquittement ont été substitués sur tous les chefs d'accusation, et de rejeter l'appel en ce qui concerne

les déclarations de culpabilité reposant sur l'art. 6.1 de la *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*.

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] Rosaire Michaud was charged with multiple counts alleging offences under s. 6.1 of the *Tax Rebate Discounting Act*, R.S.C. 1985, c. T-3 and under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). On May 6, 2011, a judge of the Provincial Court convicted Mr. Michaud of four out of 126 counts under the former legislation, and 134 out of 148 counts under the latter: 2011 NBCP 18. On June 30, the judge sentenced him to a conditional sentence of two years less a day in addition to fines of \$391,504.49 and \$2,000.00, respectively. Mr. Michaud appealed the convictions on several grounds. On September 6, 2011, a judge of this Court directed the appeal first proceed with the hearing of two of these grounds because they could be considered without the parties incurring the expense of a full transcript of the trial proceedings. These two grounds relate to the trial judge's consideration of similar fact evidence. Specifically, Mr. Michaud argues the trial judge erred in raising on his own initiative, after all evidence was heard and final arguments made, the question of similar fact evidence, and then relying on this evidence to find the necessary *mens rea* to convict. In Mr. Michaud's submission that course was not open to the judge because the prosecution had neither informed the defence of its intention to rely on similar fact evidence nor asked the Court to consider it. In other words, the ground of appeal under consideration in this part of the appeal relates to the procedure for invoking the similar fact rule, and not to the substantive criteria for admission. Below I explain why, in my view, there is no strict procedural requirement for notice that would lead to the automatic exclusion of the evidence. I add, however, that, when notice is not given, the evidence should not be admitted if to do so would compromise the fairness of the trial.

[2] In a decision issued on September 10, 2012, we allowed the appeal in part. The convictions under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act* were quashed and verdicts of acquittal were entered. The appeal was dismissed with respect to the convictions under

s. 6.1 of the *Tax Rebate Discounting Act*. At the time, we indicated that reasons would follow. Here are those reasons.

II. Background

[3] For the purposes of Mr. Michaud's appeal on the two grounds currently under consideration, it is not necessary to undertake a detailed review of the facts that led to each of the 138 convictions. Suffice it to say that Mr. Michaud operated a tax discounting business from his home in Grand Falls, N.B., and that, in 2007, he filed, on behalf of 148 clients, false statements under the *Income Tax Act*, leading to the clients obtaining unentitled refunds, from which Mr. Michaud would get paid for his services. The preparation of tax returns on behalf of these clients was part of an elaborate scheme orchestrated by others who recruited individuals to participate in the fraud. Those recruited were provided with false and fraudulent documents and each, at one point in the period between February 14 and April 26, 2007, was taken to Mr. Michaud's office, often from other parts of the Province. In the typical case, Mr. Michaud immediately prepared a tax return based on the false information provided to him by the client, and, in most cases, filed it electronically. Mr. Michaud then issued the client a cheque drawn on his own account at a local financial institution. The client then left Mr. Michaud's office, met up with one of the orchestrators of the scheme, went to the financial institution to cash the cheque, retained a portion of the funds and gave the balance to one of the ringleaders. On occasion, a client would simply sign over the cheque to the ringleader in exchange for a lesser amount.

[4] There was no evidence Mr. Michaud was involved in orchestrating this tax fraud scheme. The trial judge found the ringleaders would never enter Mr. Michaud's office with the clients. Mr. Michaud would simply prepare the tax returns as part of the tax discounting business he had operated since 1986. The 148 false returns filed as part of this scheme were but a small fraction (less than 6.5%) of the approximately 2,300 tax returns filed in 2007, on behalf of clients for the 2006 taxation year. Each client spent only a matter of minutes with Mr. Michaud, since the tax return was generally prepared from the paperwork the client provided.

[5] The trial judge concluded the offences at issue were not strict liability offences, but rather offences for which *mens rea* had to be proven. Turning first to the charges under s. 6.1 of the *Tax Rebate Discounting Act*, the judge noted they alleged Mr. Michaud had knowingly provided the Canada Revenue Agency with information, a document, or a copy of a document, which was false, misleading or incomplete. The judge found both the *actus reus* and the required *mens rea* in relation to only four of the 126 counts contained in the indictment alleging offences under s. 6.1 of the *Tax Rebate Discounting Act*. Parenthetically, Mr. Michaud was tried on an Information, not an indictment. However, I will refer to the charging document as an indictment for the sake of simplifying the text because many of the cases cited below relate to matters tried on an indictment.

