

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

138-12-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

APPELLANT

- and -

EVERETT KENNETH LORD

RESPONDENT

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE

- et -

EVERETT KENNETH LORD

INTIMÉ

R. v. Lord, 2013 NBCA 51

R. c. Lord, 2013 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
September 26, 2012 (conviction)
November 8, 2012 (sentencing)

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 26 septembre 2012 (déclaration de culpabilité)
Le 8 novembre 2012 (sentence)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2012 NBQB 342

Décision frappée d'appel :
2012 NBBR 342

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Queen's Bench
2012 NBQB 413

Cour du Banc de la Reine :
2012 NBBR 413

Appeal heard and judgment rendered:
May 21, 2013

Appel entendu et jugement rendu :
Le 21 mai 2013

Reasons delivered:
September 5, 2013

Motifs déposés :
Le 5 septembre 2013

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Jeffrey L. Mockler, Q.C.

Pour l'appelante :
Jeffrey L. Mockler, c.r.

For the respondent:
Everett Kenneth Lord appeared in person

Pour l'intimé :
Everett Kenneth Lord a comparu en personne

THE COURT

LA COUR

In the text that follows the Court provides the reasons for its dismissal, on May 21, 2013, of the Attorney General's appeal against the respondent's acquittal for fraud. In the Court's view, the appeal, stripped to its core, does not raise an issue of law alone, a condition precedent to an appeal against acquittal.

Dans le texte qui suit, la Cour énonce les motifs pour lesquels elle a rejeté, le 21 mai 2013, l'appel interjeté par la procureure générale à l'encontre de l'acquittement de l'intimé qui était accusé de fraude. La Cour est d'avis que, ramené à l'essentiel, l'appel ne soulève aucune question de droit seul, condition que doit remplir tout appel interjeté d'un acquittement.

The following is the judgment delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] On September 26, 2012, the respondent, Mr. Lord, stood trial in the Court of Queen’s Bench of New Brunswick on four counts of fraud (s. 380 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) for actions taken by him while building a home for two residents of St. Andrews, New Brunswick (the “complainants”). The first count alleged fraud with respect to Mr. Lord’s failure to register the house being built with the Atlantic New Home Warranty Program. The second and third counts pertained to funds paid by the complainants to Mr. Lord for a heat pump and cedar decking respectively. The fourth count involved funds earmarked for the purchase of doors and windows. Mr. Lord was found guilty on the fourth count and acquitted of the others. The Attorney General appeals only the acquittal on the first count. The Attorney General contends the trial judge erred in law in considering the elements of proof required for a conviction under s. 380. In a decision delivered from the Bench on May 21, 2013, the Court denied the appeal with reasons to follow. Here are those reasons.

II. Applicable Standard of Review

[2] Section 676(1)(a) of the *Criminal Code* limits appeals by the Attorney General against verdicts of acquittal to questions of law alone. In *R v. Paulin*, 2013 NBCA 15, 401 N.B.R. (2d) 163, Bell J.A. states:

Section 676(1)(a) of the *Criminal Code* provides that the Attorney General may appeal against a verdict of acquittal on any ground of appeal that involves a question of law alone. For the purposes of this provision, the application of the law to the facts constitutes a question of law: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 43; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20; *Black v. R.*, 2010 NBCA 36, 360 N.B.R. (2d) 132, at para. 18, and the decisions cited therein: *R. v. Tran*, 2010 ABCA

211, [2010] A.J. No. 736 (QL), at para. 23; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] S.C.J. No. 45 (QL), at para. 29.

In *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, the Court defined the standard of review applicable to an appeal against a verdict of acquittal. Fish J., speaking for the majority stated:

[...] It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Attorney General is not required, however, to persuade us that the verdict would necessarily have been different.

This burden on the Crown, unchanged for more than half a century (see *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658), was explained this way by Sopinka J., for the majority, in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345:

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do. [p. 374]

Speaking more recently for a unanimous court in *R. v. Sutton*, [2000] 2 S.C.R. 595, 2000 SCC 50, the Chief Justice stated:

The parties agree that acquittals are not lightly overturned. The test as set out in *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, requires the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same had the errors not occurred. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, this Court emphasized that "the

onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty" (p. 374). [para. 2] [paras. 14 to 16]

In short, to be successful in this case, the Attorney General must not only show that the trial judge has committed an error of law, she must also show that it is reasonable to believe that the error had a material bearing on the acquittal. [paras. 2-4]

See also *Hunter v. R.*, 2013 NBCA 36, [2013] N.B.J. No. 148 (QL), *R. v. Robichaud*, 2012 NBCA 87, 395 N.B.R. (2d) 337 and *R. v. Steeves*, 2011 NBCA 88, 379 N.B.R. (2d) 222.

