

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

53-17-CA

TREVOR MOULTON

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Moulton v. R., 2018 NBCA 19

CORAM:

The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice French

Appeal from decisions of the Provincial Court:  
February 2, 2017 (conviction)  
May 5, 2017 (sentence)

History of case:

Decisions under appeal:  
Unreported

Appeal heard:  
November 30, 2017

Judgment rendered:  
April 19, 2018

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

Concurred by:  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice French

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Thomas J. Burke, Q.C. and Emily Cochrane

TREVOR MOULTON

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Moulton c. R., 2018 NBCA 19

CORAM :

l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge French

Appel de décisions de la Cour provinciale :  
le 2 février 2017 (déclaration de culpabilité)  
le 5 mai 2017 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Appel entendu :  
le 30 novembre 2017

Jugement rendu :  
le 19 avril 2018

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge French

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Thomas J. Burke, c.r., et Emily Cochrane

For the respondents:  
Kathryn Gregory, Q.C.

Pour l'intimée :  
Kathryn Gregory, c.r.

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed. Leave to appeal the sentence is granted and that appeal is allowed. The sentence is varied by vacating the restitution orders. In all other respects, the sentence is unaltered. The order releasing Mr. Moulton from custody pending the disposition of his appeal is set aside and Mr. Moulton is ordered to immediately surrender himself to the appropriate correctional authorities.

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté. L'autorisation d'interjeter appel de la peine est accordée et cet appel est accueilli. La peine est modifiée dans la mesure où les ordonnances de dédommagement sont supprimées. À tous les autres égards, la peine demeure inchangée. L'ordonnance prescrivant la mise en liberté de M. Moulton en attendant le règlement de son appel est annulée et il est ordonné à M. Moulton de se livrer immédiatement aux autorités correctionnelles compétentes.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] Trevor Moulton was convicted of three counts of intentionally or recklessly causing damage by fire to camps in the Serpentine Lake area of New Brunswick (s. 434 of the *Criminal Code*), and one count of causing damage by fire to a camp with intent to defraud an insurance company (s. 435(1)).

[2] Mr. Moulton appeals his conviction on grounds that raise questions of law. He also alleges the trial judge failed to provide sufficient reasons to justify a finding of guilt under s. 435(1). In addition, Mr. Moulton seeks leave to appeal his sentence of concurrent terms of imprisonment for three years together with restitution orders in the amounts of \$37,730.50 and \$108,782.50.

[3] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal against conviction, but I would grant leave for Mr. Moulton to appeal the sentence and would allow that appeal. I would vary the sentence by vacating the restitution orders. In deciding whether restitution should be ordered, a sentencing judge must consider various factors and weigh the impact of restitution on the other components of the sentence and on the objectives the sentence seeks to achieve. None of this was done in the present case.

II. Factual background

[4] Trevor Moulton owned a camp near Serpentine Lake, New Brunswick. It was at one time used as a marijuana grow operation. Because of a pending divorce, Mr. Moulton asked an individual named Scott Root to take over the camp's deed and mortgage, in name only, for a limited period of time. Mr. Moulton made the mortgage and insurance payments on the camp but the deed and mortgage were in Mr. Root's

name. At some point, Mr. Moulton advised Mr. Root he would not be able to take back the property as previously planned. This was unsatisfactory for Mr. Root. As a result, Mr. Moulton verbalized other options: (1) to have a third party take title to the property; and (2) to burn the camp. Mr. Root opposed this last option. On July 24, 2009, not long after the options had been contemplated, three camps were burned to the ground. One of these was Mr. Moulton's camp, while the other two were neighbouring camps. The insurance payout for Mr. Moulton's camp was \$108,782.41, more than enough to satisfy the mortgage. One of the other camps was also insured, resulting in a payout of \$37,730.50. The third camp was uninsured.

[5] From the outset, the cause of the fires was believed to be arson; however, the case went unsolved until 2012 when a witness came forward with new information. Lindsay Sloat, who lived with Mr. Moulton from 2009 until their separation some time in 2012, provided information to the police prompting further investigation and ultimately resulting in the four charges against Mr. Moulton.

[6] Mr. Moulton was tried before a judge of the Provincial Court. The trial judge accepted the testimony of Lindsay Sloat, which she summarized as follows:

[...] she testified that on the night prior to the fire Mr. Moulton told her that he needed to go to the camp. That was around 1:00 in the morning. They drove from McGivney for about three hours and arrived at what Ms. Sloat referred to as the camp. Mr. Moulton's camp. She said Mr. Moulton parked the car in which she remained for some time, following which she exited the vehicle. She went into a building that she had not seen before and observed Mr. Moulton pouring a liquid out of a red gas can onto bunk beds. She said he told her it was diesel and that it would burn slowly and that she should get back into the car. She saw a barbecue lighter and another lighter in this building. Subsequently Mr. Moulton and she drove home to McGivney during which Mr. Moulton told her that she should not say anything, that it was her car, she was as guilty as he, and that he would take her down with him. The next morning they were advised that Mr. Moulton's camp along with two others had burnt during the night.

There – Ms. Sloat also related conversations with Mr. Moulton wherein he discussed that it was better to burn three camps instead of just his own, that he was in financial trouble and he was being pressured to remove Scott Root from the title to the camp.

[7] On February 2, 2017, Mr. Moulton was convicted of all counts. Just over a month later, he was sentenced to concurrent terms of imprisonment for three years. In addition, the judge ordered Mr. Moulton to pay restitution in amounts equal to the two insurance payouts. She also issued certain ancillary orders.

### III. Issues on appeal

[8] Mr. Moulton appeals his conviction and seeks leave to appeal the sentence. Regarding the conviction appeal, Mr. Moulton argued three specific grounds: (1) the judge misapplied the principles governing the use of circumstantial evidence; (2) the judge erred in not properly applying the *actus reus* and *mens rea* elements of the offence under s. 435(1); and (3) the judge failed to provide sufficient reasons for her verdict on the charge under s. 435(1). With regard to the sentence, Mr. Moulton submits the judge erred in ordering restitution.

### IV. Analysis

#### A. *The conviction appeal*

[9] The grounds of appeal against the conviction will be considered under a single heading. Simply stated, once the trial judge found the testimonies of Lindsay Sloat and of Scott Root credible, guilt was the only reasonable inference to be drawn. While Mr. Moulton now complains the evidence of these witnesses should not have been accepted, there are no discernable palpable and overriding errors in the trial judge's assessment of credibility that would justify appellate intervention. As we have said time and again, it is not this Court's role to retry the case.

[10] While it is true no one actually saw Mr. Moulton “strike the match” so to speak, he is the one who said he might burn his camp in order to extricate himself from the situation of Mr. Root no longer wanting to hold title and be the mortgagor; he is the one who drove (in the company of Ms. Sloat) to the site of the camps; he is the one who was seen pouring fuel in one of the camps; and he is the one who admitted to Ms. Sloat to having set the fires. The evidence was overwhelming. It led to one conclusion: Mr. Moulton set the fires that burned the three camps.

[11] My review of the trial judge’s decision as a whole does not reveal any reversible errors of law nor any palpable and overriding errors of fact or of mixed law and fact. Contrary to Mr. Moulton’s contention, the trial judge correctly stated the law regarding circumstantial evidence, referring to *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, and, in my view, she properly applied it.

