

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

139-12-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

TREVOR HOWIE DOW

TREVOR HOWIE DOW

RESPONDENT

INTIMÉ

AND BETWEEN:

ET ENTRE :

141-12-CA

TREVOR HOWIE DOW

TREVOR HOWIE DOW

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Dow v. R., 2014 NBCA 15

Dow c. R., 2014 NBCA 15

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

CORAM :

l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the Provincial Court:
September 27, 2012 (sentence)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 27 septembre 2012 (prononcé de la peine)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
October 15, 2013

Appel entendu :
le 15 octobre 2013

Judgment rendered:
March 20, 2014

Jugement rendu :
le 20 mars 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

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

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant Her Majesty the Queen:
Nicole Angers

Pour l'appelante Sa Majesté la Reine :
Nicole Angers

For the respondent Trevor Howie Dow:
Martin A. Goguen

Pour l'intimé Trevor Howie Dow :
Martin A. Goguen

THE COURT

LA COUR

Both applications for leave to appeal sentence are allowed, but both appeals and the cross-appeal are dismissed.

Les deux demandes d'autorisation d'appel de la sentence sont accueillies, mais les deux appels et l'appel reconventionnel sont rejetés.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] Two applications for leave to appeal, a cross-appeal, and a motion to adduce new evidence were heard together in the matter of a sentence totaling three years and a \$53,000 fine in lieu of forfeiture, imposed after Trevor Howie Dow pled guilty to various offences under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Both the Attorney General and Mr. Dow submit the sentence passed is unfit: Mr. Dow claiming it is too severe and the Attorney General maintaining it is too lenient. In the event either party were successful, Mr. Dow asks that we receive evidence on his rehabilitation progress since the date of his incarceration and that we take this information into account in varying the sentence.

[2] For the reasons that follow, I would grant leave to appeal to both the Attorney General and Mr. Dow, but would dismiss both appeals and the cross-appeal. As a result, Mr. Dow's motion to adduce new evidence would be rendered moot and also dismissed.

II. Factual Background

[3] Trevor Howie Dow answered to 10 counts contained in an Information in which he was charged jointly with one Stéphane Gallant. Mr. Dow pled guilty to eight counts and the other two were withdrawn. The counts to which he pled guilty alleged Mr. Dow had:

- 1) Trafficked two ounces of cocaine to a police agent for \$3,000 on May 5, 2012;
- 2) Trafficked two ounces of cocaine to a police agent for \$3,000 on May 10, 2012;

- 3) Trafficked 12 ounces of cocaine to a police agent for \$19,200 on June 1, 2012;
- 4) Trafficked 16 ounces of cocaine to a police agent on June 18, 2012;
- 5) Possession of property obtained by crime between May 5 and May 10, 2012;
- 6) Possession of property obtained by crime between May 10 and May 22, 2012;
- 7) Possession of property obtained by crime between June 1 and June 5, 2012; and,
- 8) Possession of property obtained by crime on June 18, 2012.

[4] The facts related to the Provincial Court revealed that, in the course of a police operation targeting various individuals suspected of involvement with the Hells Angels in the traffic of illegal substances, Mr. Dow acted as a go-between in the sale of drugs to an undercover police agent. He facilitated four transactions, corresponding to the four counts of trafficking to which he pled guilty. Mr. Dow did not profit directly from these transactions because he merely facilitated the sales as an agent for Mr. Gallant, with whom Mr. Dow was otherwise involved in the illegal sale of cigarettes. Ostensibly, Mr. Dow was trying to curry favour with Mr. Gallant, undoubtedly to enhance his profile with him and secure his spot in the illegal cigarette market. The quantity of cocaine trafficked was approximately one kilogram for a total price of \$53,000. In the course of his dealings with the police agent, Mr. Dow took steps to avoid police detection, taking counter-surveillance measures in an attempt to detect whether he was under surveillance.

[5] Mr. Dow stood before the Court as a 25-year-old man with an already significant criminal record. He was first incarcerated as a youth when he was only 13 years old, and although no *Criminal Code* offences featured on his record since 2006, he had, in 2010, been sentenced to pay huge fines under other federal statutes for the illegal distribution of tobacco.

[6] At the sentencing hearing, the prosecution argued Mr. Dow played a significant role in the transactions, while defence counsel submitted Mr. Dow was merely a reluctant conduit between Mr. Gallant and the police agent. The prosecution argued for

a sentence of imprisonment ranging between five and five and a half years, together with a fine in lieu of forfeiture of the \$53,000 that was paid for the cocaine, together with various corollary orders that are not the subject of either appeal. For his part, defence counsel submitted that since Mr. Gallant had been sentenced to imprisonment for five years, the sentence imposed on Mr. Dow should be significantly less. He advocated for a sentence of two years, less time served in remand. In reply, the prosecution countered with the argument that Mr. Gallant had been sentenced following a joint recommendation resulting from certain factors that were not relevant to Mr. Dow's situation.

[7] Before passing sentence, the Provincial Court judge reviewed the purpose and principles of sentencing and pointed to jurisprudence standing for the proposition that “deterrence must be the key factor in sentencing for cocaine, given that trafficking in cocaine is a crime so corrosive to the social fabric.” He noted that the roles of Mr. Dow and Mr. Gallant were “somewhat dissimilar” and that “Mr. Gallant seems to have had more of a role than Mr. Dow.” Nevertheless, the judge did not consider Mr. Dow to have been a “minimal player in the drug trade.” In the end, the judge sought “to impose a sentence which is proportionate to the gravity of the offence by Mr. Dow under the circumstances with respect to his role in the trafficking.” He sentenced Mr. Dow to concurrent terms of imprisonment of three years on each count and to a fine of \$53,000 imposed pursuant to s. 462.37(3) of the *Criminal Code*. In default of payment, the judge ordered Mr. Dow would have to serve a further term of 18 months. Initially, the judge did not address time for Mr. Dow to pay the fine, but this was corrected at a subsequent appearance. The judge also made corollary orders dealing with samples for DNA testing and possession of firearms.

III. Issues

[8] Invoking the following grounds, the Attorney General applies for leave to appeal the sentence:

- (a) That the sentence imposed is demonstrably unfit in all of the circumstances of the case;
- (b) That the learned trial judge erred in principle in giving inadequate weight to the proper principles of sentencing for such offences, particularly the principles of denunciation, deterrence and the need to protect the public by separating an offender from society as outlined in section 718 of the *Criminal Code*;
- (c) That the learned trial judge erred in failing to impose a sentence which was proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender as required pursuant to section 718.1 of the *Criminal Code*;
- (d) That the learned trial judge erred in principle in giving inadequate weight to the aggravating circumstance that the offences were committed for the benefit of, or at the direction of or in association with a criminal organization as outlined in section 718.2(a)(iv) of the *Criminal Code*;
- (e) That the learned trial judge erred in principle by failing to appropriately consider, as required pursuant to section 718.2(b) of the *Criminal Code*, that the sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;
- (f) That the learned trial judge further erred in principle by failing to adequately consider the record of previous convictions of the offender as required pursuant to section 10(2)(b) of the *Controlled Drugs and Substances Act*.

[9] Mr. Dow also seeks leave to appeal the sentence. In his written submission, Mr. Dow's counsel rephrased Mr. Dow's grounds, which I now paraphrase as follows:

- (a) The sentencing judge erred in law and principle when imposing a period of incarceration of 3 years for trafficking cocaine and for possession of property

obtained by crime because this sentence is inordinately long and therefore unreasonable;

- (b) The sentencing judge erred in law when imposing a fine of \$53,000, which should not have been imposed in the circumstances.

[10] In the matter of Mr. Dow's application for leave to appeal, the Attorney General has filed a notice of cross-appeal raising the same grounds raised in the Attorney General's own application for leave to appeal.

IV. Analysis

[11] The standard of review for sentencing appeals has been repeatedly stated and applied in modern jurisprudence, to the point of now being trite law. In *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, at paras. 19-29, Drapeau C.J.N.B. again reviewed the elements of the standard of review in sentencing matters. As he had 12 years earlier in *R. v. R.K.J.* (1998), 207 N.B.R. (2d) 24, [1998] N.B.J. No. 483 (C.A.) (QL), and again five years after that in *R. v. LeBlanc (G.A.)*, 2003 NBCA 75, 264 N.B.R. (2d) 341, he explained that the duty of the appellate court is to consider the fitness of an impugned sentence but that, in doing so, the appellate court must bear in mind the privileged position the trial judge occupies in the process. This is why, he explains, a deferential approach to appellate review of sentences is required when an appellate court reviews determinations that have a subjective element, such as the weighing of relevant factors and the judgment-call on the ultimate quantum. However, as he had stated in *R.K.J.*, "deference has its limits" (para. 12), and, as he reiterated in *LeBlanc*, intervention on appeal against sentence may be appropriate if one of the following questions can be answered affirmatively: "(1) Is the sentence the result of an error of law?; (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion?; (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*?" (para. 17).