[6] Addressing next the alleged offences under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act*, the trial judge found the *actus reus* had been proven for each of the 148 charges. The judge readily acknowledged that, if he looked at each transaction in isolation, he would not be able to find Mr. Michaud had the required *mens rea*. He held that, in the absence of evidence Mr. Michaud was a knowing participant in the tax fraud scheme, or of evidence he actually knew the filed documents were fraudulent, the *mens rea* would depend on the doctrine of wilful blindness. Quoting the words of Charron J. in *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, the judge recognized what follows:

Wilful blindness does not define the *mens rea* required for particular offences. Rather, it can substitute for actual knowledge whenever knowledge is a component of the *mens rea*. The doctrine of wilful blindness imputes knowledge to an accused whose suspicion is aroused to the point where he or she sees the need for further inquiries, but deliberately chooses not to make those inquiries. See *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, and *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55. As Sopinka J. succinctly put it in *Jorgensen* (at para. 103), "[a] finding of wilful blindness involves an affirmative answer to the question: Did the accused shut his eyes because he knew or strongly suspected that looking would fix him with knowledge?"

[para. 21]

[7] The trial judge recognized the difference between recklessness and wilful blindness, noting Charron J.'s observation, based on the views of Professor Don Stuart, that "the expression 'deliberate ignorance' seems more descriptive than 'wilful blindness', as it connotes 'an actual process of suppressing a suspicion'" (para. 30 of the trial judge's decision, referring to para. 24 of *Briscoe*). In the final analysis, with this concept in mind, the trial judge reviewed each count alleging offences under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act*, and stated he was left without any reasonable doubt that, in 134 instances, Mr. Michaud had been wilfully blind to the fact he was filing tax returns prepared on the basis of false information. In other words, the judge concluded that, in 134 cases, Mr. Michaud shut his eyes to this reality: he was being provided with false documents. That was so because he knew or strongly suspected that "looking" would fix him with knowledge, and that he would then not be able to profit from the transaction.

[8] During the evidentiary portion of the trial and even in argument, no one made mention of the similar fact evidence rule. The case took the twist that is now the subject of this appeal when, after reserving decision, the trial judge wrote both prosecution and defence counsel, advising them it had come to his attention that, according to *R. v. Cote*, 2003 NBCA 38, 257 N.B.R. (2d) 194 and *R. v. Stymiest*, 2005 NBQB 445, 297 N.B.R. (2d) 137, he could only consider the evidence relating to a particular count as evidence for that count, and not as evidence relevant to the determination of other counts, unless the evidence was admissible as similar fact. The judge inquired whether counsel wanted to make any further submission on that point.

[9] The parties filed written submissions, and a hearing was convened on March 30, 2011, during which the trial judge heard argument on the application of the similar fact evidence rule. The judge clarified the purpose of his letter to counsel. He explained that, as he was organizing his materials to write the decision, he recalled the case of *R. v. Paquet (R.) et al.* (1999), 219 N.B.R. (2d) 130, [1999] N.B.J. No. 493 (C.A.) (QL), and this caused him some concern regarding the similar fact evidence rule. At the hearing, counsel for the prosecution questioned whether, in the context of a case before a judge alone involving multiple counts of fraud where wilful blindness was the issue, this

was truly a case of similar fact evidence. If it was, the prosecution continued, the evidence should be considered as it clearly meets the test for admission and there is little prejudice to the accused. To the extent the law required the prosecution to make a motion for the court to consider similar fact evidence, the prosecution made such a motion, arguing it could be made at this late stage in the process because the accused had testified and the defence had addressed all the evidence. According to the prosecution, there could be no prejudice to Mr. Michaud. In reply, Mr. Michaud argued the court could not “on its own motion” raise the question of similar fact evidence and where, as here, the matter was not raised at trial, it should not even be considered. Mr. Michaud’s counsel contended the defence would have been conducted differently had Mr. Michaud known the court would be considering similar fact evidence. Defence counsel also maintained the evidence should not be admitted as similar fact evidence because its prejudicial effect outweighed its probative value.

[10] The judge ruled on the similar fact evidence issue as a preliminary question. He began by setting out the general rule, as expressed in *R. v. Cote*, to the effect that, even in a multi-count indictment against a single accused, evidence relating exclusively to one count cannot be used in determining other counts unless the evidence is admissible as similar fact evidence.

[11] The judge acknowledged Mr. Michaud’s position that the prosecution had never sought the admissibility of evidence relating exclusively to one particular count as similar fact evidence to support other counts, much less given notice it would seek to invoke the rule. He also considered the prosecution’s contention that Mr. Michaud knew from the outset the evidence adduced at trial would be relied upon globally in assessing the question of whether there was proof of wilful blindness.

[12] In the end, the judge sided with the prosecution. He noted there had been no motion to sever the counts and stated that when the prosecution submitted detailed tables to show the chronology and details of all transactions, Mr. Michaud’s only objection was founded on the allegation these were made out of context, not that they would constitute inadmissible similar fact evidence. The judge inferred Mr. Michaud had

been aware from the outset the prosecution was seeking to have the evidence of all counts considered in support of each, and concluded no procedural unfairness ensued from the prosecution's failure to make a formal request for the admissibility of similar fact evidence. The judge then considered the criteria for the admissibility of similar fact evidence as summarized in *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, and concluded they had been met.