[12] Mr. Moulton also submits the trial judge did not properly analyze the *actus reus* and *mens rea* of the offence under s. 435(1). This argument is devoid of any merit. The evidence overwhelmingly demonstrated Mr. Moulton had set fire to intentionally destroy his camp (the one that was in Mr. Root’s name) so as to obtain insurance proceeds as a first step to rid Mr. Root of the ownership of the camp. In these circumstances, there was no need for the trial judge to undertake a detailed analysis of the elements to be proven in order to convict Mr. Moulton of arson with intent to defraud (s. 435(1)).

[13] Mr. Moulton also complains the trial judge failed to provide sufficient reasons for her decision regarding the count under s. 435(1). Again, conviction under that count was inescapable once it was accepted Mr. Moulton set the fire in order to destroy the property and collect the insurance monies. There is nothing insufficient in the reasons of the trial judge when her decision is considered in the context of the record as a whole and the live issues argued at trial.

[14] In sum, the case against Mr. Moulton was overwhelming. The decision is not the product of any error of law. The facts and the inferences to be drawn from them establish Mr. Moulton's guilt beyond doubt.

B. *The sentence appeal*

[15] Any appeal against sentence must begin with an acknowledgment of the great deference appellate courts are to afford sentencing judges. The Supreme Court of Canada has repeatedly stated this principle and time and again appellate courts have applied it. In New Brunswick, a comprehensive reiteration of the standard of review in sentencing cases is found in *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88. Briefly stated, "a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable [...]"; however, where "the sentence at issue is the result of reversible error, the court of appeal bears the burden of prescribing the punishment that it considers fit in the circumstances" (para. 25, per Drapeau C.J.N.B. for the Court).

[16] At the sentencing hearing, Crown counsel did not initially seek a restitution order. Crown counsel urged the sentencing judge to impose a sentence in the range of four to six years. If there was in fact a request for a restitution order (the transcript is ambiguous on this point), it was made at the judge's prompting. As for counsel for Mr. Moulton, she urged the trial judge to consider a sentence of incarceration in the range of 28 to 30 months. She argued there was a strong potential for rehabilitation, emphasizing that Mr. Moulton is a relatively young man with three children, two of whom are very young. Mr. Moulton's counsel argued restitution should not be ordered. According to her, adding restitution to a sentence of imprisonment that is by itself fit punishment violates the totality principle.

[17] The judge's reasons for sentence began with a review of the facts surrounding the commission of the offences, salient portions of which are as follows:

- a) Mr. Moulton set fire to three camps, one of which was his own;
- b) His intent in setting the fires was to collect the insurance proceeds so he could resolve a thorny situation. The two neighbouring camps were set on fire in order to divert the suspicion that might have otherwise befallen him if only his own camp had been destroyed;
- c) His actions were planned and deliberate;
- d) The camps were located in a remote area of the province away from local fire departments;
- e) The resulting property damage was significant;
- f) The owners of the property suffered not only a financial loss but also loss of enjoyment of their respective camps;
- g) One of the neighbouring camps was uninsured. The destruction of the other resulted in a payout of \$37,730.50. As for Mr. Moulton's camp, the insurance payout was \$108,782.41.

[18] The sentencing judge reviewed the applicable principles, beginning with the principle that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. She pointed out: the offences were very serious and Mr. Moulton was the principal actor. Next, the judge reviewed the purposes of sentencing and stated: "The paramount factors for the court to consider in this particular instance are deterrence and denunciation," adding that "the court can never lose sight of the principle of rehabilitation[...]."

[19] Noting the maximum punishment provided in the *Criminal Code* for arson is imprisonment for 14 years, the sentencing judge nevertheless recognized that not all situations are alike. She quoted from *R. v. K.H.* (1994), 146 N.B.R. (2d) 372, [1994] N.B.J. No. 196 (C.A.) (QL), per Hoyt C.J.N.B.:



[...] For sentencing purposes, arsonists are sometimes divided into four types: pyromaniacs or persons who are mentally disturbed, those who burn for no special reason or a grudge, vandals and those who burn for financial gain. K.H. and his two companions fall into the latter category, which is generally considered to be the most blameworthy type of arson, thus attracting the most severe punishment, although there are ranges within each category. [para. 6]

[20] The sentencing judge then referenced Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 3<sup>rd</sup> ed. (Toronto: Butterworths, 1987), which also acknowledges the advantage of grouping types of arsons according to the motive or the origin of the impulse to set the fire. The judge repeated that, in this case, “Mr. Moulton burnt his camp with a view to solving the problem with the named owner and title owner of the camp,” and that, although Mr. Moulton did not personally receive money from the insurance proceeds, the motive was financial gain.

[21] The judge considered a pre-sentence report, which she described as “overall positive.” The following facts were considered noteworthy:

- a) Mr. Moulton is 44 years old;
- b) He is the father of three children, aged 26, 6 and 5;
- c) He does not abuse substances;
- d) He is self-employed;
- e) He has strong family support;
- f) He is not a first offender, having previous criminal convictions for: production of a controlled substance in 2003; assault in 2012; and possession of a weapon while prohibited from doing so in 2013. (I note that in each of these instances, Mr. Moulton pled guilty and for none was he incarcerated.)

[22] Turning to other sentencing decisions in arson matters, the sentencing judge observed: “each individual case is unique.” The cases to which the judge referred revealed a wide array of sentences of incarceration in arson matters, ranging from 12

months to five years. In the final analysis, the judge settled on concurrent terms of imprisonment of three years for each of the four counts. The judge then stated as follows:

[...] although the restitution orders are discretionary they do form part of the sentence or part of the punishment and after considering the matter I am satisfied that stand alone restitution orders are appropriate here and they are ordered as follows: to the Co-operators in the amount of \$37,730.50; and with regard to the State Farm Fire and Casualty Company \$108,782.41.

[23] The restitution orders in favour of the two insurance companies were made pursuant to s. 738 of the *Criminal Code*. They form part of the sentence as that term is defined in s. 673 and thus may only be appealed with leave.

[24] Mr. Moulton seeks leave to appeal the sentence. He does not challenge the concurrent terms of imprisonment. His sole argument is that adding restitution orders to the terms of imprisonment results in a sentence that is unduly harsh. He acknowledges that, if the restitution orders are set aside, he runs the risk of being subjected to longer terms of incarceration.

[25] The cumulative effect of a lengthy term of incarceration and a significant restitution order was the subject of discussion in this Court over two decades ago. In *R. v. Bowes (J.M.)* (1994), 155 N.B.R. (2d) 321, [1994] N.B.J. No. 472 (C.A.) (QL), the Court considered a case involving a former lawyer who had stolen \$885,012.58 from his trust account. His guilty plea to 11 counts of theft resulted in a sentence of imprisonment for five and one-half years together with compensation orders for the full amount. The former lawyer sought and obtained leave to appeal the sentence. He successfully argued the compensation orders added substantially to the total punishment and rendered unfit what might have otherwise been a fit sentence. In the course of allowing the appeal and reducing imprisonment by one year, the Court stated as follows:

The Compensation Orders have given us concern. Although formally requested by the Crown, the request was only made after prompting from the judge. They were not

requested by the Crown during its submission on sentence and were made almost “pro forma”. Although Mr. Bowes’ means to satisfy such Orders is not determinative, there was, apart from his counsel saying that they could never be satisfied, no inquiry into his ability to pay. It goes without saying that it is most unlikely that he will be able to satisfy the Orders, which are punitive and will remain outstanding until paid. When the Orders are filed with the Court of Queen’s Bench, they become enforceable as civil judgments. Since the Orders relate to claims of fraud committed by Mr. Bowes while acting in a fiduciary capacity, they would survive bankruptcy. See **R. v. Fitzgibbon (C.D.)**, [1990] 1 S.C.R. 1005; 107 N.R. 281; 40 O.A.C. 81. Before us, Mr. Bowes’ counsel described the Orders as “imprisoning Mr. Bowes financially for life”. Compensation Orders, as pointed out by the British Columbia Court of Appeal in **R. v. Hoyt (L.K.)** (1992), 19 B.C.A.C. 231; 34 W.A.C. 231; 17 C.R. (4th) 338 (C.A.), form part of a person’s punishment and, accordingly, must be taken into account when considering the fitness of the sentence. [para. 6]

[26] In *Bowes*, the appellant was seeking a reduction in the total time he was to be imprisoned. He successfully argued the cumulative effect of the imprisonment and the compensation order rendered the sentence unduly harsh. In the present case, Mr. Moulton makes a similar argument but, instead of seeking a reduction in the time he will be imprisoned, he seeks the elimination of the restitution orders.

[27] Restitution and compensation orders have long been part of the array of measures available to judges when they undertake the difficult task of sentencing. As Laskin C.J.C. observed in *The Queen v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, [1978] S.C.J. No. 48 (QL), there have been provisions for these in one form or another ever since the enactment of the *Criminal Code* in 1892. In *Zelensky*, the Chief Justice explained such provisions “reflect a scheme of criminal law administration under which property, taken or destroyed or damaged in the commission of a crime, is brought into account following the disposition of culpability, and may be [the subject of] an order for compensation, where the property has been destroyed or damaged” (p. 949).

[28] In *Zelensky*, a majority of the Supreme Court recognized the constitutional validity of a sentencing regime in which compensation or restitution orders were available; however, on the facts of that case, they held the order should have been refused. Noteworthy is the following statement of the Chief Justice:

[...] The Court's power to make a concurrent order for compensation as part of the sentencing process is discretionary. I am of the view that in exercising that discretion the Court should have regard to whether the aggrieved person is invoking s. 653 to emphasize the sanctions against the offender as well as to benefit himself. A relevant consideration would be whether civil proceedings have been taken and, if so, whether they are being pursued. There are other factors that enter into the exercise of the discretion, such as the means of the offender, and whether the criminal court will be involved in a long process of assessment of the loss, although I do not read s. 653 as requiring exact measurement. A plea of guilty will, obviously, make the Court's task easier where it is asked to make an order of compensation, but there is no reason why an attempt to secure agreement on the amount of loss should not be made where the conviction follows a plea of not guilty. It is probable, of course, that the likelihood of an appeal will militate against agreement but I would add that I do not regard it as a function of the criminal court to force agreement to enable it to make an order for compensation. What all of this comes to is that I agree with Matas J.A. that, constitutionality apart, an order for compensation should only be made with restraint and with caution. [p. 961]

[Emphasis added.]

[29] The comments of the Supreme Court in *Zelensky* were considered in *R. v. Fitzgibbon*, [1990] 1 S.C.R. 1005, [1990] S.C.J. No. 45 (QL), in which Cory J. expanded as follows:

Sentencing is always a difficult process, requiring a careful balancing of many factors. The courts must strive to make every sentence imposed fit and proper not only for the crime, but also for the convicted person and the community.

In appropriate cases, compensation orders provide an extremely useful and effective tool in the sentencing procedure. The order can provide flexibility and sensitivity to the ever difficult task of sentencing. It can be an effective means of rehabilitating the accused because this order quickly makes him directly responsible for making restitution to the victim. Indeed it will often be counsel for the accused who will suggest that a compensation order be made. The order also benefits the victim by providing a speedy and inexpensive manner of recovering the debt. It requires no more of the victim than a request for the order. Society as a whole benefits from the order since its imposition may reduce the term of imprisonment and provides for the reintegration of the convicted person as a useful and responsible member of the community at the earliest possible date. The practical efficacy and immediacy of the order will help to preserve the confidence of the community in the legal system. [pp. 1012-1013]

[30] A number of decisions took note of the warning in *Zelensky* that an order for compensation or restitution should be made with restraint and caution. However, in *R. v. Castro*, 2010 ONCA 718, [2010] O.J. No. 4573 (QL), Weiler J.A. observed this particular comment from *Zelensky* was often taken out of context. She offered the following explanation, with which I agree:

The comment that a restitution order should be made with restraint and caution is sometimes taken out of context as a free-standing brake on the making of a compensation order. The comment by Laskin C.J.C. in *Zelensky* regarding restraint and caution was made in the context of a broader statement that the purpose of a compensation order should not be to enforce a civil obligation, particularly where the amount taken is unclear; rather, the purpose of a compensation order is as part of the sentence: see *Zelensky*, at pp. 961-62 S.C.R. The fact that a restitution order provides a convenient, rapid and inexpensive means of recovery for the victim, especially a vulnerable victim, is one of the considerations in favour of the making of such an order. [para. 43]

[31] In any event, recent legislative changes make inapplicable any restraint and caution courts may have believed they needed to exercise when considering a restitution order. Since 2015, there has been a clear legislative message requiring courts to consider restitution orders during sentencing process. That year, Parliament adopted the *Victims Bill of Rights Act*, S.C. 2015, c. 13, which added a number of provisions to the *Criminal Code*. Among these is s. 737.1, which: (1) requires a sentencing judge to “consider making a restitution order” in addition to any other measure imposed on the offender; (2) obliges the judge to make enquiries to determine if steps have been taken to provide victims with an opportunity to seek restitution; and (3) requires the judge to give reasons if restitution is sought but not ordered. The 2015 amendments also added s. 739.1, which states that an “offender’s financial means or ability to pay does not prevent the court from making an order” of restitution, and s. 739.2, which provides that, in making a restitution order, “the court shall require the offender to pay the full amount specified in the order by the day specified in the order, unless the court is of the opinion that the amount should be paid in instalments, in which case the court shall set out a periodic payment scheme in the order.”

[32] Because the offences in the present case were committed in 2009, none of the 2015 amendments applied when Mr. Moulton was sentenced. A transitional provision set out in s. 44 of the *Victims Bill of Rights Act* makes the amendments applicable “only in respect of conduct engaged in on after the day on which” the new provisions came into force. Thus, the present case stands to be determined on the principles that governed the making of restitution orders before the 2015 reform.