[12] But for Mr. Dow's second ground of appeal, none of the other grounds invoked by either side can seriously be said to allege an error of law. As stated in *R.K.J.*, such an error "most commonly occurs as a result of a misapprehension of the evidence or a misapplication of judicial precedents" (para. 13). Leaving aside for the moment Mr. Dow's second ground of appeal, there is simply no basis to answer affirmatively the first question posed in *LeBlanc*.

[13] As for errors in principle, *R.K.J.* broadly breaks these types of errors into three categories: (1) those where a wrong sentencing principle is applied; (2) those where relevant factors are not considered or irrelevant factors are taken into account; and, (3) those where the failure to give proper weight to each relevant circumstance can be said to amount to an error in principle.

[14] Grounds (b) and (d) to (f) in the Attorney General's appeal all allege errors falling into the third category. The Attorney General does not say that the judge failed to consider the principles of denunciation, deterrence and the need to protect the public or that he did not give any weight to the aggravating circumstance or that the judge did not consider at all the principle that the sentence imposed should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances, or again that he did not consider the record of previous convictions of the offender. What the Attorney General alleges is that the judge gave inadequate weight to these factors.

[15] As Drapeau C.J.N.B. pointed out in *R.K.J.*, "[o]ur court will necessarily be slow to find an error" (para. 13) of the type alleging failure to give proper weight to each relevant circumstance, lest "professions of deference [...] ring hollow" (para. 13). That warning is most appropriate in this case. The sentencing judge considered and applied the principles of denunciation and deterrence, he considered the principle of parity and he considered Mr. Dow's criminal record. The judge attached to these considerations the weight he deemed appropriate in the circumstances in coming to what he felt was a just

sentence. In my view, the sentence of three years cannot be said to be the result of improper weighing of these factors so as to amount to an error in principle. Grounds of appeal (b) and (d) to (f) are therefore without merit.

[16] As for ground of appeal (c) in the Attorney General's appeal, I read it as simply amplifying ground (a), which was the Attorney General's main focus at the hearing of the appeal: that the sentence is demonstrably unfit. It cannot be said the judge did not consider the gravity of the offence or Mr. Dow's degree of responsibility. Had the judge failed to do so, he would have clearly committed an error in principle. However, the judge acknowledged the seriousness of the offence, describing it as "very large amounts of cocaine in a commercial enterprise" and recognized his obligation to "impose a sentence which is proportionate to the gravity of the offence by Mr. Dow under the circumstances with respect to his role in the trafficking", which the judge had earlier described as more than "a minimal player in the drug trade" but that was nonetheless markedly lesser than that of Mr. Gallant.

[17] Reduced to its core, this matter is about whether a sentence of three years imprisonment is unfit because it is either too lenient or too severe in the circumstances. In the first ground of the Attorney General's appeal, the sentence is said to be demonstrably unfit because it is not severe enough, while in the first of Mr. Dow's grounds, he claims the sentence is too severe thus making it unreasonable. This raises the third question as stated in *LeBlanc*: "Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*?" The following principle from *R.K.J.* informs the approach to answer that question: "a sentence will be clearly unreasonable where it is either inordinately long or inordinately short. It will reach this level only if it is a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes" (para. 13).

[18] Both parties have argued their appeal on the basis of the total sentence imposed and not on the fact that the same sentence was imposed for each count and

ordered served concurrently. I will dispose of the appeal in the same manner, by focusing on the ultimate penalty and not on how it was calculated. In my respectful view, it cannot be said that the sentence imposed constitutes a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes. Both the Attorney General and Mr. Dow have submitted cases they claim support their respective positions. The very fact they have been able to do so illustrates that the sentence falls within the range of sentences imposed for trafficking in cocaine.

[19] The Attorney General points to a number of early decisions of this Court and claims these are less relevant because they pre-date the need to address the growing problem of cocaine use in our society. Thus, the Attorney General begins with *R. v. McIntyre* (1991), 114 N.B.R. (2d) 266, [1991] N.B.J. No. 136 (C.A.) (QL), in which the Court emphasized that “convicted traffickers in hard drugs will receive substantial sentences” and added that “[g]eneral deterrence is an important component of such sentences in an attempt to discourage persons from pursuing this highly profitable activity.” *McIntyre* was a case where an accused found in possession of 2020 hits of LSD was sentenced to 18 months imprisonment.

[20] The principles set out in *McIntyre* apply to this day. They have been repeated in a number of cases, many of which are referred to in *R. v. Frost*, 2012 NBCA 94, 396 N.B.R. (2d) 305, in which Quigg J.A. explained in no uncertain terms that “[t]his Court has consistently emphasized denunciation and deterrence in cases of drug trafficking by imposing jail sentences on offenders” (para. 17). These principles were recently applied in *R. v. Lennon*, 2013 NBCA 19, 403 N.B.R. (2d) 207, where a sentence of imprisonment of 30 months was upheld in the case of a 22-year-old with a lengthy previous record who pled guilty to trafficking in cocaine, and again in *R. v. Martin*, 2012 NBCA 95, 396 N.B.R. (2d) 343, where a conditional sentence was varied to a sentence of incarceration of 15 months in the case of a man who had in his possession small quantities of drugs, including 5.75 grams of cocaine, intending to distribute these to people who would be attending his brother’s birthday party the following week. The 15

months was imposed specifically for the charge of possession of cocaine for the purpose of trafficking.

[21] For his part, Mr. Dow points to a number of cases where sentences less than three years were imposed on drug traffickers. In particular, he points to *R. v. Vary*, 2008 NBCA 19, 327 N.B.R. (2d) 186, where a 40-year-old man with no prior criminal record was sentenced to two years for possession of one kilogram of cocaine for the purpose of trafficking. He had been transporting the cocaine for someone else in order to pay off drug debts. With respect, this Court's decision in *Vary* cannot be used as a precedent to support a sentence of two years. The Attorney General's application for leave to appeal in *Vary* was dismissed not because the Court endorsed the sentence but because the Attorney General was repudiating the position on sentence that his agent had taken at the sentencing hearing. In fact, this Court expressly stated that, but for the principle that an appellate court will not allow the Attorney General to repudiate his or her original position unless the gravity of the offence and the gross insufficiency of the sentence outweigh other considerations, the Court "might have granted leave and varied the sentence" (para. 7).

[22] Mr. Dow acknowledges other New Brunswick cases where sentences of 33 months (*R. v. Ouellette* (1990), 105 N.B.R. (2d) 222, [1990] N.B.J. No. 23 (C.A.) (QL)), 15 months (*Martin*) and 30 months (*Lennon*) were imposed. He claims there are distinguishing features and that, considering Mr. Dow's age, early guilty plea, no prior drug-related conviction, level of involvement and pre-trial custody, a sentence of incarceration ranging between 24 and 30 months should have been imposed, without any fine in lieu of forfeiture.

[23] Both parties also made reference to sentencing cases from other provinces in support of their respective positions.

[24] With respect, neither party has convinced me that incarceration for a period of three years is a substantial and marked departure from the sentence customarily

imposed for similarly situated offenders committing similar crimes. While it may be that Mr. Dow was not profiting monetarily from his crime, by his own admission, he was involved in other illegal activity with Mr. Gallant and evidently had his own motives for assisting Mr. Gallant with the sale of drugs. This was not an isolated incident, as in *Vary*. On four separate occasions, Mr. Dow played a pivotal role in supplying the undercover agent with cocaine and, in the process, handled significant sums of money. Mr. Dow is not a stranger to the criminal world. He was, as the sentencing judge noted, more than a “minimal player” in this “commercial enterprise” and involved in a crime that is “so corrosive” to our social fabric. In these circumstances, including those factors Mr. Dow says should play a mitigating role, a sentence of three years, in my view, falls within the range of appropriate sentences. But for his young age, his early guilty plea, his having no prior drug-related conviction and his level of involvement compared to others, the sentence might in fact have been much harsher.