[13] In his decision, the trial judge acknowledged that each transaction, viewed in isolation from the rest, would not have aroused in Mr. Michaud the suspicion required to constitute wilful blindness. The judge acquitted Mr. Michaud of several counts, which related to some of the earlier transactions, but was satisfied on the criminal standard that Mr. Michaud had been wilfully blind with respect to 134 transactions. Accordingly, the judge convicted him of the corresponding counts under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act*.

[14] In the aftermath of the trial, Mr. Michaud brought a motion for mistrial, alleging unfairness resulting from the lack of prosecution notice of intent to invoke the similar fact evidence rule, and from the judge's unprompted raising of the matter. The motion was dismissed.

III. Issues on Appeal

[15] Mr. Michaud raises four grounds of appeal, two of which are raised as alternative grounds. Because of the bifurcated hearing arising out of my colleague's September 6, 2011, direction, the latter are not being considered at this point. Those two grounds relate to the proper test to determine wilful blindness and to the weight the judge gave to certain facts in applying the test for the admissibility of similar fact evidence. For the purpose of the two grounds of appeal my colleague ruled should be determined first, I will presume the substantive criteria for the admission of similar fact evidence could be met. What is contested is the procedure leading to the admission of the evidence as similar fact evidence, at the instance of the judge, once all the evidence had been heard and final arguments made. According to both Mr. Michaud's Notice of Appeal and his

written submission, the two grounds of appeal for preliminary consideration raise the following questions:

1) Did the trial judge err in law by admitting as similar fact evidence in support of each of the counts the entirety of the evidence adduced at trial thereby violating the appellant's right to be tried by an independent and impartial tribunal as provided in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2) Did the trial judge err in law in hearing a motion for the admission of similar fact evidence once the trial was concluded, in violation of the accused's right to be tried by an independent tribunal after a fair trial as provided in s. 11(d) of the *Charter*?

[16] If either of those questions is answered affirmatively, Mr. Michaud raises a third question, which is whether the similar fact evidence should be excluded on application of s. 24(2) of the *Charter*.

[17] As will be seen below, I will frame the appeal in markedly different terms.

IV. Analysis

A. *Preliminary observations regarding the grounds of appeal*

[18] With respect, although the grounds of appeal and Mr. Michaud's arguments, as framed, raise *Charter* issues, there is no need to resort to the *Charter* to determine this appeal. In my view, the principal question, properly framed, is whether the admissibility of similar fact evidence is predicated upon proper notice of intention being given before the accused embarks on his defence. If so, the appeal should be determined on that basis.

[19] I am not in the least persuaded that a judge who raises a question of law after arguments have been made but before decision is rendered enters the fray and demonstrates partiality. In my view, the proposition is absurd. In the present case, the

trial judge noted he had not been formally asked to consider similar fact evidence, and invited counsel to address the question whether he could nevertheless do so. This is a question of law. Both parties received proper notice and were afforded an opportunity to file written submissions and make oral arguments. In my view, the characterization of how the similar fact issue came to be argued as going to the partiality of the judge or to the fairness of the trial is preposterous, as is the reliance on cases that can easily be distinguished.

[20] Mr. Michaud relies on *R. v. Shumka*, [1985] B.C.J. No. 675 (B.C. Co. Ct) (QL), a case where, after the prosecution had closed its case and the defence had elected to call no evidence, the trial judge, on his own motion, admitted a document that had been only marked for identification, and then declared the Crown's case concluded. On appeal, Millward Co. Ct. J. quashed the conviction on the grounds the trial judge had “departed from the even-handed independence and impartiality required of a trier of a criminal cause” (para. 11). One of the reasons given was that the judge had “on his own initiative, and without any opportunity to the accused person or his counsel to make submissions on the point, [taken] upon himself to admit the certificate in question” (para. 11) (Emphasis added). Evidently this is not what happened in the present case. The trial judge informed counsel of a concern on a question of law regarding the use he could make of evidence already properly adduced before him, and afforded both parties ample opportunity to make submissions on the point.

[21] While I am able to distinguish *Shumka*, this should not be interpreted as an endorsement of the County Court’s decision. I note that *Shumka* appears to have been cited only once. In *R. v. Park*, 2009 ABQB 470, [2009] A.J. No. 846 (QL), Ouellette J. reviewed *Shumka* and other cases and concluded that “where the admissibility is clear and the evidence has been adequately addressed by the relevant witness or witnesses, the weight of authority is that the failure to make the evidence a formal exhibit is a matter of form only and does not undermine an otherwise proper conviction” (para. 19).