[33] The objectives and principles identified in *Zelensky* were considered in a number of cases. In these cases, several factors were considered relevant in determining whether a restitution or compensation order should feature as part of a sentence. I note in particular *R. v. Devgan*, [1999] O.J. No. 1825 (C.A.) (QL), at para. 26, and *R. v. Siemens*, [1999] M.J. No. 285 (C.A.) (QL). In this latter case, Huband J.A. provided a useful list of relevant factors. Borrowing quite liberally from Huband J.A.’s words (paras. 8 to 10), I note the following:

- Restitution orders are part of the punishment, so where punishment is exacted in the form of a restitution order, there should be a corresponding reduction in other forms of punishment. In other words, the restitution order must be considered as a factor in the totality of the punishment imposed;
- The means of the offender are to be considered as an important factor in determining whether restitution should be ordered, but it is not a controlling factor in every case;
- In some cases, it would be inappropriate and undesirable to make a restitution order in an amount that it is unrealistic to think the accused could ever discharge;
- The impact of a restitution order upon the chances of rehabilitation of the accused, either pro or con, is a factor to be considered;
- The shorter the sentence, the more likely it will be that a restitution order will be appropriate. Where the amount is manageable, there is every reason to impose an order of restitution when a sentence either does not involve imprisonment or is so short that it does not affect the offender's employment or the sentence can be served conditionally. Conversely, as a sentence of incarceration becomes longer, the futility of an order of restitution will become increasingly apparent;
- An order of restitution need not be for the full amount of the loss;
- Difficulties in determining the amount of the victim's loss, or where there are multiple victims with varying claims to what may be a limited pool of funds for restitution, will militate against a restitution order since it would be unwise for a criminal court to become involved in the determination of damages;
- Where there is a plea bargain, and restitution is not part of it, the court should be slow to make an order of restitution unless it is for a very modest sum;

- Even in a case where the discretion of the sentencing judge is not constrained by a joint recommendation, an order of restitution must not be made as a mechanical afterthought to a sentence of incarceration; and
- The fact there were multiple participants in the crimes is a factor which militates against a restitution order enforceable against one accused, but not against the others.

[34] The only decision of our Court in which the restitution principles derived from *Zelenzky* have been considered is *R. v. Ford*, 2013 NBCA 63, 412 N.B.R. (2d) 196. In that case, Bell J.A. recognized that an offender's ability to pay must be considered when deciding whether or not a restitution should form part of the sentence. The case also reminds us that s. 738, pursuant to which a restitution order may be made, must be considered in light of s. 718(e), which provides that one of the objectives of sentencing is to provide reparation for harm done to victims.

[35] The determination of Mr. Moulton's sentence appeal would normally follow a two-step process. First, we should determine if, in ordering restitution, the sentencing judge failed to give consideration to one or more of the relevant factors. If so, appellate intervention would be justified so long as the failure was shown to have impacted the sentence. Second, if we were to conclude all relevant factors had been considered, the totality of the sentence would still need to be assessed to determine whether the combination of imprisonment and restitution resulted in one that was unfit. In the present case, I do not find it necessary to proceed with the second step in the analysis because I conclude the judge did not consider relevant factors and, had she done so, the result would have been different.

[36] In the present case, there is no doubt the sentencing judge considered the general principles of sentencing and crafted a sentence designed to denounce the serious crimes Mr. Moulton had committed and to deter him and others from this type of conduct. The judge was also mindful of rehabilitation as one of the objectives to be achieved, but she does not explain how the sentence she crafted would have such an



effect on Mr. Moulton. The judge's sentencing reasons review carceral sentences imposed on offenders in other arson cases from which she extrapolates a range of imprisonment between 12 months and five years. The judge's review ends with the acknowledgment none of the cases reviewed was exactly on point. Nevertheless, having established this range and considering the governing principles, the judge settled on concurrent terms of imprisonment for three years for each offence.

[37] It is only after having settled on terms of incarceration that the judge turned to the matter of restitution. She states:

Additionally, although the restitution orders are discretionary they do form part of the sentence or part of the punishment and after considering the matter I am satisfied that stand alone restitution orders are appropriate here and they are ordered as follows: to the Co-operators in the amount of \$37,730.50; and with regards to the State Farm Fire and Casualty Company \$108,782.41.

[38] Assessed through the filter of the principles that govern the making of a restitution order, the following observations are apposite:

- a) While the sentencing judge acknowledged the restitution orders were part of the punishment, there does not appear to be any corresponding reduction in the terms of imprisonment;
- b) The sentencing judge did not take into account Mr. Moulton's obvious inability to pay the restitution orders. The pre-sentence report did not paint the picture of Mr. Moulton as having the means or prospects of being able to satisfy any restitution order;
- c) The judge did not consider whether it might be unrealistic to think Mr. Moulton could ever discharge these orders;
- d) The judge did not consider the impact of these orders upon Mr. Moulton's chances of rehabilitation;

- e) The judge did not consider the principle that as a sentence of incarceration becomes longer, the futility of an order of restitution becomes increasingly apparent; and
- f) The judge did not consider whether restitution might be better ordered for something other than the full loss (as an aside, I also note the sentencing judge did not direct any effort be undertaken to determine the value of the camp that was not insured).

[39] In my respectful view, the restitution orders in this case were made without proper consideration of the guiding principles. As revealed above, several of the critical factors were not addressed. It simply cannot be said consideration of these factors would not have made a difference.

[40] The trial judge was right to emphasize the principles of denunciation and deterrence, and she was also correct in acknowledging rehabilitation as an important consideration. These offences had taken place in 2009. Since then, Mr. Moulton had become the father of two young children. He is also the father of an older child from a previous marriage. At the time of sentencing, he was 44 years old and did not have much of a work history, having been self-employed most of his life. Between the date he set fire to the camps and when he was sentenced, his record shows only one criminal offence: a common assault for which he was ordered to pay a \$300 fine and placed on probation for a year. In that same period, he also pled guilty to a firearms offence but this was for conduct that predated the burning of the camps.

[41] In my respectful view, when all relevant factors are considered, restitution orders are not indicated in this case. Imposing on Mr. Moulton restitution orders in amounts for which he clearly has neither current ability nor future prospects of paying is akin to financially crippling him for life. This would be most counterproductive to the aim of rehabilitation. This is not a case calling for a short sentence of incarceration combined with a restitution order, where the principal sentencing objective would have been reparation of the harm done to the victims. Rather, this is a case where the dominant

sentencing objectives were denunciation and deterrence, something meant to be achieved by a lengthy period of incarceration. Including as part of the sentence restitution orders that have no reasonable prospect of ever being satisfied, adds nothing to the dominant sentencing objectives at play but very much negatively impacts the other objective sought to be achieved: rehabilitation.

[42]                   Although perhaps not a major consideration, I do note this is a situation where the beneficiaries of the impugned restitution orders have ample means to pursue civil remedies if they believe it worthwhile.

[43]                   Upon finding error of principle that had an impact on the sentence imposed, it now falls on us to determine whether the sentences of incarceration should be varied. In my view, they should not.

[44]                   The sentencing judge approached her decision in distinct two stages. First, she determined appropriate terms of incarceration, and only then did she turn her mind to restitution. Nowhere in the reasons does it show the judge had any regard for the effect one might have on the other. While error is found for the failure to consider the factors that should have informed the decision on the question of restitution, none is apparent in the judge's application of the principles that enabled her to determine proper terms of incarceration. Had the judge reduced the carceral component of the sentence to account for the restitution orders, it would follow that our vacating these orders would justify our increasing the terms of imprisonment. However, the sentencing judge proceeded with discrete analyses and one does not appear to have affected the other. Thus, while I find the judge erred in ordering restitution, that error has no effect on the terms of imprisonment she found to be appropriate in this case. I would therefore give deference to her conclusion in this regard and would not vary the terms of imprisonment.

V. Disposition

[45] For these reasons, I would dismiss the appeal against conviction but would grant leave to appeal the sentence and allow the appeal. I would vary the sentence by removing the orders for restitution, but I would not interfere with either the terms of incarceration or the ancillary orders. Mr. Moulton's release from custody is therefore revoked and he is ordered to immediately surrender to the appropriate correctional authorities.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Trevor Moulton a été déclaré coupable relativement à trois chefs d'accusation d'avoir, intentionnellement ou sans se soucier des conséquences de son acte, causé par le feu un dommage à des camps situés dans la région du lac Serpentine au Nouveau-Brunswick (art. 434 du *Code criminel*) et à un chef d'accusation d'avoir causé par le feu un dommage à un camp avec l'intention de frauder une compagnie d'assurance (par. 435(1)).