[25] In reaching this conclusion, I place little relevance on the sentence Mr. Gallant received for the same crimes. This, because that sentence was the result of a joint recommendation. Without knowing the reasons that motivated the Attorney General to agree to a joint recommendation, one must be cautious in making use of such a sentence in determining the appropriate sentence for another offender. It may be that in some cases, where there is a gross discrepancy, some consideration has to be given to the sentence that is the product of the joint recommendation, but that is not the case here. Considering each individual’s level of involvement, there is nothing grossly disproportionate between a sentence of five years for Mr. Gallant and three years for Mr. Dow.

[26] I turn then to Mr. Dow’s second ground of appeal. Mr. Dow says the judge erred in law in imposing a fine of \$53,000 in lieu of forfeiture. I disagree.

[27] The facts conveyed to the sentencing judge undisputedly disclosed that Mr. Dow had not directly made any financial profit from the drug transactions that were the subject of the charges to which he pled guilty. The entire sum of \$53,000 the police

agent paid to him flowed directly to Mr. Gallant. The facts did reveal, however, that Mr. Dow undertook to be the conduit for these transactions in order to gain some other benefit from illegal activities undertaken in concert with Mr. Gallant, that is, the sale of illegal tobacco. The judge was not informed whether a forfeiture order was issued against Mr. Gallant or whether a fine in lieu of forfeiture was ever sought against him. Nor did he inquire. Furthermore, the judge gave no reasons for issuing a fine in lieu of forfeiture. He simply adhered to the prosecution's request that it be issued. The judge did not set a time limit for Mr. Dow to pay the fine and ordered that in default of payment Mr. Dow serve a term of imprisonment of 18 months. At the hearing of the appeal, we were informed that, at a subsequent but unrelated appearance, the judge clarified that Mr. Dow would have two years to pay the fine. We were also informed that neither forfeiture nor a fine in lieu of was sought in Mr. Gallant's sentencing proceeding.

[28] Part XII.2 of the *Criminal Code*, which came into effect in 1989, governs forfeiture of proceeds of crime. The purpose of enacting that Part of the *Criminal Code* was to go beyond the offender himself or herself and target the proceeds of crime with the goal "to neutralize criminal organizations by depriving them of the profits of their activities": *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, at para. 9. In other words, Parliament's purpose in enacting that Part of the *Criminal Code* was "to ensure that crime does not pay" (para. 10).

[29] Under the forfeiture provisions contained in s. 462.37, where an offender is convicted or discharged under s. 730 of a designated offence, on application of the Attorney General, a judge must order that property, shown on a balance of probabilities to be proceeds of crime, be forfeited if it is also shown that the designated offence was committed in relation to that property. The terms "proceeds of crime" and "designated offence" are defined in s. 462.3. The term "property" is defined in s. 2. All are defined in very broad terms.

[30] In the present case, there was an application for forfeiture, albeit rather informally presented but nonetheless meeting the requirement of the statute: *R. v. Ford*,

2013 NBCA 63, [2013] N.B.J. No. 331 (QL), per Bell J.A. In addition, the monies the undercover agent paid to obtain the drugs, in the hands of Mr. Dow and of Mr. Gallant, were clearly all proceeds of crime, and the designated offences were committed in relation to that property. Thus, the statutory requirements to trigger s. 462.37 were all met.

[31] When one is found guilty of a crime, the purpose of the general sentencing provisions is as set out in s. 718 of the *Criminal Code*. On the other hand, the purpose of s. 462.37 is to ensure that the offender and the criminal organization will be deprived of the proceeds of their crime and to deter them from committing crimes in the future: *Lavigne*, at para. 16. However, there are instances where this objective cannot be met by forfeiture of the proceeds of crime, such as when the property cannot be found, has been squandered, has been transferred to others, etc. In these cases, the objectives of s. 462.37 can still be met, not by forfeiture of the property in question, but by the imposition of a fine against the offender in lieu of forfeiture. Parliament has provided for this in s. 462.37 (3), which reads as follows:

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;

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) is located outside Canada; | c) situation du bien à l'extérieur du Canada; |
| (d) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or | d) diminution importante de valeur; |
| (e) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty. | e) fusion avec un autre bien qu'il est par ailleurs difficile de diviser. |

[32] In *Lavigne*, the Supreme Court had occasion to interpret the purpose of s. 462.37 and in particular determine whether the use of the word “may” gave the sentencing judge a discretion not to impose a fine where it was shown that the offender would not have the ability to pay. For the Court, Deschamps J. held that “the discretion granted under that provision is limited and that ability to pay may not be taken into consideration either in the decision to impose the fine or in the determination of the amount of the fine” (para. 1). She explained that where Parliament opted to make forfeiture mandatory where the Attorney General was able to show that certain property constitutes proceeds of crime and that the designated offence was committed in relation to that property, it would defeat the objectives of Part XII.2 to give judges a broad discretion not to impose a fine in lieu of forfeiture where forfeiture of the property itself may not be possible. Deschamps J. also rejected an interpretation pursuant to which the word “may” should be considered equivalent to “shall”, recognizing that “a court may face circumstances in which the objectives of the provisions do not call for a fine to be imposed” (para. 28). She gave as an example the situation where an “offender did not profit from the crime” and where the offence “was an isolated crime committed by an offender acting alone” (para. 28). She explained that, in such a case, “none of the objectives would be furthered or frustrated by a decision not to impose a fine instead of forfeiture.” Recall that the objectives are to deprive the offender of the proceeds of his or her crime and deter potential offenders and accomplices.

[33] In *R. v. Robichaud*, 2011 NBCA 112, 381 N.B.R. (2d) 315, reconsideration allowed 2011 NBCA 112, 388 N.B.R. (2d) 394, leave to appeal to S.C.C.

refused, [2012] S.C.C.A. No. 53. Deschênes J.A. for this Court summarized the principles that can be derived from *Lavigne*. He listed them as follows:

(a) The property that is liable to forfeiture under s. 462.37(1) is property that is "proceeds of crime" (s. 462.3(1) and s. 2 of the *Code*). There is thus a wide range of "property" that could be proceeds of crime; it may be real or personal, corporeal or incorporeal. Moreover, forfeiture may apply to the original property, or property acquired in exchange for or by conversion of the original property and it is enough that the designated offence be committed "in relation to" the property. The link need not be direct (para. 13).

(b) A court imposing sentence on a person convicted of an offence involving the proceeds of crime **shall**, on application of the Attorney General, order the forfeiture of the property where the offence was committed in relation to that property. There is simply no discretion at this stage (paras. 14-15). In short, provided the prosecution is able to establish the above-mentioned conditions precedent on a balance of probabilities, the forfeiture order is mandatory.

(c) There may be instances where forfeiture of the proceeds of crime is not practicable because the property may have been used, transferred or transformed or **may** simply be impossible to find. Section 462.37(3) provides that the court may impose a fine instead of forfeiture of the proceeds of crime (para. 18)

[Emphasis in original.]

(d) Although s. 462.37(3) provides that imposing a fine instead of forfeiture is a discretionary power, an analysis of the context and of the wording of the section itself indicates that the discretion is nevertheless very limited. The discretion applies to the decision on whether or not to impose a fine and to the determination of the value of the property. As far as the decision to impose a fine is concerned, it should always be consistent with the spirit of the provisions on proceeds of crime as a whole (para. 28). In any event, the court must not take into account the accused's ability to pay when it must decide whether or not to impose a fine instead of forfeiture. The amount of the fine must be equal to the value of the proceeds of crime (paras. 34-35-37). Once the decision is made that a fine

instead of forfeiture is warranted and the value of the proceeds of crime is established, there is no discretion other than the terms of imprisonment in relation to the amount of the fine and the time allowed to pay the fine (para. 52).

(e) The sentence imposed for an offence under Part XII.2 consists of two elements: the penalty for committing a designated offence (s. 462.3(1)), and forfeiture of the proceeds of crime (s. 462.37(1)). A fine instead of forfeiture is seen as a separate component of the sentence and is not regarded as punishment specifically for the designated offence. The fine or imprisonment imposed as the primary sentence punishes the commission of the designated offence, while forfeiture or a fine instead of forfeiture deprives the offender of the proceeds of his or her crime and deters potential offenders and accomplices (para. 10). [para. 16]

[Emphasis added.]

[34] In my view, this is not a case where the judge could have justifiably exercised his discretion not to impose a fine. As Deschênes J.A. points out in *Robichaud*, *Lavigne* stands for the proposition that such a discretion is very limited and to exercise it “should always be consistent with the spirit of the provisions on proceeds of crime as a whole” (para. 16). Recall once again that, as applied to this case, the objectives of these provisions are to deprive Mr. Dow of the proceeds of his crime and to deter Mr. Dow and the criminal organization from committing crimes in the future.