III. Facts

[3] In April 2009, Mr. Lord entered into a fixed price contract to build a home for the complainants in St. Andrews. As a result of certain actions undertaken by Mr. Lord during construction of the residence, he was charged with four counts of criminal fraud. We are only concerned with the first:

[B]etween the 15th day of April, A.D., 2009 and the 30th day of November, 2009 at or near the town of Saint Andrews, county of Charlotte and the Province of New Brunswick, did by deceit, falsehood or other fraudulent means defraud Guy Groulx and Laurie Taylor of an amount not exceeding five thousand dollars, by failing to register their home under the New Home Warranty program, thereby committing an offence contrary to section 380(1)(b)(i) of the Criminal Code of Canada and amendments thereto.

As is apparent, this count was particularized to a failure to register the complainants' home under the "New Home Warranty program". According to the complainants, it was important to them that the construction contract be documented and that the house be covered by the Atlantic Home Warranty program, the "New Home Warranty program". As such, this was included in the written contract. Mr. Lord had become a member of the

program in 1986, but his membership was terminated in 1996 for non-payment of annual dues. During the period he was a member, Mr. Lord registered one home with the program. He did not re-register or re-apply to the program at any time prior to the termination of the contract with the complainants. In his defence, Mr. Lord asserted he had obtained the application package and asked an employee to fill in and forward the forms. Although it was Mr. Lord's testimony, both in direct and cross-examination, that he intended to forward the application in order to become a registrant with the warranty program, he did not state when he intended to do so.

[4] A witness for the prosecution testified that registration in the program could be undertaken up to the completion of construction. The Crown also adduced evidence that Mr. Lord had encountered financial difficulties, apparently for the purpose of showing he would have encountered difficulty in registering with the program, as one of the conditions to becoming a registrant is that the applicant be financially stable. Furthermore, Mr. Lord forwarded an email to the complainants wherein he advised that "we have begun the process of registering the residence...with Atlantic Home warranty. The inspection process has commenced..." However, the trial judge determined that Mr. Lord had "optimistic intentions" to register the home with the program. Based on the evidence before him, the judge was not persuaded of Mr. Lord's guilt beyond a reasonable doubt.

IV. Grounds of Appeal

[5] As mentioned, the Attorney General appeals only the acquittal in relation to the first count of fraud. She submits the trial judge erred as follows:

- a) in his assessment and application of the necessary elements of proof with respect to an offence contrary section 380 of the *Criminal Code of Canada* and amendments thereto;
- b) by acquitting Mr. Lord on the basis of conjecture and on a finding having no basis in the evidence;

- c) by misapprehending relevant evidence as a result of misdirecting himself on the meaning of proof beyond a reasonable doubt; [...]

V. Analysis

[6] In his reasons for decision, the trial judge discusses Mr. Lord's failure to register the home with the Atlantic Home Warranty Program:

The fixed-price contract or agreement between the parties warranted that: "The home be covered under the Atlantic Home Warranty Program." That responsibility was on Mr. Lord's company to arrange.

As I understand the evidence of the officer of that program such a coverage or warranty could be arranged up until the completion of the construction. When the owners asked Mr. Lord about that warranty protection before they released a progress payment to him, he wrote them on June 12th, 2009:

"We have begun the process of registering the residence at 50 Ernest Street, St. Andrews, with Atlantic Home Warranty. The inspection process has commenced and will continue throughout the construction of the home. The certificate will be issued upon completion of the project."

I see nothing wrong with that letter. I find no fault with it at all. However, I note that all that Mr. Lord had actually done was to request an application for registration and to ask his office assistant to start filling it out. He never actually sent an application to the warranty organization to register himself, his company or that home. The only inspection process that had actually commenced was the inspection by the municipal building inspector. The home was never covered under the Atlantic Home Warranty Program and a certificate was never issued.

The Crown has emphasized that Mr. Lord in 2009 had some business difficulties. There was a judgment against him or his business by a supplier for approximately \$500,000. As well, the Canada Revenue Agency put a lien or block on the bank account of one of his companies. With

those problems, the Crown emphasizes that it would appear to be doubtful that Mr. Lord or his companies would actually have been able to register the home with that warranty program and that in effect Mr. Lord must have known that.