[2] M. Moulton interjette appel de sa déclaration de culpabilité et fonde son appel sur des moyens qui soulèvent des questions de droit. Il prétend également que la juge du procès n'a pas fourni de motifs suffisants pour justifier une conclusion de culpabilité en vertu du par. 435(1). De plus, M. Moulton sollicite l'autorisation d'interjeter appel des peines d'emprisonnement concurrentes de trois ans, accompagnées d'ordonnances de dédommagement pour les sommes de 37 730,50 \$ et 108 782,50 \$, qui lui ont été infligées.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité mais d'accorder à M. Moulton l'autorisation d'interjeter appel de la peine et d'accueillir cet appel. Je suis d'avis de modifier la peine en supprimant les ordonnances de dédommagement. Pour décider s'il y a lieu d'ordonner un dédommagement, le juge qui détermine la peine doit prendre différents facteurs en considération et évaluer l'incidence du dédommagement sur les autres éléments constitutifs de la peine ainsi que sur les objectifs que la peine cherche à atteindre. Rien de cela n'a été fait en l'espèce.

## II. Contexte factuel

[4] Trevor Moulton était propriétaire d'un camp sis à proximité du lac Serpentine, au Nouveau-Brunswick. Ce camp avait été utilisé, à une certaine époque, comme installation de culture de la marijuana. En raison de son divorce imminent, M. Moulton a demandé à un dénommé Scott Root de prendre à son compte l'acte de transport du camp et l'hypothèque le grevant, à titre nominal seulement, pour une période limitée. M. Moulton effectuait les versements hypothécaires et acquittait les primes d'assurance relativement au camp mais l'acte de transport et l'hypothèque étaient établis au nom de M. Root. À un certain moment, M. Moulton a informé M. Root qu'il ne serait pas en mesure de reprendre le bien-fonds comme ils l'avaient auparavant prévu. Cela ne convenait pas à M. Root. Il s'en est suivi que M. Moulton a proposé d'autres solutions : (1) demander à un tiers d'acquérir le titre sur le bien; et (2) incendier le camp. M. Root a rejeté cette dernière solution. Le 24 juillet 2009, peu de temps après que les solutions en question ont été envisagées, trois camps ont été réduits en cendres. Un de ces camps était celui de M. Moulton et les deux autres étaient des camps situés à proximité. L'indemnité d'assurance versée au titre du camp de M. Moulton était de 108 782,41 \$, somme plus que suffisante pour acquitter l'hypothèque. Un des autres camps était aussi assuré et l'indemnité versée s'est établie à 37 730,50 \$. Le troisième camp n'était pas assuré.

[5] Dès le début, on a cru que des incendies criminels étaient à l'origine des sinistres; toutefois, l'affaire est restée non résolue jusqu'en 2012, un témoin s'étant alors présenté avec de nouveaux renseignements. Lindsay Sloat, qui a vécu avec M. Moulton de 2009 jusqu'à leur séparation au cours de l'année 2012, a communiqué à la police des renseignements qui ont relancé l'enquête et ont au final donné lieu au dépôt des quatre accusations contre M. Moulton.

[6] M. Moulton a été jugé devant une juge de la Cour provinciale. La juge du procès a souscrit au témoignage de Lindsay Sloat, qu'elle a ainsi résumé :

[TRADUCTION]

[E]lle a témoigné que la veille de l'incendie, M. Moulton lui a dit qu'il devait se rendre au camp. Cela s'est passé aux environs d'une heure du matin. Ils ont quitté McGivney et ont roulé pendant environ trois heures avant d'arriver à ce que M<sup>me</sup> Sloat a appelé le camp. Le camp de M. Moulton. Elle a dit que M. Moulton a garé la voiture, dans laquelle elle est restée pendant un certain temps; après quoi elle est descendue du véhicule. Elle est entrée dans un bâtiment qu'elle n'avait jamais vu auparavant et a vu M. Moulton qui versait le liquide contenu dans un bidon d'essence rouge sur des lits superposés. Elle a dit qu'il lui a dit que c'était du diesel et qu'il brûlerait lentement et a ajouté qu'elle devrait remonter dans la voiture. Elle a vu un allume-barbecue ainsi qu'un briquet dans ce bâtiment. Par la suite, M. Moulton et elle sont rentrés chez eux en voiture à McGivney; pendant le trajet, M. Moulton lui a dit qu'elle ne devait rien dire, qu'il s'agissait de son automobile à elle, qu'elle était aussi coupable que lui et qu'il l'entraînerait dans sa chute. Le lendemain matin, on les a informés que le camp de M. Moulton ainsi que deux autres camps avaient été incendiés pendant la nuit. Il y a – M<sup>me</sup> Sloat a également fait état de conversations avec M. Moulton au cours desquelles il a dit qu'il était préférable d'incendier trois camps plutôt que seulement le sien, qu'il avait des ennuis d'ordre financier et qu'on faisait pression sur lui pour qu'il libère Scott Root du titre sur le camp.

- [7] Le 2 février 2017, M. Moulton a été déclaré coupable sous tous les chefs. Un peu plus d'un mois plus tard, il a été condamné à des peines d'emprisonnement concurrentes de trois ans. De plus, la juge a ordonné à M. Moulton de verser des dédommagements dont les montants étaient égaux aux deux indemnités d'assurance. Elle a également rendu certaines ordonnances accessoires.

III. Questions en litige en appel

- [8] M. Moulton interjette appel de sa déclaration de culpabilité et demande l'autorisation d'interjeter appel de la peine. En ce qui concerne l'appel de la déclaration de culpabilité, M. Moulton a invoqué trois moyens bien précis : (1) la juge a mal appliqué les principes qui régissent l'utilisation de la preuve circonstancielle; (2) la juge a commis

une erreur en n'appliquant pas convenablement les éléments que sont l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction visée au par. 435(1); et (3) la juge n'a pas suffisamment motivé son verdict relativement à l'accusation portée en vertu du par. 435(1). En ce qui concerne la peine, M. Moulton prétend que la juge a commis une erreur en ordonnant le dédommagement.

#### IV. Analyse

##### A. *L'appel de la déclaration de culpabilité*

[9] Les moyens d'appel invoqués à l'encontre de la déclaration de culpabilité seront examinés sous une même rubrique. Pour dire les choses simplement, dès lors que la juge du procès a conclu que les témoignages respectifs de Lindsay Sloat et de Scott Root étaient crédibles, la culpabilité était la seule inférence à tirer. Bien que M. Moulton se plaigne maintenant de ce que les témoignages de ces témoins n'auraient pas dû être acceptés, nous ne discernons, dans la façon dont la juge du procès a apprécié la crédibilité, aucune erreur manifeste ou dominante qui serait susceptible de justifier l'intervention d'une cour d'appel. Comme nous l'avons dit à maintes et maintes reprises, il n'appartient pas à notre Cour de juger l'affaire à nouveau.