[22] The other case upon which Mr. Michaud relies in support of his contention he was not judged impartially is *F.Y. v. R.*, 2011 NBCA 86, 378 N.B.R. (2d) 37. That

was a case where the Court found that the judge had “demonstrated a closed mind on the subject of a conditional sentence before having heard from the appellant” (para. 8). It has no application whatsoever in the present case.

[23] For these reasons, I would not give effect to the first ground of appeal. For the same reasons, I would not accede to the arguments relating to judicial impartiality or independence raised in the second ground of appeal. Nevertheless, the arguments made at the hearing of the appeal focused more on the question whether fairness requires notice to be given before the similar fact evidence rule can be invoked, than on any alleged *Charter* violation. In my view, the matter should be decided on that basis. The question of fairness is predicated on there being a rule of law establishing procedural criteria, including notice, before any use can be made of evidence relating to one count across all counts in a multi-count indictment. If there is such a rule and if the procedural criteria for admission were met, there was no error, and trial fairness was not affected. On the other hand, if there is such a rule and the criteria were not met, the judge erred in law and the conviction cannot stand, regardless of any s. 11(d) *Charter* violation.

[24] Before addressing the question of notice in applying the similar fact rule, one must consider the more fundamental question of whether the rule even applies in the circumstances of this case. It is the prosecution’s contention that it does not. In disposing of the appeal, I will therefore focus on the following questions:

- 1) Is the similar fact evidence rule triggered in this case?
- 2) If so, was there a requirement for the prosecution to give notice of its intent to ask the judge to consider the evidence across all counts?
- 3) If so, what consequences flow from the failure to give notice?

B. *The similar fact evidence rule in multiple-count matters tried by judge alone*

[25] The first question that arises in this appeal, as I have framed it, is whether the similar fact evidence rule is triggered in a case of a multiple-count indictment tried by judge alone. The prosecution argues it is not. I disagree.

[26] The origin of the similar fact evidence rule and its rationale are discussed in *R. v. B.* (*C.R.*), [1990] 1 S.C.R. 717, [1990] S.C.J. No. 31 (QL), and again in *R. v. Handy*. *Handy* stands as the modern starting point for the application of the rule. For the purpose of this appeal there is little value in detailing the reasons for those decisions. Briefly stated, the rule provides that proffered similar fact evidence of a discreditable nature is presumptively inadmissible unless the prosecution can show on a balance of probabilities that the probative value of the evidence outweighs the potential for misuse. The misuse would include improper conclusions regarding either an accused's character or his/her propensity to commit the offence. Exception to this presumptive inadmissibility is justified where it is shown "that the deficit of probative value weighed against prejudice on which the original exclusionary rule is predicated is reversed." In those situations, "[p]robative value exceeds prejudice, because the force of similar circumstances defies coincidence or other innocent explanation" (para. 47 of *Handy*) [Emphasis added].

[27] Admittedly, the vast majority of "similar fact" situations arise when the prosecution proffers evidence of discreditable conduct that is not covered by the indictment. In those situations, the trial judge must determine whether the evidence can be adduced before the trier of fact. That is not, however, the situation in the present case. The prosecution is allowed to join one or more counts arising out of different transactions in the same indictment, although an accused can apply for severance. When deciding whether to sever the counts, the judge often has to consider whether the evidence stands to be admitted across all counts on application of the similar fact evidence rule. If so, there would be little value in severing the counts. Where severance is not ordered in a multi-count indictment, the evidence relating to each individual count is admitted, but it is admitted solely for the purpose of determining whether proof has been made of that

particular count. The evidence cannot be considered across all counts unless it is ruled admissible for such purpose on application of the similar fact evidence rule. Drapeau C.J.N.B. makes this abundantly clear in *R. v. Cote, supra*:

In *R. v. Paquet (R.) et al.* (1999), 219 N.B.R. (2d) 130 (C.A.), at para. 25, the Court observed that it was "settled law that, in a trial on a multi-count indictment against several accused, the trial judge must delineate for the jury what evidence it is legally entitled to consider for the purposes of determining whether the Crown has proven the guilt of a particular accused in respect of each count against him or her". Needless to say, that time-honored rule applies to a multi-count indictment against a single accused. When evidence relating to one count is not admissible as similar fact evidence on the other counts in the indictment, the trial judge must make plain to the jurors that they must refrain from using that evidence in determining the other counts. The trial judge must also instruct the jurors that they are required to consider each count separately. See *R. v. M.(B.)* (1998), 130 C.C.C. (3d) 353 (Ont.C.A.), at para. 41, and Professor G.A. Ferguson and Justice J.C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, looseleaf (Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1994), at para. 4.61, sub-paragraph 10. [para. 5]

[28] Recently, in *R. v. Johnson*, 2011 ONSC 195, [2011] O.J. No. 317 (QL), Hill J., noting that similar fact evidence is "presumptively inadmissible and is only 'exceptionally' admitted where the Crown discharges its burden of establishing the case for admission" also pointed out that "the test for admission is the same whether the evidence is extrinsic or arises from the proof of other counts in the indictment" (para. 131). I agree.