[35] While the Supreme Court in *Lavigne* allowed that there might be circumstances in which a fine will not need to be imposed to meet the objectives of Part XII.2, this is not such a case. The example given in *Lavigne* is that of an offender who did not profit from the crime in a situation where it was an isolated crime committed by an offender acting alone. That is not the case in the present matter. Mr. Dow did profit from his crime, or at least intended to profit. He was acting in concert with Mr. Gallant and evidently others who supplied the drugs. Mr. Dow’s benefit was the enhancement of his relationship with Mr. Gallant, with whom he was involved in profitable illegal tobacco sales. This benefit may be one that is impossible to quantify, but it is nevertheless a profit that cannot be said to be minimal. Moreover, Mr. Dow’s

involvement was not an isolated crime and was not committed by him acting alone. While his role may have been less than that of Mr. Gallant, he was nonetheless a critical component in the process that led to the four criminal transactions with the police agent.

[36] A situation somewhat similar to Mr. Dow's occurred in *R. v. A.S.*, 2010 ONCA 441, [2010] O.J. No. 2532 (QL), where a drug trafficker argued that the sentencing judge had a discretion not to order a fine in lieu of forfeiture where he no longer had the buy money that was given to him by the undercover officer. He submitted to the Court of Appeal that "the court should conclude that the money went to the supplier who was higher up in the chain and to feed his drug habit", and argued "he cannot be said to have benefitted from the major portion of the funds given to him" (para. 9). Relying on *Lavigne* and the need to limit the discretion not to impose a fine to those situations where the spirit of the whole of the proceeds of crime provisions would not be offended, the Court rejected that argument. The Court ruled as follows:

Having regard to *Lavigne*, we are satisfied that the sentencing judge erred in not imposing a fine in lieu of forfeiture. The respondent received \$37,100 in drug buy money. He did not act alone and his actions extended over a considerable period of time. Receiving the money was a "benefit" in keeping with the purpose of the provisions. What the respondent then chose to do with the money (*i.e.* pay his supplier, purchase drugs, etc.) need not be the subject of inquiry by the sentencing judge as the Supreme Court's decision in *Lavigne* illustrates. [para. 14]

[37] I opine in the same direction. Mr. Dow received \$53,000 in drug buy money. He did not act alone, and his actions extended over more than six weeks. He received a direct benefit from the transactions, in that he was given money in exchange for drugs, and although he might not have kept the money himself, that is of no moment, particularly where he also derived an intangible benefit, being the enhancement of his relationship with Mr. Gallant in the illegal sale of tobacco. In these circumstances, it cannot be said that the spirit of the proceeds of crime provisions would not be offended by the refusal to impose a fine in lieu of forfeiture. One of the objectives is that Mr. Dow be deprived of the proceeds of his crime. While the actual direct benefit to him might be

intangible, the imposition of a fine equivalent to the amount of the proceeds obtained and then conveyed to Mr. Gallant is nevertheless appropriate. The other objective is that Mr. Dow and others in the criminal organization be deterred from committing crimes in the future. Couriers and conduits, although perhaps on the lower end of the illegal drug trade, nevertheless play a critical role in the illegal activity. They too, must be deterred. Moreover, criminal organizations must be made aware that no one, not even those on the lower end of the chain, will be allowed to profit from their crime. In the end, it must be shown that crime does not pay.

V. Disposition

[38] For these reasons, I would grant both applications for leave to appeal, but I would dismiss both appeals and the Attorney General's cross-appeal.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Deux demandes d'autorisation d'appel, un appel reconventionnel et une motion visant la présentation d'une nouvelle preuve ont été entendus ensemble dans l'affaire d'une sentence prévoyant une peine carcérale totale de trois ans et une amende de 53 000 \$ en remplacement d'une confiscation, sentence qui a été prononcée contre Trevor Howie Dow après qu'il eut plaidé coupable d'avoir commis diverses infractions à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 et au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Tant le procureur général que M. Dow soutiennent que la peine est inappropriée : M. Dow prétend qu'elle est trop sévère et le procureur général prétend qu'elle est trop clémente. Si l'une des parties obtient gain de cause, M. Dow demande à la Cour de recevoir la preuve du progrès de sa réadaptation depuis la date de son incarcération et de prendre cette information en considération pour modifier la peine.

[2] Pour les motifs énoncés ci-après, j'accorderais l'autorisation d'appel et au procureur général et à M. Dow, mais je rejetterais les deux appels ainsi que l'appel reconventionnel. Il s'ensuit que la motion de M. Dow en présentation d'une nouvelle preuve serait sans portée pratique, et je la rejetterais donc aussi.

II. Contexte factuel

[3] Trevor Howie Dow a répondu à dix chefs d'accusation formulés dans une dénonciation où il était co-accusé avec un dénommé Stéphane Gallant. M. Dow a plaidé coupable à huit chefs d'accusation et les deux autres ont été retirés. Les chefs d'accusation auxquels il a plaidé coupable reprochaient à M. Dow d'avoir commis les infractions suivantes :

1. trafic de deux onces de cocaïne vendues à un agent de police pour la somme de 3 000 \$ le 5 mai 2012;
2. trafic de deux onces de cocaïne vendues à un agent de police pour la somme de 3 000 \$ le 10 mai 2012;
3. trafic de 12 onces de cocaïne vendues à un agent de police pour la somme de 19 200 \$ le 1^{er} juin 2012;
4. trafic de 16 onces de cocaïne vendues à un agent de police le 18 juin 2012;
5. possession de biens criminellement obtenus entre le 5 et le 10 mai 2012;
6. possession de biens criminellement obtenus entre le 10 et le 22 mai 2012;
7. possession de biens criminellement obtenus entre le 1^{er} et le 5 juin 2012;
8. possession de biens criminellement obtenus le 18 juin 2012.

[4] Selon les faits rapportés à la Cour provinciale, M. Dow aurait servi d'intermédiaire et vendu des drogues à un policier banalisé lors d'une opération policière ciblant divers individus soupçonnés d'avoir participé avec les Hells Angels au trafic de substances illégales. Il a facilité quatre transactions, lesquelles correspondent aux quatre chefs de trafic auxquels il a plaidé coupable. M. Dow n'a pas tiré profit directement de ces transactions, puisqu'il facilitait simplement les ventes comme intermédiaire pour le compte de M. Gallant, qui était par ailleurs complice de M. Dow dans la vente illégale de cigarettes. De toute évidence, M. Dow cherchait à obtenir la faveur de M. Gallant, sans aucun doute pour rehausser son image auprès de lui et se tailler une place dans le marché de la vente illégale de cigarettes. La quantité de cocaïne vendue était d'environ un kilogramme, pour un prix total de 53 000 \$. Pendant ses négociations avec le policier banalisé, M. Dow a pris des mesures pour éviter d'être repéré par la police en ayant recours à des moyens de contre-surveillance afin de déterminer s'il faisait l'objet d'une surveillance.

[5] M. Dow est un homme de 25 ans qui a comparu devant la Cour avec un casier judiciaire déjà assez chargé. Il a été incarcéré pour la première fois quand il était un adolescent de 13 ans seulement, et bien qu'aucune infraction au *Code criminel* n'ait été consignée dans son casier depuis 2006 il avait été condamné à payer, en 2010, des

amendes très élevées en vertu d'autres lois fédérales pour la vente illégale de produits du tabac.

[6] À l'audience sur la détermination de la peine, la poursuivante a soutenu que M. Dow avait joué un rôle important dans les transactions, alors que l'avocat de la défense a prétendu que M. Dow était simplement un intermédiaire réticent entre M. Gallant et l'agent de police. La poursuivante a demandé l'infliction d'une peine carcérale allant de cinq ans à cinq ans et demi, de même que d'une amende de 53 000 \$ en remplacement de la confiscation, soit la somme payée pour la cocaïne, et diverses autres ordonnances accessoires qui ne font pas l'objet des deux appels. Pour sa part, l'avocat de la défense a soutenu que puisque M. Gallant avait été condamné à une peine carcérale de cinq ans, la peine infligée à M. Dow devrait être beaucoup moindre. Il a proposé une peine de deux ans, moins la période passée en détention préventive. La poursuivante a répliqué que la peine infligée à M. Gallant était le résultat d'une recommandation conjointe qui tenait compte de certains facteurs non pertinents dans le cas de M. Dow.