[10] Bien qu'il soit vrai que personne n'ait effectivement vu M. Moulton « froter l'allumette » pour ainsi dire, c'est lui qui a dit qu'il incendierait peut-être son camp pour se sortir de la situation dans laquelle il se trouvait, savoir que M. Root ne voulait plus détenir le titre et être le débiteur hypothécaire; c'est lui qui s'est rendu en voiture (en compagnie de M<sup>me</sup> Sloat) jusqu'à l'endroit où se trouvaient les camps; c'est lui qui a été aperçu en train de verser du carburant dans un des camps; et c'est lui qui a avoué à M<sup>me</sup> Sloat avoir allumé les incendies. La preuve était accablante. Elle menait à une seule conclusion : M. Moulton a allumé les incendies qui ont réduit les trois camps en cendres.



[11] Mon examen de la décision de la juge du procès dans son ensemble ne révèle aucune erreur de droit justifiant l'infirmité de sa décision ni aucune erreur de fait ou erreur mixte de droit et de fait qui serait manifeste et dominante. Contrairement à ce que prétend M. Moulton, la juge du procès a correctement énoncé les règles de droit régissant la preuve circonstancielle, se reportant à cet égard à l'arrêt *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, et elle les a, à mon avis, convenablement appliquées.

[12] M. Moulton prétend également que la juge du procès n'a pas convenablement analysé l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction prévue au par. 435(1). Cet argument est dénué de tout fondement. La preuve a démontré de façon accablante que M. Moulton avait mis le feu afin de détruire son camp (le camp qui était au nom de M. Root) de façon intentionnelle dans le but d'obtenir le produit de l'assurance, ce qui constituait une première mesure visant à débarrasser M. Root de la propriété du camp. Dans les circonstances, la juge du procès n'avait pas à effectuer une analyse détaillée des éléments qui devaient être prouvés pour que M. Moulton soit déclaré coupable d'incendie criminel avec intention de frauder (par. 435(1)).

[13] M. Moulton se plaint également de ce que la juge du procès n'aurait pas suffisamment motivé sa décision concernant le chef visé au par. 435(1). Là encore, la déclaration de culpabilité sous ce chef était inévitable dès lors que l'on avait reconnu que M. Moulton avait allumé l'incendie afin de détruire le bien et de percevoir le produit de l'assurance. Les motifs de la juge du procès ne sont en rien insuffisants si l'on examine sa décision à la lumière du dossier dans son ensemble et des questions à trancher qui ont été débattues au procès.

[14] En somme, la preuve retenue contre M. Moulton était accablante. La décision n'est pas le produit d'une erreur de droit. Les faits ainsi que les inférences que l'on peut en tirer établissent la culpabilité de M. Moulton hors de tout doute.

B. *L'appel de la peine*

[15] L'examen de l'appel d'une peine doit commencer par la reconnaissance de la grande déférence dont sont tenues les cours d'appel envers les juges chargés de déterminer la peine. La Cour suprême du Canada a énoncé ce principe à maintes reprises et les cours d'appel l'ont appliqué maintes et maintes fois. Au Nouveau-Brunswick, on trouve une réitération globale de la norme de contrôle applicable en matière de détermination de la peine dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 88. En résumé, « une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable [...] »; toutefois, si « la sentence est le fruit d'une erreur qui justifie de l'infirmier, il incombe à la cour d'appel de prescrire le châtement qu'elle estime juste dans les circonstances » (par. 25, le juge en chef Drapeau, qui rendait jugement au nom de la Cour).

[16] Lors de l'audience de détermination de la peine, l'avocat du ministère public n'a pas initialement sollicité d'ordonnance de dédommagement. L'avocat du ministère public a pressé la juge qui a déterminé la peine d'infliger une peine se situant dans une fourchette de quatre à six ans. Si une demande en vue d'obtenir une ordonnance de dédommagement a effectivement été faite (la transcription est ambiguë à cet égard), elle l'a été sur les instances de la juge. L'avocate de M. Moulton, pour sa part, a pressé la juge du procès d'envisager une peine d'emprisonnement se situant dans une fourchette de vingt-huit à trente mois. Elle a fait valoir qu'il existait une réelle possibilité de réadaptation, en insistant sur le fait que M. Moulton est un homme relativement jeune qui a trois enfants, dont deux sont très jeunes. L'avocate de M. Moulton a fait valoir qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner un dédommagement. Selon elle, le fait d'ajouter un dédommagement à une peine d'emprisonnement qui est en soi un châtement approprié viole le principe de la totalité.

[17] Les motifs sur lesquels la juge a fondé la détermination de la peine ont commencé par un rappel des circonstances dans lesquelles les infractions ont été commises, les faits saillants étant les suivants :

- a) M. Moulton a mis le feu à trois camps, dont l'un était le sien;
- b) Son intention, au moment d'allumer ces incendies, consistait à percevoir le produit de l'assurance afin de pouvoir régler une situation difficile. Il a mis le feu aux deux camps avoisinants afin de détourner les soupçons dont il aurait autrement pu faire l'objet si seulement son camp avait été détruit;
- c) Ses actes ont été commis avec préméditation et de propos délibéré;
- d) Les camps étaient situés dans une région éloignée, dans la province, loin des services d'incendie régionaux;
- e) Les dommages matériels qui en ont résulté étaient considérables;
- f) Les propriétaires des biens en question ont subi non seulement une perte financière mais également la perte de jouissance de leurs camps respectifs;
- g) Un des camps avoisinants n'était pas assuré. La destruction de l'autre camp a donné lieu à une indemnité de 37 730,50 \$. En ce qui concerne le camp de M. Moulton, l'indemnité d'assurance s'est établie à 108 782,41 \$.

[18] La juge qui a déterminé la peine a rappelé les principes applicables, à commencer par celui qui veut que la peine soit proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Elle a souligné que les infractions étaient très graves et que M. Moulton était l'acteur principal. Ensuite, la juge a rappelé les objectifs de la détermination de la peine et a dit ceci : [TRADUCTION] « Les facteurs primordiaux que la Cour doit prendre en considération en l'espèce sont l'effet dissuasif et la dénonciation », ajoutant que [TRADUCTION] « la Cour ne doit jamais perdre de vue le principe de la réadaptation [...] ».

[19] La juge qui a déterminé la peine a souligné que la peine maximale prévue au *Code criminel* pour l'incendie criminel est un emprisonnement de quatorze ans, mais

elle a néanmoins reconnu que les situations ne sont pas toutes les mêmes. Elle a cité un extrait de l'arrêt *R. c. K.H.* (1994), 146 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 372, [1994] A.N.-B. n<sup>o</sup> 196 (C.A.) (QL), le juge Hoyt, juge en chef du Nouveau-Brunswick :

[TRADUCTION]

[...] Aux fins de la détermination de la peine, les incendiaires sont normalement divisés en quatre catégories : les pyromanes ou les personnes qui souffrent de troubles mentaux, celles qui mettent le feu sans raison particulière ou par dépit, les vandales et, enfin, celles qui comptent retirer un avantage pécuniaire de l'incendie. K.H. et ses deux compagnons sont de la dernière catégorie, soit le crime généralement considéré le plus répréhensible et, par conséquent, susceptible de la peine la plus sévère, bien qu'il existe des degrés dans chaque catégorie. [par. 6]

[20] La juge qui a déterminé la peine s'est ensuite reportée à l'ouvrage de Clayton C. Ruby, intitulé *Sentencing*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1987), où l'on reconnaît également l'avantage qu'il y a à regrouper les différents genres d'incendies criminels en fonction du motif ou de l'origine de l'impulsion à mettre le feu. La juge a répété qu'en l'espèce, [TRADUCTION] « M. Moulton a incendié son camp dans le but de régler le problème qu'il avait avec le propriétaire désigné et propriétaire du titre sur le camp » et que bien que M. Moulton n'ait pas personnellement reçu d'argent provenant du produit de l'assurance, le motif était l'espoir de retirer un avantage pécuniaire.