[29] The bulk of cases on the similar fact evidence rule arise out of jury trials. These cases involve situations where the trial judge is first required to determine admissibility and then to give proper instructions to the trier of fact as to the use that can be made of the evidence. The jury must be instructed not to reach improper conclusions on the basis of the accused's character or propensity. Moreover, in a multi-count indictment, another danger the instructions seek to avoid is a conviction based on the number of counts in the indictment as opposed to a proper assessment of the strength of

the evidence in support of each count. However, the situation is somewhat different in non-jury trials because trial judges know not to reach a verdict on the basis of an accused's character or propensity and know how to assess the evidence on any particular count. This said, one should nevertheless not confuse the matter of limiting instructions with admissibility. Even in a judge alone trial, where the potential for misuse is significantly diminished, if not entirely nil, the rules of admissibility nevertheless apply. Therefore, in a multi-count indictment, before evidence relating exclusively to a particular count can be considered across all counts, it must meet the criteria for admissibility as similar fact evidence. This is because the evidence on the particular count, by its very nature, relates to discreditable conduct.

[30] This case is a perfect illustration. The conduct alleged in each count under the *Income Tax Act* relates to the filing of fraudulent documents: clearly discreditable conduct. The judge was being asked to find culpable *mens rea* for a particular count on the basis of evidence establishing only the *actus reus* of the other counts, there being no independent proof of *mens rea* for any one of the counts. In such a case, since the proffered evidence relates to discreditable conduct, the evidence relating to one count is presumptively inadmissible across all counts unless the prosecution shows on a balance of probabilities that, on application of the criteria set out in *Handy*, the evidence is admissible across all counts. That criteria requires to the judge to: (1) determine the probative value of the evidence; (2) assess the prejudice to the accused; and, (3) weigh the probative value versus the prejudice. To determine the probative value of the evidence, the judge must consider a number of factors, such as the potential for collusion, the issue in question at trial, the similarities and dissimilarities between the facts charged and the similar fact evidence, the strength of the evidence that the similar acts actually occurred. Assessment of the prejudice takes into account both moral prejudice and reasoning prejudice. In the end, the trial judge must decide, considering society's interest in getting at the truth, and the interest of both society and the accused in a fair process, whether the probative value outweighs the prejudice: see *Handy*, at paras. 98-152.

[31] This is the very approach the trial judge followed in ruling on the admissibility of the evidence across all counts. In my view, he was quite right to recognize the need to apply the similar fact evidence rule.

[32] As stated earlier, one of the grounds of appeal that is not considered in this portion of the bifurcated appeal relates to whether the trial judge erred in applying the test. Mr. Michaud does not contend the judge applied the wrong test; only that he placed undue emphasis on some factors. For the purpose of the grounds of appeal under consideration, I accept the evidence proffered on each count was substantively admissible across all counts. Thus, the questions addressed below focus only on any procedural prerequisites for admissibility.

C. *The requirement for notice*

[33] To summarize, I am of the view the trial judge was correct in ruling the evidence adduced at trial for a particular count was not admissible across all counts unless the evidence met the test for admissibility of similar fact evidence. Mr. Michaud certainly agrees with that position. What he does not agree with is that similar fact evidence could be admitted without notice to him, at least before he embarked on his defence. He supports his position with the following excerpt from David Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence*, (Toronto: Carswell, 2011):

The argument concerning admissibility as evidence of similar acts may be made:

- i. At the outset of trial proceedings, where an issue is raised whether the counts may properly be tried together; and/or
- ii. At the conclusion of [the prosecution's] case.

In every event, fairness would seem to require a determination of admissibility before [the accused] embarks upon his/her defence. [pp. 527-528]

Reference can also be made to John L. Gibson's *Criminal Law Evidence, Practice and Procedure*, looseleaf (Toronto: Carswell, 1988), where, commenting on this same issue,

he states that “[i]n the absence of a jury, it is preferable that the prosecutor alert the defence in advance of its intention to rely on similar fact reasoning” (p. 56A-3).

[34] In my view, support for these statements is found in the rationale for such an approach: it is the prosecutor who knows how he/she will argue the case and it is only fair that the defence be fully informed of the case it has to meet. The very fact that the rule regarding similar fact evidence places an onus of proof on the prosecution supports the notion of an “application” for consideration of similar fact evidence and fair notice. The dearth of cases establishing or applying procedural criteria for application of the similar fact evidence rule is indubitably because notice is regularly given. For example, in *R. v. Dubé*, 2011 NBCP 30, 379 N.B.R. (2d) 275, another recent prosecution of multiple counts alleging the filing of fraudulent tax returns, Duffie P.C.J. noted, at para. 84, that, at the outset of trial, the prosecutor had announced his intention to rely on the similar fact evidence rule.