[7] Avant de prononcer la sentence, le juge de la Cour provinciale a passé en revue l'objectif et les principes de la détermination de la peine et il a mentionné certaines sources jurisprudentielles qui font valoir que [TRADUCTION] « s'agissant du trafic de la cocaïne, la dissuasion doit être un facteur clé dans la détermination de la peine, étant donné qu'il s'agit d'un crime qui corrompt au plus haut point le tissu social. » Il a fait remarquer que les rôles joués par M. Dow et M. Gallant étaient [TRADUCTION] « quelque peu différents » et que [TRADUCTION] « M. Gallant semblait avoir joué un rôle plus important que M. Dow. » Néanmoins, le juge n'était pas d'avis que M. Dow était [TRADUCTION] « un protagoniste de peu d'envergure dans le trafic de drogue ». En définitive, le juge a voulu [TRADUCTION] « infliger une peine proportionnelle à la gravité de l'infraction commise par M. Dow dans les circonstances, pour le rôle qu'il a joué dans ce trafic de drogue. » Il a condamné M. Dow à des peines concurrentes de trois ans sous chacun des chefs et à une amende de 53 000 \$ infligée conformément au par. 462.37(3) du *Code criminel*. S'il y avait défaut de paiement, le juge a ordonné que

M. Dow purge une peine supplémentaire de 18 mois. Initialement, le juge n'avait pas abordé la question du délai accordé à M. Dow pour payer l'amende, mais il a réglé ce point lors d'une comparution ultérieure. Le juge a aussi rendu des ordonnances accessoires ayant trait au prélèvement d'échantillons d'ADN et à la possession d'armes à feu.

III. Questions en litige

[8] Le procureur général se fonde sur les moyens suivants pour demander l'autorisation d'interjeter appel de la sentence :

- (a) La sentence prononcée est manifestement inappropriée dans l'ensemble des circonstances de l'espèce.
- (b) L'éminent juge du procès a commis une erreur de principe en omettant d'accorder suffisamment de poids aux principes de détermination de la peine qui s'appliquent à de telles infractions, particulièrement aux principes de la dénonciation, de la dissuasion et du besoin de protéger le public en isolant un délinquant du reste de la société, contrairement à ce que prévoit l'art. 718 du *Code criminel*.
- (c) L'éminent juge du procès a commis une erreur en omettant d'infliger une peine proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, ainsi que l'exige l'art. 718.1 du *Code criminel*.
- (d) L'éminent juge du procès a commis une erreur de principe en n'accordant pas suffisamment de poids aux circonstances aggravantes tenant au fait que les infractions ont été commises au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, contrairement à ce que prévoit le s.-al. 718.2a)(iv) du *Code criminel*.
- (e) L'éminent juge du procès a commis une erreur de principe en omettant de tenir compte, comme il devait le faire conformément à l'al. 718.2b) du *Code criminel*, du principe de l'harmonisation des peines voulant l'infliction de peines semblables à celles infligées à des

délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables.

- (f) L'éminent juge du procès a de plus commis une erreur de principe en omettant de tenir suffisamment compte des condamnations antérieures du délinquant, comme il devait le faire conformément à l'al. 10(2)b) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.

[9] M. Dow demande également l'autorisation d'interjeter appel de sa sentence. Dans ses observations écrites, l'avocat de M. Dow a reformulé les moyens invoqués par M. Dow, que je paraphrase ainsi :

- (a) Le juge qui a prononcé la sentence a commis une erreur de droit et de principe en lui infligeant une peine carcérale de trois ans pour trafic de cocaïne et possession de biens criminellement obtenus, étant donné que cette peine est excessivement élevée et, partant, déraisonnable.
- (b) Le juge qui a prononcé la sentence a commis une erreur de droit en lui infligeant une amende de 53 000 \$, qui n'aurait par dû lui être infligée dans les circonstances.

[10] En réponse à la demande d'autorisation d'appel déposée par M. Dow, le procureur général a déposé un avis d'appel reconventionnel en soulevant les mêmes moyens qu'il avait énoncés dans sa propre demande d'autorisation d'appel.

IV. Analyse

[11] La norme de contrôle applicable aux appels interjetés à l'égard de sentences a été énoncée et mise en application à maintes reprises dans la jurisprudence moderne, à un point tel qu'elle est maintenant de droit constant. Dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2^e) 88, aux par. 19 à 29, le juge en chef Drapeau a une fois de plus passé en revue les éléments de la norme de contrôle dans les affaires ressortissant à la détermination de la peine. Tout comme il l'avait fait 12 ans auparavant, dans l'arrêt *R. c. R.K.J.* (1998), 207 R.N.-B. (2^e) 24, [1998] A.N.-B. n^o 483 (C.A.) (QL), et à

nouveau cinq ans plus tard dans l'arrêt *R. c. LeBlanc*, 2003 NBCA 75, 264 R.N.-B. (2^e) 341, il a expliqué que le rôle d'une cour d'appel est d'examiner la justesse de la sentence contestée, mais que, ce faisant, la cour d'appel doit garder à l'esprit la place privilégiée qu'occupe le juge du procès dans ce processus. C'est pourquoi, a-t-il expliqué, la révision en appel des peines infligées doit être abordée avec retenue par la cour appelée à examiner tout processus de détermination de la peine qui renferme un élément subjectif, comme le besoin de soupeser des facteurs pertinents et d'user de son propre discernement pour fixer, en définitive, la durée des peines. Toutefois, comme il l'avait affirmé dans *R. c. R.K.J.*, [TRADUCTION] « [l]a retenue a néanmoins ses limites » (par. 12), et, ainsi qu'il l'a réitéré dans *LeBlanc*, lorsqu'il y a appel de la peine, l'intervention en appel peut être justifiée si l'on peut répondre par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : « (1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? (3) La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*? » (Par. 17)

[12] Le deuxième moyen d'appel soulevé par M. Dow mis à part, aucun des autres moyens énoncés par l'une ou l'autre des parties ne font sérieusement état d'une erreur de droit. Comme notre Cour l'affirme dans l'arrêt *R.K.J.*, pareilles erreurs de droit [TRADUCTION] « surviennent le plus souvent parce que le juge a mal interprété la preuve ou mal appliqué les précédents » (par. 13). Abstraction faite pour le moment du deuxième moyen d'appel de M. Dow, il n'existe tout simplement aucun motif permettant de répondre par l'affirmative à la première question posée dans *LeBlanc*.

[13] S'agissant des erreurs de principe, la Cour répartit ce type d'erreurs, dans *R.K.J.*, en trois grandes catégories : (1) celle où des mauvais principes de détermination de la peine ont été appliqués; (2) celle où l'on a omis de tenir compte de facteurs pertinents ou pris en compte des considérations non pertinentes; (3) celle où l'omission de reconnaître l'importance voulue à chaque circonstance pertinente équivaut à une erreur de principe.

[14] Les moyens b) et d) à f) de l'appel interjeté par le procureur général font tous état d'erreurs qui s'inscrivent dans la troisième catégorie. Le procureur général ne prétend pas que le juge a omis de tenir compte des principes de la dénonciation, de la dissuasion et du besoin de protéger le public, ou qu'il n'a accordé aucun poids à la circonstance aggravante, qu'il n'a pas du tout tenu compte du principe selon lequel la peine infligée devrait être semblable aux peines infligées à des délinquants dans la même situation qui ont commis des infractions semblables dans des circonstances semblables, ou encore, que le juge n'a pas tenu compte des condamnations antérieures du délinquant. Le procureur général soutient plutôt que le juge n'a pas accordé suffisamment de poids à ces facteurs.

[15] Comme l'a fait remarquer le juge en chef Drapeau dans l'affaire *R.K.J.*, [TRADUCTION] « [n]otre [C]our hésitera nécessairement à reconnaître l'existence d'une erreur » (par. 13) de cette nature où le juge aurait omis d'accorder l'importance voulue à chaque circonstance pertinente, de crainte que [TRADUCTION] « les professions de retenue [ne] soient vides de sens » (par. 13). Cette mise en garde est on ne peut plus justifiée en l'espèce. Le juge qui a déterminé la peine a pris en compte et appliqué les principes de la dénonciation et de la dissuasion, il s'est penché sur le principe de la parité et il a tenu compte du casier judiciaire de M. Dow. Il a attribué à ces facteurs le poids qu'il jugeait approprié dans les circonstances en parvenant à ce qu'il estimait constituer une juste peine. À mon avis, la peine de trois ans ne saurait être qualifiée de peine résultant du défaut de soupeser suffisamment les facteurs susmentionnés, ce qui constituerait une erreur de principe. En conséquence, les moyens d'appel b) et d) à f) sont sans fondement.