[21] La juge a pris en considération un rapport présentenciel, qu'elle a qualifié de [TRADUCTION] « positif dans l'ensemble ». Les faits suivants ont été considérés comme dignes de mention :

- a) M. Moulton est âgé de 44 ans;
- b) Il est le père de trois enfants âgés de 26, 6 et 5 ans;
- c) Il ne fait pas de consommation abusive d'alcool ou d'autres drogues;
- d) Il est travailleur autonome;
- e) Il bénéficie du solide soutien de sa famille;

- f) Il n'est pas un délinquant primaire puisqu'il a déjà fait l'objet de déclarations de culpabilité pour : production d'une substance désignée en 2003; voies de fait en 2012; et possession d'une arme pendant que cela lui était interdit en 2013. (Je souligne que, dans chacun de ces cas, M. Moulton a plaidé coupable et il n'a jamais été incarcéré pour l'une quelconque de ces infractions.)

[22] La juge chargée de déterminer la peine a évoqué d'autres décisions concernant la détermination de la peine en matière d'incendie criminel et a fait observer que [TRADUCTION] « chaque cas est unique ». Les instances auxquelles la juge s'est reportée révélaient une importante variation dans les peines d'emprisonnement infligées pour incendie criminel, celles-ci allant de douze mois à cinq ans. En dernière analyse, la juge s'est décidée pour des peines d'emprisonnement concurrentes de trois ans pour chacun des quatre chefs. Elle a ensuite dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

[B]ien que les ordonnances de dédommagement soient discrétionnaires, elles font partie de la sentence ou de la peine ou encore du châtement et après avoir examiné la question, je suis convaincue que des ordonnances de dédommagement indépendantes sont indiquées en l'espèce et les dédommagements suivants sont ordonnés : à la compagnie Co-operators la somme de 37 730,50 \$; et s'agissant de la State Farm Fire and Casualty Company, la somme de 108 782,41 \$.

[23] Les ordonnances de dédommagement rendues en faveur des deux compagnies d'assurance l'ont été en vertu de l'art. 738 du *Code criminel*. Elles font partie de la sentence, peine ou condamnation selon la définition qui en est donnée à l'art. 673 et on ne peut donc en interjeter appel que sur autorisation.

[24] M. Moulton demande l'autorisation d'interjeter appel de sa sentence. Il ne conteste pas les peines d'emprisonnement concurrentes. Son seul argument est que l'ajout d'ordonnances de dédommagement aux peines d'emprisonnement donne lieu à une peine qui est excessivement sévère. Il reconnaît que si les ordonnances de dédommagement

sont annulées, il court le risque de se voir infliger des peines d'emprisonnement plus longues.

[25] L'effet cumulatif d'une longue peine d'emprisonnement et d'une ordonnance de dédommagement dont le montant est important a été l'objet d'une discussion devant notre Cour il y a plus de deux décennies. Dans l'arrêt *R. c. Bowes (J.M.)* (1994), 155 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 321, [1994] A.N.-B. n<sup>o</sup> 472 (C.A.) (QL), la Cour a examiné une affaire mettant en cause un ex-avocat qui avait volé 885 012,58 \$ dans son compte en fiducie. Le plaidoyer de culpabilité qu'il avait inscrit relativement à onze chefs d'accusation de vol avait donné lieu à une peine d'emprisonnement de cinq ans et demi ainsi qu'à des ordonnances d'indemnisation, ou de dédommagement, pour le montant intégral des vols. L'ex-avocat a sollicité et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la peine. Il a prétendu, prétention qui a été accueillie, que les ordonnances d'indemnisation ajoutaient un élément considérable à la peine totale et rendaient excessive une peine qui, par ailleurs, aurait pu être appropriée. Au moment où elle a accueilli l'appel et réduit la peine d'emprisonnement d'un an, la Cour a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Nous éprouvons une certaine inquiétude à l'égard des ordonnances d'indemnisation. Bien que la Couronne en ait fait une demande formelle, cette demande n'a été faite qu'après exhortation de la part du juge. La Couronne n'en avait pas fait la demande dans son mémoire relatif à la sentence, et la demande a été faite presque « pro forma ». Même si la capacité de M<sup>e</sup> Bowes de satisfaire à ces ordonnances ne constitue pas un facteur déterminant, il n'y a eu aucune enquête sur sa capacité de payer, si ce n'est de l'observation de son avocat selon laquelle ces ordonnances ne pourraient jamais être acquittées. Il va sans dire qu'il est très peu probable qu'il puisse satisfaire à ces ordonnances, lesquelles sont de nature punitive et resteront en vigueur jusqu'à leur acquittement. Lorsque les ordonnances sont déposées à la Cour du Banc de la Reine, elles deviennent exécutoires en tant que jugements civils. Puisque les ordonnances ont trait à des accusations d'actes frauduleux commis par M<sup>e</sup> Bowes agissant à titre de fiduciaire, elles subsisteraient à la faillite. Voir l'arrêt *R. c. Fitzgibbon (C.D.)*, [1990] 1 R.C.S. 1005; 107 N.R. 281; 40 O.A.C. 81.

S'adressant à notre Cour, l'avocat de M<sup>e</sup> Bowes a soutenu que les ordonnances « emprisonnaient financièrement son client à vie ». Ainsi que l'a signalé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. c. Hoyt (L.K.)* (1992), 19 B.C.A.C. 231; 34 W.A.C. 231; 17 C.R. (4th) 338 (C.A.), les ordonnances d'indemnisation font partie de la punition d'une personne et doivent donc être prises en considération pour déterminer la justesse de la peine infligée. [par. 6]

[26] Dans l'affaire *Bowes*, l'appelant sollicitait une réduction de la durée totale de son emprisonnement. Il a prétendu, et sa prétention a été accueillie, que l'effet cumulatif de l'emprisonnement et de l'ordonnance d'indemnisation rendait la peine excessivement sévère. En l'espèce, M. Moulton invoque un argument semblable mais, au lieu de solliciter la réduction du temps qu'il passera en prison, il sollicite l'élimination des ordonnances de dédommagement.

[27] Les ordonnances de dédommagement, ou d'indemnisation, font depuis longtemps partie de l'arsenal de mesures dont disposent les juges lorsqu'ils entreprennent la difficile tâche qui consiste à déterminer la peine. Comme le juge Laskin, juge en chef du Canada, l'a fait observer dans l'arrêt *La Reine c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, [1978] A.C.S. n<sup>o</sup> 48 (QL), il existe, sous une forme ou une autre, des dispositions visant le dédommagement depuis l'adoption du *Code criminel* en 1892. Dans l'arrêt *Zelensky*, le juge en chef a expliqué que ces dispositions « reflètent une méthode d'application du droit criminel suivant laquelle une fois tranchée la question de la culpabilité, la cour prend en considération les biens pris, détruits ou endommagés pendant la perpétration de l'infraction, et peut [...] rendre une ordonnance de dédommagement, lorsque les biens ont été détruits ou endommagés » (p. 949).

