COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

46-13-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

APPELLANT

- and -

CATHERINE DARLENE FORD

RESPONDENT

R. v. Ford, 2013 NBCA 63

CORAM:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
March 11, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Appeal heard:
September 19, 2013

Judgment rendered:
November 7, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Karen Lee Lamrock

For the respondent:
Catherine Darlene Ford appeared in person

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE

- et -

CATHERINE DARLENE FORD

INTIMÉE

R. c. Ford, 2013 NBCA 63

CORAM :
l'honorable juge Robertson
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 11 mars 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d’appel :
Inédite

Appel entendu :
le 19 septembre 2013

Jugement rendu :
le 7 novembre 2013

Motifs de jugement :
l'honorable juge Bell

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Robertson
l’honorable juge Green

Avocats à l'audience :

Pour l’appelante :
Karen Lee Lamrock

Pour l’intimée :
Catherine Darlene Ford a comparu en personne

THE COURT

The application for leave to appeal is allowed. The appeal is dismissed.

LA COUR

La demande d’autorisation d’appel est accueillie. L’appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction and Summary

[1] The appellant contends this appeal raises one narrow issue: whether a trial judge may refuse to impose a fine pursuant to s. 462.37(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 because of the offender's inability to pay? Relying upon *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, and *R. v. Robichaud*, 2011 NBCA 112, 388 N.B.R. (2d) 394, the appellant contends the answer is clearly "no". However, in my view, the real issue on this appeal is whether the conditions precedent for the imposition of a fine under s. 462.37(3) have been met. For the reasons set out below, I would answer that question in the negative, allow the application for leave to appeal and dismiss the appeal.

II. Facts

[2] On September 13, 2012, the respondent, a former Wealth Management Advisor at ScotiaMcLeod, pled guilty to six counts of theft totaling $1.3 million from her clients (s. 380(1)(*a*) of the *Criminal Code*). ScotiaMcLeod compensated the clients for their losses. The trial judge imposed a sentence of 42 months' imprisonment. Crown counsel contends on appeal that she applied for a forfeiture order pursuant to s. 462.37(1) and, acknowledging that forfeiture would be unlikely, requested a fine in lieu of forfeiture pursuant to s. 462.37(3). Those sections provide as follows:

462.37 (1) Subject to this section and sections 462.39 to 462.41, where an offender is convicted, or discharged under section 730, of a designated offence and the court imposing sentence on the offender, on application of the Attorney General, is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is proceeds of crime and that the designated offence was committed in relation to that property,

462.37 (1) Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction désignée — ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de cette infraction — est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 462.39 à 462.41, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la

the court shall order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction désignée; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

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

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

(*b*) has been transferred to a third party;

(*c*) is located outside Canada;

(*d*) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or

(*e*) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty.

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

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

b) remise à un tiers;

c) situation du bien à l'extérieur du Canada;

d) diminution importante de valeur;

e) fusion avec un autre bien qu'il est par ailleurs difficile de diviser.

[3] A careful review of the transcript demonstrates that Crown counsel never applied for a forfeiture order as contemplated by s. 462.37(1). At the very beginning of the argument on sentencing the trial judge observed that, according to its victim impact statement, ScotiaMcLeod was "asking for restitution" in the amount of $1.6 million. In commenting upon the discrepancy between the $1.3 million loss and the $1.6 million

claimed as "restitution", Crown counsel informed the court that the difference of $300,000 represented "loss of opportunity of investment". Near the close of the sentencing hearing, Crown counsel acknowledged that the respondent would no doubt be unable to pay a "restitution order" and requested a fine in lieu. The trial judge took the respondent's ability to pay into consideration and refused to make "an order of restitution".

III. Analysis

[4] Section 718(*e*) of the *Code* informs us that one of the objectives of sentencing is to "provide reparations for harm done to victims or to the community". Section 738(1) provides, in part, that a court may, upon application by the Attorney General or on its own motion, order that the "offender make restitution to another person […]". In deciding whether to make a restitution order a trial judge is required to consider the offender's ability to pay: *R. v. Fitzgibbon*, [1990] 1 S.C.R. 1005, [1990] S.C.J. No. 45 (QL); *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, [1978] S.C.J. No. 48 (QL); *R. v. Blackler*,2006 NLCA 48, [2006] N.J. 247 (QL); *R. v. Bradbury*, 2004 NLCA 82, [2004] N.J. No. 420 (QL); *R. v. DeBay*, 2001 NSCA 48, [2001] N.S.J. No. 105 (QL).

[5] Crown counsel had clearly requested the trial judge make a restitution order, as opposed to a forfeiture order. This is evident from a reading of the transcript and is consistent with the request for restitution made by ScotiaMcLeod in its victim impact statement. An application for a forfeiture order by the Attorney General and a determination by the trial judge that a forfeiture order should issue are conditions precedent to the imposition of a fine under s. 462.37(3). There having been no application for forfeiture before the sentencing judge, there is no merit to the Crown's contention that the judge should have imposed a fine in lieu thereof. The appeal must therefore fail.