However, I note that the evidence also indicates that some years before Mr. Lord had been able to complete such a registration for another home. The evidence is that he has built something in the order of 30 homes. It appears that the complainants in this case had visited some of those homes and were very impressed with some of them.

In such circumstances in my opinion the provision in the agreement a letter of June 12th, 2009 concerning the registration of the home under the Atlantic Home Warranty Program could be summarized as indicating that Mr. Lord had optimistic intentions. On the evidence before me, I am not persuaded beyond a reasonable doubt that Mr. Lord was fraudulently dishonest regarding that registration with the Atlantic Home Warranty Program. On that count I find Mr. Lord not guilty. [paras. 13-18] [Emphasis added.]

[7] Although the trial judge's statements concerning Mr. Lord's "optimistic intentions" have opened the door to the Attorney General's argument on appeal, there is evidence in support of the conclusion that, throughout the process, Mr. Lord intended to register the property with the program. The trial judge found as a fact that the contract was terminated prior to Mr. Lord being able to register the home. We can only intervene when material errors of law alone are made in the journey that culminated with the verdict of acquittal. In *R. v. Picot*, 2011 NBCA 70, 395 N.B.R. (2d) 29, rev'd 2012 SCC 54, [2012] 3 S.C.R. 74, at paragraph 21, Richard J.A. (dissenting) states:

The right of the Attorney General to appeal against a judgment of acquittal is limited to grounds of appeal that involve "a question of law alone" (s. 676(1)(a)). There is no such limitation to an appeal against conviction in proceedings by indictment, since the *Criminal Code* provides that, with leave, such an appeal can be founded on grounds that involve a question of fact or a question of mixed law and fact: s. 675(1). The term "question of law alone" has often been the subject of debate in appellate

courts and in the Supreme Court of Canada, and what clearly comes out of the decisions is that any question that calls for the appreciation or weighing of evidence is not a question of law alone, unless the failure is based on the misapprehension of a legal principle. To justify this statement, I can do no better than borrow the analysis of Mitchell J.A. (later C.J.P.E.I.) in *R. v. Poirier*, [1997] P.E.I.J. No. 18 (C.A.) (QL), which involved an appeal in which the Crown alleged the trial judge had erred in failing to find that the prosecution had met the onus of proof necessary to convict. In dismissing the appeal, Mitchell J.A., for the majority, explained:

The Crown contends the trial judge's verdict of acquittal resulted from [the trial judge's] failure to appreciate the evidence. If that were true, it would still not, in itself, constitute an appealable ground. A trial judge's "failure to appreciate the evidence cannot amount to an error of law unless the failure is based on a misapprehension of some legal principle." *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286 (S.C.C.) at p. 294 per Sopinka J. The Crown argues the trial judge misapprehended the principle of reasonable doubt because he failed to reach the proper conclusion from the evidence. I cannot agree. Although one might disagree with the trial judge's view of the evidence, there is nothing at all to indicate he did not appreciate the doctrine of reasonable doubt. To the contrary, he was obviously alert to the doctrine and seems to have understood it and applied it exactly as the Supreme Court of Canada has said a trier of fact should. The respondent testified and denied committing the offences. The trial judge said: "I listened intently to Poirier on the stand and I believe him." Later in his judgment the trial judge said: "I am mindful of the fact that there is some evidence in the Crown's favour pointing to guilt; but considering all of the evidence, I am left with a reasonable doubt as to that evidence leading to guilt."

Credibility was a key issue in this case. In *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (S.C.C.) at p. 757, Cory J., writing for the Court, said that in a case where credibility is important, the rule of reasonable doubt applies and that the triers of fact should be instructed that the accused must be acquitted in two situations.

First if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole.

Accordingly, I fail to see how it can be said Ghiz J. misdirected himself with respect to the legal principle of reasonable doubt. Given that he believed the respondent, and the reservations he had as a result of the weighing process of all the evidence, he had no legal recourse but to acquit. He might have been wrong in his assessment but, if so, his error was one of fact, not law, and that being the case, this Court has no jurisdiction to interfere. [paras. 13-14]

Mitchell J.A.'s majority decision in *Poirier* was upheld in the Supreme Court: [1998] 1 S.C.R. 24.