[16] S'agissant du moyen d'appel c) soulevé par le procureur général, il ne fait que développer, d'après moi, le moyen énoncé au point a), lequel constituait le point sur lequel le procureur général s'est concentré à l'audition du présent appel, savoir que la peine est manifestement inappropriée. Nul ne saurait affirmer que le juge n'a pas tenu compte de la gravité de l'infraction ni du degré de responsabilité qui revient à M. Dow.

S'il avait omis de le faire, il est évident qu'il aurait commis une erreur de principe. Cependant, le juge a reconnu la gravité de l'infraction, soulignant les [TRADUCTION] « très grandes quantités de cocaïne en jeu dans cette entreprise commerciale », et il a reconnu aussi son devoir [TRADUCTION] « d'infliger une peine proportionnelle à la gravité de l'infraction commise par M. Dow dans les circonstances, compte tenu de son rôle dans le trafic de cette drogue », que le juge avait qualifié plus tôt de rôle supérieur à celui [TRADUCTION] « [d']un protagoniste de peu d'envergure dans le trafic de drogue », quoique beaucoup moins important que celui de M. Gallant.

[17] Ramenée à l'essentiel, la question est de savoir si une peine carcérale de trois ans est inappropriée, parce qu'elle est dans les circonstances soit trop clément, soit trop sévère. Dans le premier moyen soulevé dans son appel, le procureur général soutient que la peine est manifestement inappropriée parce qu'elle n'est pas assez sévère, alors que M. Dow prétend dans son premier moyen d'appel que la peine est trop sévère et qu'elle est donc déraisonnable. La troisième question énoncée dans l'affaire *LeBlanc* est alors pertinente : « La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*? » Le principe suivant, qui se dégage de l'arrêt *R.K.J.*, indique la démarche à suivre pour répondre à cette question : [TRADUCTION] « [...] une peine est nettement déraisonnable si elle est excessivement longue ou excessivement courte. Cela ne se produit que si elle constitue un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables » (par. 13).

[18] En appel, les deux parties fondent leurs arguments sur la peine totale et non pas sur le fait que la même peine a été infligée pour chaque chef d'accusation et que les peines devaient être purgées concurremment. J'aborderai mon jugement sur l'appel de la même manière, c'est-à-dire en examinant la peine définitive plutôt que le calcul qui a abouti à celle-ci. Avec égards, j'estime que la peine ne constitue pas un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent

dans la même situation et qui commettent des crimes semblables. Tant le procureur général que M. Dow ont invoqué une jurisprudence qui appuie, selon eux, leur position respective. Le fait même qu'ils ont pu tous les deux citer des décisions à l'appui de leur cause montre que la peine s'inscrit dans l'éventail des peines infligées pour trafic de cocaïne.

[19] Le procureur général mentionne un certain nombre de décisions rendues antérieurement par notre Cour en faisant valoir qu'elles sont moins pertinentes parce qu'elles remontent à une période où n'existait pas, comme à l'heure actuelle, le besoin de traiter le problème croissant que constitue la consommation de cocaïne dans notre société. Il cite donc, pour commencer, l'arrêt *R. c. McIntyre* (1991), 114 R.N.-B. (2^e) 266, [1991] A.N.-B. n^o 136 (C.A.) (QL), dans lequel notre Cour a souligné que [TRADUCTION] « les trafiquants de drogues dures déclarés coupables recevront des peines importantes », puis ajouté : [TRADUCTION] « La dissuasion générale constitue une composante importante des peines de ce genre afin d'essayer de décourager d'autres personnes de poursuivre cette activité extrêmement rentable. » Dans l'affaire *McIntyre*, l'accusé avait été trouvé en possession de 2020 doses de LSD et condamné à une peine carcérale de 18 mois.

[20] Les principes énoncés dans l'affaire *McIntyre* sont toujours applicables. Ils ont été repris dans nombre de décisions, dont plusieurs sont citées dans l'arrêt *R. c. Frost*, 2012 NBCA 94, 396 R.N.-B. (2^e) 305, où la juge d'appel Quigg a expliqué, en des termes on ne peut plus clairs, que « [n]otre Cour a, de façon constante, insisté sur la dénonciation et la dissuasion en matière de trafic de stupéfiants en condamnant les délinquants à des peines d'emprisonnement » (par. 17). Récemment, ces principes ont été appliqués dans l'arrêt *Lennon c. R.*, 2013 NBCA 19, 403 R.N.-B. (2^e) 207, où une peine carcérale de 30 mois a été confirmée à l'endroit d'un homme âgé de 22 ans dont le casier judiciaire était chargé et qui avait plaidé coupable à une accusation de trafic de cocaïne, tout comme dans l'arrêt *R. c. Martin*, 2012 NBCA 95, 396 R.N.-B. (2^e) 343, où la Cour a remplacé un emprisonnement conditionnel par une peine carcérale de 15 mois dans le cas d'un homme qui avait en sa possession de petites quantités de drogues, notamment

5,75 grammes de cocaïne, qu'il avait l'intention de distribuer à des personnes invitées à la célébration de l'anniversaire de naissance de son frère qui avait lieu la semaine suivante. La peine de 15 mois visait spécifiquement l'accusation de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic.

[21] Pour sa part, M. Dow invoque un certain nombre de décisions dans lesquelles des peines inférieures à trois ans ont été infligées à des trafiquants de drogues. En particulier, il mentionne *R. c. Vary*, 2008 NBCA 19, 327 R.N.-B. (2^e) 186, où un homme âgé de 40 ans qui n'avait pas d'antécédents judiciaires a été condamné à une peine de deux ans pour possession d'un kilogramme de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il transportait la cocaïne pour une autre personne afin de rembourser des dettes accumulées en raison de sa consommation de drogues. Avec égards, la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Vary* ne peut servir de précédent pour justifier une peine de deux ans. Dans *Vary*, ce n'est pas parce qu'elle approuvait la sentence que la Cour a rejeté la demande d'autorisation d'appel formée par le procureur général, mais plutôt parce que le procureur général désavouait la thèse adoptée par son représentant au cours de l'audience sur la détermination de la peine. En fait, notre Cour a affirmé expressément que, n'eût été le principe selon lequel un tribunal d'appel ne permettra pas au procureur général de modifier sa position initiale à moins que la gravité de l'infraction et le caractère nettement insuffisant de la peine l'emportent sur d'autres considérations, elle aurait « peut-être accueilli la demande d'autorisation d'appel et modifié la peine » (par. 7).

[22] M. Dow reconnaît que dans d'autres décisions rendues au Nouveau-Brunswick, des peines de 33 mois (*R. c. Ouellette* (1990), 105 R.N.-B. (2^e) 222, [1990] A.N.-B. n^o 23 (C.A.) (QL)), de 15 mois (*Martin*) et de 30 mois (*Lennon*) ont été infligées. Il prétend que certaines caractéristiques obligent à faire la distinction entre sa propre situation et ces décisions et que, compte tenu de son âge, du plaidoyer de culpabilité qu'il a déposé dès le début de l'affaire, du fait qu'il n'a aucune condamnation antérieure liée à la drogue, de son degré de participation dans l'affaire et de sa mise sous garde antérieure

au procès, une peine carcérale allant de 24 à 30 mois aurait dû lui être infligée, sans amende tenant lieu de confiscation.

[23] À l'appui de leur position respective, les deux parties ont aussi mentionné des décisions rendues dans d'autres provinces en matière de détermination de la peine.

[24] Avec égards, ni l'une ni l'autre des parties ne m'a convaincu qu'une peine de trois ans est un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables. Il se peut très bien que M. Dow ne tirait aucun avantage monétaire du crime qu'il a commis, toutefois, de son propre aveu, il était impliqué dans d'autres activités illégales avec M. Gallant et de toute évidence il avait ses propres motifs pour aider M. Gallant dans la vente de drogues. À la différence de l'affaire *Vary*, il ne s'agissait pas en l'espèce d'un incident isolé. À quatre reprises différentes, M. Dow a joué un rôle clé en fournissant de la cocaïne au policier banalisé et, ce faisant, il manipulait des sommes considérables. M. Dow n'est pas étranger au monde du crime. Comme l'a fait remarquer le juge qui a prononcé la sentence, il n'était pas simplement un [TRADUCTION] « protagoniste de peu d'envergure » dans cette [TRADUCTION] « entreprise commerciale » et se trouvait impliqué dans un crime qui [TRADUCTION] « corrompt au plus haut point » le tissu social. Dans les circonstances, et compte tenu aussi des facteurs qui, selon M. Dow, devraient être des facteurs atténuants, une peine de trois ans s'inscrit à mon avis dans la fourchette des peines appropriées. N'eût été son jeune âge, le fait qu'il a tout de suite plaidé coupable, l'absence d'antécédents judiciaires liés à la drogue et son degré moindre de participation comparativement à celui des autres, la peine aurait pu effectivement être bien plus sévère.