[35] There is also jurisprudential support for the understanding that an “application” or notice is expected. In *R. v. Last*, 2009 SCC 45, [2009] 3 S.C.R. 146, the Supreme Court was discussing the severance of counts. Writing for the Court, Deschamps J. observed as follows:

In the case at bar, an issue facing the trial judge at the time of the severance hearing was the fact that the Crown indicated that it wanted to wait until the conclusion of its evidence before making a similar fact evidence application. There is no procedural rule requiring the Crown to bring the similar fact evidence application at the time of the severance application: see D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2009), at s. 34.02. Given that the assessment of the similar fact evidence application can be a difficult task, in many cases such an assessment may be best done once all of the Crown's evidence has been tendered. [para. 34]

While not expressly endorsing a notice requirement, *Last* does contemplate a Crown application for the determination of admissibility.

[36] In *Johnson*, Hill J. notes:

In the instance of a multi-count indictment involving different complainants where the prosecution seeks count-to-count admissibility of what is submitted to be similar fact evidence, the parties are frequently content to deal with the admissibility issue not as a pre-trial application but rather at the conclusion of all of the Crown's evidence: *R. v. Last* (2010), 247 C.C.C. (3d) 449 (S.C.C.) at para. 34. In some trials, agreement is reached to argue the admissibility question at the end of the case: see for example, *R. v. U.C.*, 2009 ONCA 367, at para. 19. [para. 130]

[37] In *R. c. Charbonneau*, 2005 QCCA 1054, [2005] J.Q. n° 16277 (QL), Côté J.A. held it was sufficient that the prosecution had raised the issue of similar fact evidence at the end of its case.

[38] Fraud cases are often tried by multi-count indictments, and a review of these types of cases illustrates the practice of a Crown application for the court to consider similar fact evidence across all counts: *Stymiest, R. v. Kirk*, [2004] O.J. No. 3442 (C.A.) (QL) at para. 7, and *R. v. McNamara et al. (No. 1)*, [1981] O.J. No. 3254 (C.A.) (QL) at para. 158, aff'd [1985] 1 S.C.R. 662, [1985] S.C.J. No. 28 (QL). Admittedly, there are fraud cases where evidence was considered across all counts without reference in the reasons for decision to a Crown application: *R. v. Shead*, [1996] M.J. No. 466 (Q.B.) (QL), and *R. v. Wuckert*, [1999] M.J. No. 260 (Q.B.) (QL), sentence varied with no reference to similar fact evidence [2000] M.J. No. 159 (C.A.) (QL). In addition, there is one case where an appellate court specifically stated that, where evidence is only used to show the context in which the crimes took place, the evidence can be used for all counts without being admitted as similar fact evidence: *R. v. deKock*, 2009 ABCA 225, [2009] A.J. No. 628 (C.A.) (QL).

[39] The *deKock* case involved theft and fraud arising from situations where a number of the appellant's customers had paid for merchandise they never received. There had been no formal Crown application to use "similar facts" across all counts and the defence had not agreed to the use of the evidence in this manner. After the trial judge

considered the evidence across all counts, the case made its way to the Court of Appeal. In this respect, that case resembles the present one. However, there is a striking difference between the two. In *deKock*, the Court of Appeal considered the issue more as a “‘pooled evidence’ case than a ‘similar fact evidence’ case”, which, as I understand it, relates to the use that can be made of the evidence and not to its admissibility (see *R. v. Powell*, 2010 ONCA 105, [2010] O.J. No. 542 (QL) at paras. 42-43). In reaching the conclusion that there was no error or unfairness in the trial judge’s approach, the Alberta Court of Appeal noted the accused himself had, during argument, invited the trial judge to consider the totality of the evidence.

[40] In fraud cases where wilful blindness is invoked, case law shows the totality of evidence is only considered after it is concluded the evidence meets the standard for similar fact evidence (see *R. v. Poonai*, [2007] O.J. No. 126 (Ont. S.C.J.) (QL) and *R. v. Winter*, [2008] N.J. No. 158 (N.L.P.C.) (QL)).