IV. Disposition

[6] I would allow the application for leave to appeal and dismiss the appeal. I would note, tangentially, that this appeal does not raise the appropriateness of the global sentence of 42 months. It follows that the dismissal of this appeal does not constitute an endorsement of the adequacy of the sentence in these circumstances.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE BELL

I. Introduction et résumé

[1] L'appelante prétend que le présent appel soulève une question restreinte, celle de savoir si un juge de procès peut, en vertu du par. 462.37(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, refuser d'infliger une amende parce que le contrevenant est dans l'impossibilité de la payer. S'appuyant sur les arrêts *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, et *Robichaud c. R.*, 2011 NBCA 112, 388 R.N.-B. (2e) 394, l'appelante prétend qu'il est clair que la réponse est négative. Toutefois, selon moi, la véritable question soulevée dans le cadre du présent appel est celle de savoir si les conditions préalables à l'infliction d'une amende en application du paragraphe 462.37(3) ont été remplies. Pour les motifs qui suivent, je répondrais à cette question par la négative, j'accueillerais la demande d'autorisation d'appel et je rejetterais l'appel.

II. Faits

[2] Le 13 septembre 2012, l'intimée, anciennement conseillère en gestion de patrimoine à ScotiaMcLeod, a plaidé coupable relativement à six chefs d'accusation de vols perpétrés contre ses clients (al. 380(1)*a*)), la valeur totale du produit de ces vols s'élevant à 1,3 million de dollars. ScotiaMcLeod a indemnisé les clients pour les pertes qu'ils ont subies. Le juge du procès a infligé une peine carcérale de 42 mois. L'avocate du ministère public a fait valoir en appel qu'elle avait demandé qu'une ordonnance de confiscation soit rendue en vertu du par. 462.37(1) et, reconnaissant qu'il était improbable que cette confiscation puisse se réaliser, a demandé qu'une amende soit infligée en vertu du par. 462.37(3) en remplacement de la confiscation. Ces paragraphes sont ainsi rédigés :

462.37 (1) Subject to this section and sections 462.39 to 462.41, where an	**462.37** (1) Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine

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

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

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

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

(*b*) has been transferred to a third party;

(*c*) is located outside Canada;

(*d*) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or

(*e*) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty.

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

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

b) remise à un tiers;

c) situation du bien à l'extérieur du Canada;

d) diminution importante de valeur;

e) fusion avec un autre bien qu'il est par ailleurs difficile de diviser.

[3] Un examen attentif de la transcription a révélé que l'avocate du ministère public n'a jamais demandé que soit rendue une ordonnance de confiscation prévue au par. 462.37(1). Au tout début du débat concernant la peine, le juge du procès a fait remarquer que, selon la déclaration de la victime qu'elle a déposée, ScotiaMcLeod [TRADUCTION] « [avait] demandé la restitution » de la somme de 1,6 million de dollars. S'agissant de la différence entre la perte de 1,3 million de dollars et la somme de 1,6 million de dollars réclamée à titre de [TRADUCTION] « restitution », l'avocate du ministère public a informé la Cour que la différence de 300 000 $ représentait la « perte d'occasion de placement ». Vers la fin de l'audience sur la détermination de la peine, l'avocate du ministère public a reconnu qu'il serait sans doute impossible à l'intimée de se conformer à une [TRADUCTION] « ordonnance de restitution » et a demandé qu'une amende lui soit infligée à sa place. Le juge du procès a pris en compte la capacité de payer de l'intimée et a refusé de rendre une « ordonnance de restitution ».

III. Analyse

[4] L'alinéa 718*e*) du *Code criminel* nous informe que l'un des objectifs du prononcé des peines est d'« assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité ». Le paragraphe 738(1) prévoit, entre autres, qu'un tribunal peut, à la demande du procureur général ou d'office, ordonner au délinquant de « dédommag[er] » une autre personne. Pour décider s'il doit rendre une ordonnance de restitution, un juge de procès est tenu de prendre en compte la capacité de payer du délinquant : *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005, [1990] A.C.S. n° 45 (QL); *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, [1978] A.C.S. n° 48 (QL); *R. c. Blackler*, 2006 NLCA 48, [2006] N.J. 247 (QL); *R. c. Bradbury*, 2004 NLCA 82, [2004] N.J. No. 420 (QL); *R. c. DeBay*, 2001 NSCA 48, [2001] N.S.J. No. 105 (QL).

[5] L'avocate du ministère public avait clairement demandé au juge du procès de rendre une ordonnance de restitution, et non une ordonnance de confiscation. Une lecture de la transcription en fournit le témoignage et cela concorde avec la demande de restitution faite par ScotiaMcLeod dans sa déclaration de la victime. Pour qu'une

amende puisse être infligée en vertu du par. 462.37(3), le procureur général doit présenter une demande d'ordonnance de confiscation et le juge du procès doit conclure qu'une ordonnance de confiscation devrait être rendue. Vu qu'aucune demande de confiscation n'a été présentée au juge qui a déterminé la peine, il n'y a aucun fondement à l'assertion du ministère public selon laquelle le juge aurait dû infliger une amende en remplacement de l'ordonnance de confiscation. L'appel doit donc être rejeté.

IV. Dispositif

[6] J'accueillerais la demande d'autorisation d'appel et je rejetterais l'appel. Je soulignerais, en passant, que le présent appel ne soulève pas la question de savoir si la peine globale de 42 mois est appropriée. Il s'ensuit que le rejet du présent appel ne saurait constituer une confirmation de la part de notre Cour quant à la justesse de la peine infligée dans les présentes circonstances.