[8] In the present case, the trial judge states he was not “persuaded beyond a reasonable doubt” that Mr. Lord was “fraudulently dishonest” respecting the registration of the residence with the program. That critical finding led him to acquit Mr. Lord. It is apparent the judge understood the doctrine of reasonable doubt. The judge’s determination that the alleged fraud was not proven beyond a reasonable doubt is, with respect, a finding of fact. That finding may have been incorrect but, if that were the case, the error would be one of fact, not law. In *Picot*, at paragraph 22, Richard J.A. states:

[...] Once again, I turn to the words of Mitchell J.A. in *Poirier*:

If a trial judge errs in finding that the onus of proving guilt has not been satisfied, that is an error of fact, not law. *Lampard v. R.* [1969] 3 C.C.C. 249 (S.C.C.). The sufficiency of the evidence, and whether the guilt of an accused should be inferred from it, is a question of fact within the province of the trial judge. *Sunbeam Corp. v. R.* [1969] 2 C.C.C. 189 (S.C.C.). Absent a finding of fact that must, as a matter of law, result in a conviction (e.g., a shift of an onus), the failure of the trial judge to infer guilt, even in the face of compelling evidence, is a question of fact, no

matter how wrong that failure is regarded by the appellate court. *Lampard, supra*, and *Sunbeam, supra*. In the case before us, the trial judge concluded the evidence was not sufficient to satisfy him beyond a reasonable doubt that the respondent was guilty. Like Ritchie J. in *Sunbeam, supra*, at pp. 171-2, I am of the opinion that however wrong we may think he was in reaching this conclusion the error cannot be determined without passing judgment on the reasonableness of the verdict or the sufficiency of the evidence which are matters beyond our jurisdiction under s-s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. Appeals on the basis that the verdict is unreasonable and not supported by the evidence are reserved by the *Criminal Code* to cases of conviction.

In *Lampard, supra*, the judges of the Supreme Court of Canada said they would not set aside an acquittal even though, in their view, guilt was the "only one reasonable" and "irresistible" inference that could be drawn from the facts in the record. The Supreme Court judges took that position because in their view such an error would be one of fact and not law and therefore not appealable. As Ritchie J. points out in *Sunbeam, supra*, at p. 175, it is obvious from a reading of s-s. 686(1)(a) of the *Criminal Code* Parliament did not intend the question of whether the verdict was unreasonable or could not be supported by the evidence would be treated as a question of law. Thus, if the authority of Courts of Appeal is to be broadened so as to allow for correction of acquittal verdicts which are unreasonable or not supported by the evidence, Parliament will first have to amend the *Criminal Code* to provide for it. [paras. 8-9]

[Emphasis added.]

[9] In short, at the conclusion of the hearing on May 21, 2013, I was of the view the Attorney General's appeal did not involve a question of law alone. It is for this reason that I joined with my colleagues in dismissing the appeal from the Bench.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le 26 septembre 2012, M. Lord, l'intimé, a subi son procès devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick sur quatre chefs d'accusation de fraude (art. 380 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46) pour des mesures prises par lui en construisant une maison pour deux résidents de St. Andrews, au Nouveau-Brunswick (les « plaignants »). Le premier chef accusait M. Lord de fraude pour avoir omis d'enregistrer la maison en construction auprès de l'Atlantic New Home Warranty Program. Les deuxième et troisième chefs avaient trait respectivement à des sommes payées par les plaignants à M. Lord pour l'achat d'une thermopompe et la construction d'une galerie en cèdre. Le quatrième chef portait sur des sommes affectées à l'achat de portes et fenêtres. M. Lord a été déclaré coupable sous le quatrième chef, mais il a été acquitté des autres chefs. La procureure générale interjette appel de l'acquittement sous le premier chef seulement. Elle soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit en examinant les éléments de preuve nécessaires pour qu'une condamnation soit prononcée sous le régime de l'art 380. Dans une décision rendue séance tenante le 21 mai 2013, la Cour a rejeté l'appel en précisant que des motifs suivraient. Ces motifs sont énoncés ci-après.

II. Norme de contrôle applicable

[2] L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel* circonscrit les appels interjetés par le procureur général contre des verdicts d'acquittement aux appels portant sur des questions de droit seulement. Dans l'arrêt *R. c. Paulin*, 2013 NBCA 15, 401 R.N.-B. (2^e) 163, le juge d'appel Bell a tenu les propos suivants :

L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel* prévoit que le procureur général peut interjeter appel d'un verdict d'acquittement pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement. Pour les fins de cette disposition, l'application du droit aux faits constitue une question de droit : *R. c.*

Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, au par. 43; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, au par. 20; *Black c. R.*, 2010 NBCA 36, 360 R.N.-B. (2^e) 132, au par. 18, et les décisions qui y sont citées; *R. c. Tran*, 2010 ABCA 211, [2010] A.J. No. 736 (QL), au par. 23; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] A.C.S. n° 45 (QL), au par. 29.