[25] En tirant cette conclusion, je n'attache que peu d'importance à la sentence prononcée contre M. Gallant pour les mêmes crimes. Cela tient au fait que la sentence procédait d'une recommandation conjointe. Sans connaître les motifs qui ont amené le procureur général à souscrire à une recommandation conjointe, il faut hésiter à utiliser une telle peine comme fondement pour déterminer la peine appropriée dans le cas d'un

autre délinquant. Il se peut bien que dans certaines situations, lorsqu'il existe un écart exagéré entre des peines, il faille tenir compte dans une certaine mesure de la sentence découlant d'une recommandation conjointe, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Compte tenu du degré de participation de chaque individu, il n'y a pas de disproportion exagérée entre la peine de cinq ans infligée à M. Gallant et celle de trois ans infligée à M. Dow.

[26] J'aborde maintenant le deuxième moyen d'appel soulevé par M. Dow. M. Dow prétend que le juge a commis une erreur en infligeant une amende de 53 000 \$ en remplacement de la confiscation. Je ne suis pas d'accord.

[27] Les faits rapportés au juge qui a prononcé la sentence montraient incontestablement que M. Dow n'avait tiré aucun profit monétaire direct des ventes de drogues reprochées dans les accusations à l'égard desquelles il a plaidé coupable. La somme entière de 53 000 \$ que lui a versée l'agent de police est allée directement à M. Gallant. Les faits révèlent, cependant, que M. Dow a accepté de servir d'intermédiaire pour ces ventes afin d'obtenir quelque autre avantage des activités illégales auxquelles il se livrait de concert avec M. Gallant, savoir la vente illicite de produits du tabac. Le juge ne savait pas si une ordonnance de confiscation avait été rendue contre M. Gallant ou si une amende avait jamais été sollicitée contre lui en remplacement de la confiscation. Il ne s'est pas non plus renseigné à ce sujet. Par surcroît, le juge n'a pas motivé sa décision d'infliger une amende en remplacement de la confiscation. Il a simplement acquiescé à la demande du poursuivant qui sollicitait l'infliction de l'amende. Le juge n'a fixé aucune date à laquelle l'amende devait être acquittée et il a prononcé contre M. Dow une peine d'emprisonnement de 18 mois s'il omettait de payer l'amende. Au moment de l'audition de l'appel, notre Cour a été informée que le juge avait précisé, lors d'une comparution ultérieure de M. Dow dans une autre affaire, que celui-ci aurait un délai de deux ans pour payer l'amende. Notre Cour a aussi été informée que dans la procédure de détermination de la peine à infliger à M. Gallant, ni la confiscation, ni une amende tenant lieu de celle-ci n'avaient été sollicitées.

[28] La confiscation des produits de la criminalité est régie par la partie XII.2 du *Code criminel*, qui est entrée en vigueur en 1989. L'objectif du législateur fédéral, en adoptant cette partie du *Code criminel*, était de centrer son attention non seulement sur le contrevenant, mais sur les produits de la criminalité dans le but de « neutraliser les organisations criminelles en les privant du fruit de leurs activités » : voir *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, au par. 9. En d'autres termes, l'objectif du législateur en adoptant cette partie du *Code criminel* était de s'assurer que « le crime ne paie pas » (par. 10).

[29] Sous le régime des dispositions en matière de confiscation prévues à l'art. 462.37, lorsqu'un délinquant est déclaré coupable d'une infraction désignée, ou absous en vertu de l'art. 730 à l'égard de cette infraction, et que le procureur général en fait la demande, le juge est tenu d'ordonner la confiscation 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. Les expressions « produits de la criminalité » et « infraction désignée » sont définies à l'art. 462.3. Le mot « biens » est défini à l'art. 2. Tous sont définis en termes très larges.

[30] En l'espèce, une demande de confiscation a été présentée, quoique de façon non officielle, mais elle répondait néanmoins aux exigences de la loi : voir *R. c. Ford*, 2013 NBCA 63, [2013] A.N.-B. n° 331 (QL), décision rendue par le juge d'appel Bell. Qui plus est, les sommes que le policier banalisé a payées pour obtenir les drogues étaient manifestement toutes des produits de la criminalité une fois entre les mains de M. Dow et de M. Gallant, et les infractions désignées ont été commises en rapport avec ces biens. Par conséquent, les exigences législatives entraînant l'application de l'art. 462.37 avaient toutes été remplies.

[31] Dans le cas d'une personne déclarée coupable d'un acte criminel, l'art. 718 du *Code criminel* énonce l'objectif des dispositions générales en matière de détermination de la peine. L'article 462.37, pour sa part, a pour objectif d'assurer que le délinquant et l'organisation criminelle seront privés des produits de leurs crimes et de les

dissuader de commettre d'autres crimes à l'avenir. Voir l'arrêt *Lavigne*, au par. 16. Il existe cependant des situations où l'objectif ne peut être réalisé au moyen de la confiscation des produits de la criminalité, par exemple lorsque les biens sont introuvables, qu'ils ont subi une diminution de valeur importante ou qu'ils ont été transférés à d'autres, et ainsi de suite. Dans ces circonstances, il est tout de même possible d'atteindre les objectifs de l'art. 462.37, non pas au moyen de la confiscation des biens en cause, mais par l'infliction au délinquant d'une amende tenant lieu de la confiscation. Le législateur a prévu de telles circonstances au par. 462.37(3), qui est rédigé ainsi :

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 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.

[32] Dans l'arrêt *Lavigne*, la Cour suprême était appelée à donner son interprétation de l'objectif de l'art. 462.37 et, en particulier, à décider si l'emploi du mot « peut » conférait au juge saisi de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire de renoncer à infliger une amende lorsqu'il était établi que le délinquant ne serait pas en mesure de la payer. Rendant jugement au nom de la Cour, la juge Deschamps a dit : « [L]e pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition est limité et [...] la capacité de payer ne peut être prise en considération ni dans la décision d'infliger l'amende, ni dans l'établissement du montant de celle-ci » (par. 1). Elle a expliqué que, étant donné que le législateur fédéral a choisi de rendre la confiscation obligatoire lorsque le procureur général peut démontrer que certains biens sont des produits de la criminalité et que l'infraction désignée a été commise en rapport avec ces biens, ce serait aller à l'encontre des objectifs de la partie XII.2 que de conférer aux juges un large pouvoir discrétionnaire de renoncer à infliger une amende en remplacement de la confiscation dans le cas où la confiscation proprement dite des biens peut ne pas être possible. La juge Deschamps a aussi rejeté l'interprétation voulant que le mot « peut » doive être interprété comme ayant le sens de « doit », reconnaissant, toutefois, que « le tribunal pourrait être en présence de circonstances où la poursuite des objectifs de ces dispositions ne requiert pas l'infliction d'une amende » (par. 28). À titre d'exemple, elle a mentionné le cas où « le contrevenant n'a pas bénéficié du crime » et où le crime était « un crime isolé commis par un contrevenant agissant seul » (par. 28). « Dans ce cas, » a-t-elle ajouté, « aucun des objectifs ne serait servi ou contrecarré par le refus d'infliger une amende de remplacement. » Rappelons que les objectifs consistent à priver le délinquant des produits de son crime et à dissuader tout autre délinquant ou complice.

[33] Dans l'arrêt *Robichaud c. R.*, 2011 NBCA 112, 381 R.N.-B. (2^e) 315, demande de réexamen accueillie, 2011 NBCA 112, 388 R.N.-B. (2^e) 394, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2012] C.S.C.R. n^o 53, le juge d'appel Deschênes a résumé, au nom de la Cour, les principes qui se dégagent de l'arrêt *Lavigne*. Voici comment il a énoncé ces principes :

- (a) Les biens sujets à confiscation aux termes du par. 462.37(1) sont ceux qui constituent des « produits de la

criminalité » (par. 462.3(1) et art. 2 du *Code*). Ces « biens » sont très variés et peuvent être réels ou personnels, corporels ou incorporels. De plus, la confiscation peut porter sur le bien original ou sur un bien acquis en échange ou par conversion du premier et il suffit que ce bien ait été obtenu « en rapport avec » l'infraction désignée. Le lien direct n'est pas nécessaire. (par. 13).