[41] While there is support for the view that notice of the Crown’s intention to rely upon similar fact evidence should be given to the defence, there is also jurisprudential support for the proposition that failure to give notice is not necessarily fatal. In *R. v. T.B.L.*, [2003] O.J. No. 1502 (C.A.)(QL), testimonies relating to independent counts were allowed to be considered for both counts as similar fact evidence in a jury trial, even though the defence had only been given notice at the pre-charge conference. On appeal, the accused argued the late notice prejudiced his defence. He maintained that, had timely notice been given, he might have altered his defence strategy, claiming that “he might have moved for severance and if unsuccessful, he might have focused more intensely on the dissimilarities in the complainants’ evidence or alternatively, on the likelihood of collusion” (para. 8). In a brief endorsement, the Ontario Court of Appeal refused to give effect to this argument:

First, we reject the underlying premise that the Crown was obliged to give the defence advance notice of its intention to use the complainants' evidence as similar fact evidence. As a matter of law, the defence knew or should have known that this possibility existed from the outset. Absent an express undertaking from the Crown not to use the

evidence in this fashion (of which there was none here), the defence cannot claim that it was misled. Accordingly, we reject the submission that lack of notice occasioned prejudice to the defence and resulted in an unfair trial.

Second, even if timely' notice had been given, we doubt that it would have altered the defence strategy in any meaningful way. A severance motion would almost certainly have failed. The dissimilarities in the complainants' evidence were obvious and more intense cross-examination would have accomplished little. The essence of the defence was that the complainants and their immediate family members had conspired together to "get" the appellant and their evidence was the product of collusion. This theme was pervasive throughout the trial and it is fanciful to think that it would have received more attention had the defence been alerted to the similar fact issue. Accordingly, we would not give effect to the first branch of the appellant's argument. [paras. 10-11]

[42] What I discern from a review of academic writings, the commonly accepted practice, and the jurisprudence is this: (1) for the sake of fairness, there is a clear expectation that the prosecutor will apply, or give notice of intention, to have the Court consider similar fact evidence; (2) the prosecution's application is made, or the notice of intention is given, in a timely fashion and, at the very latest, as the prosecution closes its case; and (3) except where agreement is reached to argue the admissibility question at the end of the case, the determination of admissibility is made before the accused embarks on his or her defence.

[43] The rationale for requiring timely notice and timely adjudication of the similar fact issue is obvious; it avoids unfairness to the accused by unequivocally disclosing the case he or she has to meet. In all but rare cases, the prosecution knows from the outset of trial whether it might apply to have evidence considered as similar fact evidence. Thus, there is nothing onerous about requiring the prosecution to inform the judge and the defence of its intention at the outset of trial. Such an approach has the dual advantage of alerting the defence to the case it may have to meet and of allowing the judge to begin focusing on the admissibility criteria set out in *Handy* as the proceeding unfolds. This said, there might be situations where an unexpected development in the

course of the prosecution's case makes similar fact evidence relevant or admissible where it had not otherwise been contemplated. However, it is difficult to envision any situation where the prosecution would not, at the very latest upon closing its case, recognize the need to ask the Court to consider similar fact evidence.

[44] Obviously, any claim of unfairness, such as those made in this case and in *T.B.L.*, would be avoided with the implementation of a rigorous procedure requiring both timely notice and adjudication of the similar fact issue before the defence embarks upon his/her defence. However, as in most matters, some flexibility must be built into the procedural requirements for the admissibility of similar fact evidence. There are cases, as *T.B.L.* illustrates, where the failure to give notice and to determine the matter of similar fact evidence before the accused embarks on his/her defence will be of no consequence.

[45] In my view, the propositions in academic writings and case law, together with the generally accepted practice, regarding notice and adjudication of similar fact issues before an accused embarks on his/her defence, can be reconciled with *T.B.L.* and, for that matter with *deKock*, by the rejection of a strict procedural rule requiring the prosecution to always give advance notice of its intention to use certain evidence as similar fact evidence. I cannot rationalize an inflexible rule of law that would automatically exclude such evidence for the mere failure of the prosecution to follow the usual procedure. Oversights happen! On the other hand, there is no need to cite authority for the proposition that courts must react where trial fairness may have been compromised. Thus, in my view, where timely notice is not given and where adjudication of a similar fact issue is not sought until after an accused embarks on his/her defence, similar fact evidence should not be admitted where it is shown that the lack of notice, or the late adjudication of the issue, has occasioned prejudice to the defence and resulted in an unfair trial.

[46] I believe that timely notice, together with adjudication of a similar fact issue before an accused embarks on a defence, is already the norm throughout the country. In my view, there is a sound basis for this practice. It is the prosecution that knows if a similar fact evidence issue will be raised and it is only fair that it advise the

defence at the earliest opportunity and only fair that, in the absence of an agreement to defer the matter until the very end of trial, the issue be determined before an accused embarks on his/her defence. While I decline, as did the Ontario Court of Appeal in *T.B.L.*, to recognize this practice as a strict rule of law, I certainly allow, as I believe the Ontario Court did, that, in situations where prejudice to the defence can be shown, the similar fact evidence should be rejected on the basis of untimely notice or late adjudication of the issue.