Dans l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, la Cour suprême du Canada définit la norme de contrôle applicable à un appel d'un verdict d'acquiescement. Le juge Fish, pour la majorité, affirme ce qui suit :

[...] Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge [ont eu] une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Le procureur général n'est toutefois pas tenu de nous persuader que le verdict aurait nécessairement été différent.

Ce fardeau qui incombe au ministère public et qui demeure inchangé depuis plus d'un demi-siècle (voir *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658) a été expliqué comme suit par le juge Sopinka au nom de la majorité dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345 :

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire. [p. 374]

S'exprimant plus récemment dans un jugement unanime, la Juge en chef a dit ce qui suit dans *R. c. Sutton*, [2000] 2 R.C.S. 595, 2000 CSC 50 :

Les parties s'entendent pour dire que les verdicts d'acquiescement ne sont pas annulés à la légère. Selon le critère énoncé dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, le ministère public doit convaincre la cour que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même s'il n'y avait pas eu d'erreurs. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, notre Cour souligne le fait que « cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude » (p. 374). [par. 2] [par. 14 à 16]

En résumé, pour obtenir gain de cause en l'espèce, la procureure générale doit non seulement établir que la juge du procès a commis une erreur de droit, mais elle doit aussi démontrer qu'il serait raisonnable de croire que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement.[par. 2 à 4]

Voir aussi *Hunter c. R.*, 2013 NBCA 36, [2013] A.N.-B. n° 148 (QL), *R. c. Robichaud*, 2012 NBCA 87, 395 R.N.-B. (2^e) 337 and *R. c. Steeves*, 2011 NBCA 88, 379 R.N.-B. (2^e) 222.

III. Les faits

[3] En avril 2009, M. Lord a conclu un marché à prix fixe prévoyant la construction d'une maison pour les plaignants à St. Andrews. Par suite de certaines mesures qu'il a entreprises pendant la construction de la maison, M. Lord a été accusé au criminel sous quatre chefs de fraude. C'est le premier chef seulement qui nous intéresse, et voici son libellé :

[D']avoir frustré Guy Groulx et Laurie Taylor, entre le 15 avril 2009 et le 30 novembre 2009, à St. Andrews ou dans les environs, dans le comté de Charlotte, au Nouveau-Brunswick, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, d'une somme n'excédant pas 5 000 \$ en omettant d'enregistrer leur maison au programme de garantie des maisons neuves, commettant ainsi l'infraction prévue au sous-alinéa 380(1)b)(i) du *Code criminel* du Canada dans sa version modifiée.

Il est évident que le premier chef portait surtout sur le défaut d'enregistrer la maison auprès du « programme de garantie des maisons neuves ». Selon les plaignants, il était important que le marché de construction soit documenté et que la maison soit couverte par l'Atlantic New Home Warranty, programme de garantie des maisons neuves. Cette disposition était prévue dans la convention écrite. M. Lord avait souscrit au programme en 1986, mais sa qualité de membre en règle lui avait été retirée en 1996 pour non-paiement des cotisations annuelles. Durant la période où il a été membre du programme, M. Lord a enregistré une maison auprès du programme. Il ne s'est pas réinscrit au programme et n'a présenté aucune nouvelle demande d'adhésion à quelque moment que ce soit avant la résiliation du contrat conclu avec les plaignants. Dans sa défense, M. Lord a affirmé qu'il avait obtenu le formulaire de demande d'adhésion et demandé à un employé de le remplir et de l'acheminer. Même s'il a affirmé dans son témoignage, tant en interrogatoire principal qu'en contre-interrogatoire, qu'il avait l'intention de présenter la demande d'adhésion afin de devenir membre du programme de garantie, il n'a pas précisé à quel moment il entendait le faire.

[4] Un témoin à charge a affirmé que l'inscription au programme pouvait se faire jusqu'à l'achèvement des travaux de construction. Le ministère public a également présenté des éléments de preuve selon lesquels M. Lord éprouvait des problèmes financiers, afin de démontrer, semble-t-il, que ce dernier aurait eu de la difficulté à s'inscrire au programme, étant donné que, selon une des conditions d'adhésion, le membre doit être stable financièrement. Qui plus est, M. Lord a fait parvenir un courriel aux plaignants dans lequel il leur faisait savoir qu'il « [avait] entamé le processus d'enregistrement de la maison [...] auprès de l'Atlantic Home Warranty Program [et que] le processus d'inspection [avait] commencé. » Toutefois, le juge du procès a conclu que M. Lord avait des « intentions optimistes » d'enregistrer la maison auprès du programme. D'après la preuve dont il disposait, le juge n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de M. Lord.