(b) Le tribunal qui détermine la peine à infliger à une personne coupable d'une infraction concernant les produits de la criminalité, sur demande du procureur général, **doit** ordonner la confiscation des biens obtenus en rapport avec cette infraction. Le pouvoir discrétionnaire n'existe pas à cette étape (par. 14-15). Bref, dès que la poursuite réussit à établir les conditions préalables mentionnées ci-haut par une prépondérance des probabilités, l'ordonnance de confiscation est obligatoire.

(c) Il arrive parfois que la confiscation des produits de la criminalité n'est pas praticable parce que les biens ont été utilisés, transférés, transformés ou sont tout simplement introuvables. Le par. 462.37(3) prévoit que le tribunal **peut** infliger une amende en remplacement des produits de la criminalité (par. 18).

[En gras dans l'original.]

(d) Bien que le par. 462.37(3) prévoit que l'amende en remplacement de la confiscation est un pouvoir discrétionnaire, une analyse contextuelle et le texte du paragraphe lui-même indiquent que la discrétion est tout de même très limitée. Ce pouvoir discrétionnaire concerne la décision d'infliger ou non une amende ainsi que la détermination de la valeur du bien. Quant à la décision d'infliger l'amende, celle-ci doit toujours être conforme à l'esprit de l'ensemble des dispositions sur les produits de la criminalité (par. 28). Quoiqu'il en soit, le tribunal ne doit pas tenir compte de la capacité de payer du prévenu lorsqu'il doit décider s'il infligera une amende en remplacement de la confiscation. Le montant de l'amende doit être équivalent à la valeur des produits de la criminalité (par. 34-35-37). Dès que la décision d'infliger l'amende en remplacement de la confiscation s'impose et que la valeur des produits de la criminalité est établie, la discrétion n'existe que par rapport aux peines d'emprisonnement en lien avec le montant de l'amende et au délai accordé pour payer l'amende (par. 52).

(e) La peine infligée pour une infraction visée par la partie XII.2 comporte deux volets : la sanction liée à la commission de l'infraction désignée (par. 462.3(1)) et la confiscation des produits de la criminalité (par. 462.37(1)). L'amende en remplacement de la confiscation est perçue comme un volet autonome de la peine et n'est pas considérée comme la punition prévue spécifiquement pour l'infraction désignée. L'amende ou l'emprisonnement infligé comme peine principale sanctionne la commission de l'infraction désignée, tandis que la confiscation ou l'amende infligée en remplacement de la confiscation prive le contrevenant des produits de son crime et dissuade les contrevenants et complices potentiels (par. 10). [Par. 16]
[Je souligne.]

[34] À mon avis, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas où le juge aurait pu à bon droit exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas infliger une amende. Comme l'a fait remarquer le juge d'appel Deschênes dans l'affaire *Robichaud*, l'arrêt *Lavigne* établit comme principe que ce pouvoir discrétionnaire est très limité et que la décision de l'exercer « doit toujours être conforme à l'esprit de l'ensemble des dispositions sur les produits de la criminalité » (par. 16). Rappelons-le encore, les objectifs que doivent permettre d'atteindre, en l'espèce, les dispositions législatives sont ceux de priver M. Dow des produits de son crime et de dissuader M. Dow et l'organisation criminelle de commettre d'autres crimes à l'avenir.

[35] Quoique, dans l'arrêt *Lavigne*, la Cour suprême ait admis l'existence possible de certaines circonstances où l'infliction d'une amende ne sera pas nécessaire pour réaliser les objectifs de la partie XII.2, tel n'est pas le cas en l'espèce. L'exemple fourni dans *Lavigne* est celui d'un délinquant qui n'avait pas bénéficié de son crime dans une situation où un crime isolé avait été commis par un délinquant agissant seul. Il n'en est pas ainsi dans la présente affaire. M. Dow a bel et bien profité de son crime, ou à tout le moins, il avait l'intention d'en profiter. Il agissait de concert avec M. Gallant et, de toute évidence, avec d'autres qui fournissaient les drogues. L'avantage pour M. Dow était de resserrer ses liens avec M. Gallant, avec qui il était impliqué dans la vente illégale lucrative de produits du tabac. Certes, il peut être impossible de quantifier cet avantage,

mais il constitue néanmoins un avantage qu'on ne saurait qualifier de bénéfice minime. Qui plus est, la participation de M. Dow ne constituait pas un crime isolé commis par un délinquant agissant seul. Quoique le rôle qu'il a joué ait pu être moins important que celui assumé par M. Gallant, il s'agissait tout de même d'un rôle clé dans le processus qui a abouti aux quatre transactions criminelles négociées avec l'agent de la police.

[36] Dans l'affaire *R. c. A.S.*, 2010 ONCA 441, [2010] O.J. No. 2532 (QL), le délinquant, un trafiquant de drogues, se trouvait dans une situation quelque peu semblable à celle de M. Dow. Il soutenait que la juge qui avait prononcé la sentence avait le pouvoir discrétionnaire de ne pas infliger une amende en remplacement de la confiscation puisqu'il n'avait plus l'argent qui lui avait été remis par le policier banalisé pour acheter les drogues. Il avait fait valoir, devant la Cour d'appel, que celle-ci [TRADUCTION] « devrait conclure que l'argent est allé au fournisseur qui occupait un rang supérieur dans la hiérarchie et que le délinquant l'a utilisé pour satisfaire son propre état de dépendance » et qu'elle [TRADUCTION] « ne saurait dire qu'il a bénéficié de la majeure partie des fonds qui lui ont été remis » (par. 9). La Cour a rejeté cet argument en se fondant sur l'arrêt *Lavigne* et sur le besoin de restreindre le pouvoir discrétionnaire de ne pas infliger une amende en remplacement de la confiscation aux situations qui ne vont pas à l'encontre de l'esprit de l'ensemble des dispositions en matière de produits de la criminalité. Voici ce qu'a dit la Cour :

[TRADUCTION]

Eu égard à l'arrêt *Lavigne*, nous sommes convaincus que la juge qui a prononcé la sentence a commis une erreur en omettant d'infliger une amende en remplacement de la confiscation. L'intimé avait reçu en narcodollars la somme de 37 100 \$. Il n'avait pas agi seul et les actes qu'il avait commis s'étaient étendus sur une très longue période. En ce qui concerne l'objectif des dispositions, la réception de l'argent était un « bénéfice ». Ce que l'intimé a par la suite décidé de faire de l'argent (par ex., payer son fournisseur, acheter des drogues, etc.) n'est pas une question sur laquelle devait se pencher la juge qui a prononcé la sentence, comme l'illustre la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Lavigne*. [Par. 14]

[37] Je partage cet avis. M. Dow a reçu en narcodollars la somme de 53 000 \$. Il n'a pas agi seul et les actes qu'il a commis se sont échelonnés sur une période de plus de six semaines. Il a bénéficié directement de ces transactions, en ce sens qu'il a reçu de l'argent en contrepartie des drogues, et même s'il se peut bien qu'il n'ait pas conservé cet argent pour lui-même, ce facteur est sans importance, d'autant plus qu'il a aussi reçu un avantage intangible, savoir le resserrement de ses liens avec M. Gallant dans la vente illégale de produits du tabac. Dans les circonstances, nul ne saurait dire que le refus d'infliger une amende en remplacement de la confiscation n'irait pas à l'encontre de l'esprit des dispositions en matière de produits de la criminalité. Un des objectifs à atteindre est de priver M. Dow des produits de son crime. Même si l'avantage qu'il en tire directement est intangible, il est tout de même justifié de lui infliger une amende correspondant aux produits qu'il a reçus puis versés à M. Gallant. L'autre objectif visé est de dissuader M. Dow et d'autres membres de l'organisation criminelle de commettre des crimes à l'avenir. Les intermédiaires et les passeurs de drogues, même s'ils sont peut-être au rang inférieur de la hiérarchie du trafic de drogue, jouent néanmoins un rôle clé dans cette activité illégale. Le besoin de dissuasion s'applique aussi dans leur cas. Par surcroît, il faut démontrer aux organisations criminelles que personne, même pas ceux qui se trouvent au bas de la hiérarchie, ne pourra profiter des crimes qu'elles commettent. Au bout du compte, il faut démontrer que le crime ne paie pas.

V. Dispositif

[38] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais les deux demandes d'autorisation d'interjeter appel, mais je rejetterais les deux appels ainsi que l'appel reconventionnel formé par le procureur général.