[47] In my view, the situation is the same whether the issue of similar fact evidence is raised by the prosecution at the end of trial, by the trial judge in the course of argument, or, as in this case, by the trial judge after arguments. If there is no prejudice, there is no unfairness. If there is prejudice, the evidence should be rejected. Or, as in this case, the evidence being already admitted, it should not be considered across all counts.

D. *Application to the present case*

[48] Having rejected Mr. Michaud's contention that the absence of notice automatically results in the rejection of similar fact evidence such that the judge could not consider the evidence across all counts, it is now necessary to examine his contention that it occasioned prejudice to his defence.

[49] I start with the premise, as in *T.B.L.*, that as a matter of law Mr. Michaud should have known from the outset of the possibility the prosecution would invoke the similar fact evidence rule and ask the court to consider the evidence across all counts. One would certainly have expected that in the circumstances of this case. I admit that, at first blush, it appeared this ground of appeal might have met the same fate as the one in *T.B.L.* However, upon closer scrutiny of the arguments Mr. Michaud made in support of the rejection of the similar fact evidence, I found cause to reconsider.

[50] First, the prosecution argued it had no intention to make a motion for consideration of the evidence across all counts because it did not consider the similar fact rule applicable in this case. In fact, even when the judge raised the issue, the prosecution

argued it was not necessary. Thus, nothing during trial alerted the defence the similar fact rule would be raised. Secondly, and more importantly, at one point during the trial, the prosecution tendered tables compiling details of the various transactions for which Mr. Michaud had been charged. As the trial judge points out in his decision, Mr. Michaud objected to the admission of these on the grounds they failed to provide the entire context in which the transactions occurred. Moreover, and perhaps determinatively, is the fact that when Mr. Michaud testified, the judge requested the defence not go through each of the almost 2,300 transactions he had done in the time frame in question, but that he rather lump many of those together. Since no one was suggesting that all evidence would be considered across all counts, the defence acquiesced. When the judge later raised the similar fact issue, the defence reminded the judge (actually it did so in the motion for a mistrial) that its presentation of the evidence had clearly been designed to answer only the case that was presented by the prosecution, which was evidence relating to each individual count, and not one where the evidence would be considered across all counts.

[51] I see merit in the defence position. This was a case invoking the concept of wilful blindness, and the context in which the transactions that were the subject matter of the charges occurred was critically important if the court was to consider the evidence across all counts. The 148 transactions identified in the indictment constituted only a small fraction of the tax returns Mr. Michaud prepared for clients in the early months of 2007. As the defence argued, if the judge was going to rely on these to say Mr. Michaud should have known something was amiss, he should have been given the entire picture, and not just the one depicted in the prosecution's tables. How many transactions occurred between the various ones that form the basis for the charges is a question that would have been relevant. How many of these involved individuals with legitimate documents from the same employers as those in the false documents is another. If a judge is going to infer wilful blindness from similarities in a series of transactions, the defence should be given every opportunity to place the transactions in full context. Here, it is clear the defence was discouraged from doing that, and it acquiesced because no one was arguing the evidence would be considered across all counts. In those circumstances, I find prejudice to the defence. This is not a situation like *T.B.L.*, where the defence strategy would not have been altered in any way. In fact, as the defence forcefully

argued, its strategy was indeed altered, and the judge did not benefit from seeing the entire context in which the small percentage of transactions that form the subject matter of the charges occurred.

[52] In my view, the judge erred in holding the late admission of the evidence as similar fact evidence did not prejudice the defence and result in an unfair trial. In my view, it did. As a result, the judge erred in considering the evidence across all counts. For those reasons, I would allow the appeal with respect to the convictions under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act*. Those convictions should be quashed. The judge unequivocally held that, but for his ruling on the similar fact evidence and his consequential consideration of the evidence across all counts, he would have acquitted. In these circumstances, I think it only proper that the convictions be quashed and a verdict of acquittal be entered with respect to all those counts.

[53] This leaves four counts under s. 6.1 of the *Tax Rebate Discounting Act* with respect to which convictions were entered. The trial judge did not rely on similar fact evidence to arrive at these verdicts because wilful blindness was not the basis upon which he found the requisite *mens rea*. The reasoning above, therefore, does not affect these convictions. Moreover, the two grounds of appeal that were severed and that stand to be heard later would have no impact since they relate to wilful blindness and to the weight put on certain factors in determining the similar fact issue. Thus, these four convictions would be unaffected by the second portion of the appeal, which is rendered moot by the disposition set out below. It follows that I would dismiss the appeal as it relates to those four convictions.

V. Disposition

[54] It is for these reasons I agreed to allow the appeal with regard to the convictions under s. 239(1.1)(a) of the *Income Tax Act*, for which a verdict of acquittal has been entered with respect to all counts, and to dismiss the appeal with respect to the convictions under s. 6.1 of the *Tax Rebate Discounting Act*.