IV. Les moyens d'appel

[5] Ainsi qu'il a été mentionné, la procureure générale interjette uniquement appel de l'acquiescement sur le premier chef de fraude. Elle soutient que le juge du procès a commis des erreurs

- a) dans l'évaluation et l'application qu'il a faites des éléments de preuve nécessaires à une condamnation sous le régime de l'art. 380 du *Code criminel* du Canada, ensemble ses modifications;
- b) en acquittant M. Lord sur la base de conjectures et d'une conclusion qui ne trouvait aucun fondement dans la preuve;
- c) en donnant une mauvaise interprétation d'éléments de preuve pertinents du fait qu'il s'est mal enquis du sens de la preuve hors de tout doute raisonnable [.]

V. Analyse

[6] Dans ses motifs de décision, le juge du procès a abordé la question du défaut de M. Lord d'enregistrer la maison auprès du Atlantic Home Warranty Program :

[TRADUCTION]

Le marché ou la convention à prix fixe entre les parties prévoyait que [TRADUCTION] « [l]a maison sera couverte par l'Atlantic Home Warranty Program ». C'est la société de M. Lord qui avait la responsabilité de prendre cet arrangement.

À ce que j'ai compris du témoignage de l'agent du programme, une protection ou une garantie du genre pouvait être organisée tant que la construction n'était pas terminée. Lorsque les propriétaires ont demandé à M. Lord ce qu'il en était de la garantie avant de lui remettre un paiement proportionnel, celui-ci leur a écrit, le 12 juin 2009 :

[TRADUCTION]

Nous avons entamé le processus d'enregistrement de la maison sise au 50, rue Ernest, à St. Andrews, auprès de l'Atlantic Home Warranty Program. Le processus d'inspection a commencé et se poursuivra pendant toute la durée de construction de la maison. Le certificat sera délivré au moment de l'achèvement du projet.

Je ne vois rien de mal à cette lettre; je ne trouve absolument rien à y redire. Toutefois, je remarque que la seule chose que M. Lord avait vraiment faite, c'était de demander une formule de demande d'enregistrement et de demander à son adjoint de bureau de commencer à la remplir. Il n'a jamais vraiment envoyé une demande à l'organisme de garantie en vue de s'enregistrer, ou d'enregistrer sa société ou la maison. Le seul processus d'inspection qui avait vraiment commencé était l'inspection par l'inspecteur municipal des constructions. La maison n'a jamais été protégée par l'Atlantic Home Warranty Program, et un certificat n'a jamais été délivré.

Le ministère public a souligné que M. Lord avait des difficultés commerciales en 2009. Un jugement d'environ 500 000 \$ avait été rendu contre lui ou son entreprise en faveur d'un fournisseur. De plus, l'Agence du revenu du Canada a déposé un privilège sur le compte de banque de l'une de ses sociétés ou bloqué ce compte. Le ministère public souligne que, compte tenu de ces problèmes, il semblerait douteux que M. Lord ou ses sociétés aient effectivement été capables d'enregistrer la maison à ce programme de garantie et qu'en pratique, M. Lord devait bien le savoir.

Je remarque toutefois que la preuve indique aussi que M. Lord, quelques années auparavant, avait été capable d'effectuer un tel enregistrement pour une autre maison. La preuve indique qu'il a construit une trentaine de maisons. Il ressort que les plaignants en l'espèce avaient visité certaines de ces maisons et en avaient été très impressionnés.

Dans les circonstances, à mon avis, la disposition de la convention et la lettre du 12 juin 2009 concernant l'enregistrement de la maison à l'Atlantic Home Warranty Program pourraient être résumés comme une indication montrant que M. Lord avait des intentions optimistes. Au

vu de la preuve qui m'est présentée, je ne suis pas persuadé hors de tout doute raisonnable que M. Lord ait eu des intentions frauduleuses relativement à cet enregistrement à l'Atlantic Home Warranty Program. Sous ce chef, je déclare M. Lord non coupable. [par. 13 à 18] [C'est moi qui souligne.]

[7] Même si les propos du juge du procès concernant les « intentions optimistes » de M. Lord ont amené la procureure générale à soulever son argument en appel, la preuve étaye la conclusion voulant que, tout au long du processus, M. Lord ait eu l'intention d'enregistrer la maison auprès du programme de garantie. Le juge du procès a tiré comme conclusion de fait que le contrat avait été résilié avant que M. Lord ne puisse enregistrer la maison. S'agissant de la procédure qui mène à un verdict d'acquittement, la Cour d'appel ne peut intervenir que si des erreurs importantes de droit seulement ont été commises. Dans l'arrêt *R. c. Picot*, 2011 NBCA 70, 395 R.N.-B. (2^e) 29, inf par 2012 SCC 54, [2012] 3 R.C.S. 74, au paragraphe 21, le juge d'appel Richard (dissident) a tenu les propos suivants :

Le droit du procureur général d'interjeter appel d'un jugement d'acquittement se limite aux moyens d'appel qui comportent « une question de droit seulement » (al. 676(1)a)). Pareille restriction ne s'applique pas à un appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de culpabilité dans une procédure intentée par voie de mise en accusation, puisque le *Code criminel* prévoit que cet appel peut être, avec autorisation, fondé sur des motifs comportant une question de fait ou une question de droit et de fait : par. 675(1). L'expression « question de droit seulement » a souvent fait l'objet de débats devant les cours d'appel et à la Cour suprême du Canada. Il est clairement ressorti des décisions que toute question qui exige l'appréciation ou la prise en considération de la preuve n'est pas une question de droit seulement, à moins que l'erreur ne soit fondée sur une interprétation erronée d'un principe de droit. Pour justifier cette déclaration, je ne peux faire mieux que d'emprunter l'analyse du juge Mitchell (devenu plus tard le juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard) dans *R. c. Poirier*, [1997] P.E.I.J. No. 18 (C.A.) (QL), qui intéressait un appel dans lequel le ministère public alléguait que le juge du procès avait commis une erreur en ne concluant pas que la

poursuite s'était acquittée du fardeau de la preuve nécessaire à la déclaration de culpabilité. En rejetant l'appel, le juge Mitchell, au nom de la majorité, a expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le ministère public prétend que le verdict d'acquiescement est la conséquence du défaut [du juge du procès] d'apprécier la preuve. S'il en était réellement ainsi, cela ne constituerait quand même pas, en soi, un motif donnant matière à appel. « L'omission [du juge du procès] d'apprécier les éléments de preuve ne saurait constituer une erreur de droit que si elle résulte d'une mauvaise compréhension d'un principe juridique » (*R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286 (C.S.C.), à la p. 294, le juge Sopinka. Le ministère public allègue que le juge du procès a mal compris le principe du doute raisonnable parce qu'il n'a pas tiré la bonne conclusion de la preuve. Je ne peux souscrire à cet argument. Même si l'on peut ne pas adhérer à la façon du juge de considérer la preuve, il n'y a absolument rien qui indique qu'il n'a pas tenu compte de la doctrine du doute raisonnable. Au contraire, il était visiblement conscient de ce principe et il semble l'avoir compris et l'avoir appliqué exactement comme la Cour suprême du Canada a expliqué que le juge des faits devait l'appliquer. L'intimé a témoigné et nié avoir commis les infractions. Le juge du procès a affirmé : [TRADUCTION] « J'ai écouté avec intérêt le témoignage de M. Poirier et je le crois ». Plus loin dans son jugement, le juge du procès a affirmé ceci : [TRADUCTION] « Je suis conscient du fait que certains éléments de preuve en faveur du ministère public tendent à confirmer la culpabilité mais, compte tenu de l'ensemble de la preuve, je conserve un doute raisonnable relativement à cette preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité ».

La crédibilité était une question centrale dans cette affaire. Dans *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (C.S.C.), à la p. 757, le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé que, dans une affaire où la crédibilité est importante, la règle du doute raisonnable s'applique et qu'il y a lieu d'informer les

juges des faits que l'accusé doit être acquitté dans deux cas.

Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve.

Par conséquent, je ne vois pas comment on pourrait dire que le juge Ghiz s'est mal instruit du principe juridique du doute raisonnable. Compte tenu du fait qu'il a ajouté foi au témoignage de l'intimé et compte tenu des réserves qu'il a exprimées par suite du processus d'appréciation de toute la preuve, il n'avait pas d'autre choix, sur le plan judiciaire, que de l'acquitter. Il peut s'être trompé dans son évaluation mais, si tel était le cas, son erreur se rattachait aux faits, et non au droit, et, par conséquent, la Cour n'a pas compétence pour intervenir. [par. 13 et 14]

La décision du juge Mitchell qui s'exprimait au nom de la majorité dans *Poirier* a été confirmée par la Cour suprême : [1998] 1 R.C.S. 24.

[8] En l'espèce, le juge du procès a affirmé qu'il n'était pas « persuadé hors de tout doute raisonnable » que M. Lord ait eu des « intentions frauduleuses » concernant l'enregistrement de la maison auprès du programme de garantie. Cette conclusion déterminante l'a amené à acquitter M. Lord. Il est évident que le juge saisissait bien la doctrine du doute raisonnable. Avec égards, la conclusion du juge selon laquelle la fraude reprochée n'avait pas été prouvée hors de tout doute raisonnable est, à mon avis, une conclusion de fait. Il se peut que cette conclusion ait été une erreur, mais si c'est le cas, elle constituerait une erreur de fait et non une erreur de droit. Au paragraphe 22 de l'arrêt *Picot*, le juge d'appel Richard affirme :

[...] À ce propos, je cite encore une fois un passage de la décision *Poirier* rédigée par le juge Mitchell :

[TRADUCTION]

Si un juge de procès commet une erreur en concluant qu'il n'a pas été satisfait au fardeau de prouver la culpabilité, il s'agit d'une erreur de fait, et non de droit (*Lampard c. R.*, [1969] 3 C.C.C. 249 (C.S.C.)). La question de savoir si la preuve est suffisante et si la culpabilité d'un accusé devrait en être inférée est une question de fait qui relève de la compétence du juge du procès (*Sunbeam Corp. (Canada) Ltd. c. R.*, [1969] 2 C.C.C. 189 (C.S.C.)). En l'absence d'une conclusion de fait qui doit, en droit, entraîner une déclaration de culpabilité (par ex., un renversement du fardeau de preuve), le défaut du juge du procès d'inférer la culpabilité, même sur la foi d'éléments de preuve convaincants, est une question de fait, peu importe dans quelle mesure la cour d'appel juge cette omission importante (*Lampard*, précité, et *Sunbeam*, précité). Dans l'affaire dont nous sommes saisis, le juge du procès a conclu que la preuve n'était pas suffisante pour le convaincre hors de tout doute raisonnable que l'intimé était coupable. Comme le juge Ritchie dans *Sunbeam*, précité, aux p. 171 et 172 [*sic*], je suis d'avis que, peu importe à quel point nous pouvons penser qu'il avait tort dans l'analyse qui l'a amené à cette conclusion, l'erreur ne peut être déterminée sans passer un jugement sur le caractère raisonnable du verdict ou la suffisance de la preuve qui sont des questions à l'égard desquelles notre Cour n'a pas compétence au titre de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*. Les appels fondés sur le motif que le verdict est déraisonnable et non soutenu par la preuve sont réservés, sous le régime du *Code criminel*, aux personnes qui contestent la déclaration de culpabilité dont elles ont fait l'objet.

Dans *Lampard*, précité, les juges de la Cour suprême du Canada ont affirmé qu'ils n'annuleraient pas un acquittement même si, à leur avis, la culpabilité était [TRADUCTION] « la seule [inférence] raisonnable » et [TRADUCTION] « irrésistible » qui pouvait être faite à partir des faits du dossier. Ils ont adopté cette position parce que, à leur avis, pareille erreur serait une erreur de fait, et non une erreur de droit, et ne pourrait donc donner lieu à un appel. Comme le juge Ritchie le souligne dans *Sunbeam*, précité, à la p. 175 [*sic*], il est évident, à la lecture du sous-al. 686(1)a)

du *Code criminel*, que le Parlement ne voulait pas que la question de savoir si le verdict était déraisonnable ou ne pouvait s'appuyer sur la preuve soit traitée comme une question de droit. Par conséquent, si le pouvoir des cours d'appel doit être élargi de manière à permettre l'annulation des verdicts d'acquiescement qui sont déraisonnables et non soutenus par la preuve, il faudra que le Parlement modifie d'abord le *Code criminel* pour que cela soit possible. [Par. 8 et 9]

[C'est moi qui souligne.]

[9] Bref, au terme de l'audience tenue le 21 mai 2013, j'étais d'avis que l'appel de la procureure générale ne portait pas sur une question de droit seulement. Pour ce motif, j'ai rejeté l'appel séance tenante, tout comme mes collègues.