[28] Dans l'arrêt *Zelensky*, la Cour suprême a reconnu à la majorité la validité constitutionnelle d'un régime de détermination de la peine dans le cadre duquel des ordonnances de dédommagement, ou d'indemnisation, peuvent être rendues; toutefois, d'après les faits de l'instance, les juges majoritaires ont conclu que l'ordonnance aurait dû être refusée. L'énoncé suivant du juge en chef mérite d'être souligné :

[...] Le pouvoir de rendre une ordonnance de dédommagement dans le cours du processus de sentence est discrétionnaire. J'estime qu'avant de l'exercer, la Cour doit se demander si la personne lésée invoque l'art. 653 pour aggraver les sanctions contre le coupable aussi bien que pour son propre bénéfice. Il est pertinent de savoir si elle a intenté des procédures civiles et, dans l'affirmative, si elle les continue. D'autres facteurs influent également sur l'exercice de ce pouvoir : les moyens du coupable ou la durée probable des procédures d'évaluation de la perte par la cour criminelle, bien qu'à mon avis, l'art. 653 n'exige pas une mesure exacte. Un plaidoyer de culpabilité facilitera manifestement la tâche de la Cour si on lui demande une ordonnance de dédommagement, mais rien n'interdit d'essayer de parvenir à une entente sur le montant de la perte lorsque la condamnation fait suite à un plaidoyer de non culpabilité. Il est vraisemblable, bien sûr, que la probabilité d'un appel milite contre une entente, mais j'ajouterai qu'il n'entre pas, à mon avis, dans les fonctions de la cour criminelle d'imposer une entente pour lui permettre de rendre une ordonnance de dédommagement. En somme, sauf sur la question de la constitutionnalité, je partage l'opinion du juge Matas selon lequel une ordonnance de dédommagement ne doit être rendue qu'avec circonspection. [p. 961]

[C'est moi qui souligne.]

[29] Les observations qu'a faites la Cour suprême dans l'arrêt *Zelensky* ont été prises en considération dans l'arrêt *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005, [1990] A.C.S. n° 45 (QL), où le juge Cory a étoffé davantage l'analyse :

La détermination de la peine est toujours un processus difficile qui exige qu'on soupèse soigneusement plusieurs facteurs. Les tribunaux judiciaires doivent s'efforcer de prononcer des peines qui soient adaptées et justes non seulement eu égard à l'infraction, mais aussi pour la personne déclarée coupable et la société.

Dans les cas qui s'y prêtent, les ordonnances de dédommagement sont un outil extrêmement utile et efficace dans la procédure de détermination de la peine. Cette ordonnance donne souplesse et subtilité à cette tâche toujours difficile. Elle peut constituer une mesure efficace



de réhabilitation de l'accusé en le rendant sur le champ directement responsable de l'indemnisation de la victime. En fait, c'est souvent l'avocat de l'accusé qui propose que le tribunal rende une ordonnance de dédommagement. L'ordonnance profite à la victime en fournissant un moyen rapide et peu coûteux de se faire payer sa dette. À la victime, elle n'impose pas d'autre formalité que celle de demander l'ordonnance. La société, dans son ensemble, profite de l'ordonnance puisque son utilisation peut réduire la peine d'emprisonnement et permettre une réinsertion plus rapide de l'accusé dans la société comme membre utile et responsable de la collectivité. L'efficacité pratique de l'ordonnance et son applicabilité immédiate aident à préserver la confiance du public dans le système de justice. [p. 1012 et 1013]

[30] Dans un certain nombre de décisions, les tribunaux ont pris acte de la mise en garde servie dans l'arrêt *Zelensky* selon laquelle une ordonnance de dédommagement ou d'indemnisation doit être rendue avec circonspection. Dans l'arrêt *R. c. Castro*, 2010 ONCA 718, [2010] O.J. No. 4573 (QL), toutefois, la juge d'appel Weiler a fait observer que ce commentaire bien précis fait dans l'arrêt *Zelensky* a souvent été cité hors contexte. Elle a proposé l'explication suivante, à laquelle je souscris :

[TRADUCTION]

Le commentaire voulant qu'une ordonnance de dédommagement doive être rendue avec circonspection est parfois cité hors contexte et tenu pour constituer un frein distinct au prononcé d'une ordonnance de dédommagement. Le commentaire du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Zelensky* concernant la circonspection a été fait dans le contexte d'un énoncé plus large portant qu'une ordonnance de dédommagement ne devrait pas avoir pour but de forcer l'exécution d'une obligation civile, tout particulièrement lorsque le montant exact qui a été volé n'est pas connu, l'ordonnance de dédommagement devant avant tout s'inscrire dans le processus de détermination de la peine : voir l'arrêt *Zelensky*, aux p. 961 et 962, R.C.S. Le fait qu'une ordonnance de dédommagement constitue une méthode de recouvrement commode, rapide et peu coûteuse pour la victime, tout particulièrement une victime vulnérable, est une des considérations qui milite en faveur du prononcé d'une ordonnance de cette nature. [par. 43]

[31] Quoi qu'il en soit, par suite de modifications législatives récentes, la circonspection à laquelle les tribunaux auraient pu se croire tenus au moment d'envisager de rendre une ordonnance de dédommagement est maintenant inapplicable. Depuis 2015, un message législatif clair a été lancé afin d'obliger les tribunaux à envisager la possibilité de rendre des ordonnances de dédommagement dans le cadre du processus de détermination de la peine. Cette année-là, le législateur fédéral a adopté la *Loi sur la Charte des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, qui est venue ajouter un certain nombre de dispositions au *Code criminel*. Figure parmi celles-ci l'art. 737.1, qui (1) oblige le juge chargé de déterminer la peine à « envisager la possibilité de rendre une ordonnance de dédommagement » en plus de toute autre mesure; (2) oblige le juge à se renseigner afin de déterminer si des mesures ont été prises pour permettre aux victimes d'indiquer si elles réclament un dédommagement; et (3) oblige le juge à donner des motifs si le dédommagement est sollicité mais n'est pas ordonné. Les modifications apportées en 2015 ont également ajouté l'art. 739.1, qui dispose que « [l]es moyens financiers ou la capacité de payer du délinquant n'empêchent pas le tribunal de rendre l'ordonnance » de dédommagement, ainsi que l'art. 739.2, qui dispose que lorsqu'il rend une ordonnance de dédommagement, « le tribunal enjoint au délinquant de payer la totalité de la somme indiquée dans l'ordonnance au plus tard à la date qu'il précise ou, s'il l'estime indiqué, de la payer en versements échelonnés, selon le calendrier qu'il précise ».

[32] Puisque les infractions commises en l'espèce l'ont été en 2009, aucune des modifications apportées en 2015 ne s'appliquait à M. Moulton au moment où sa peine lui a été infligée. Une disposition transitoire énoncée à l'art. 44 de la *Loi sur la Charte des droits des victimes* prescrit que les modifications s'appliquent « seulement à l'égard des actes commis à l'entrée en vigueur [des nouvelles dispositions] ou postérieurement ». Par conséquent, la présente instance doit être tranchée suivant les principes qui régissaient le prononcé des ordonnances de dédommagement avant la réforme de 2015.

[33] Les objectifs et principes recensés dans l'arrêt *Zelensky* ont été pris en compte dans un certain nombre d'instances. Dans les instances en question, plusieurs

facteurs ont été jugés pertinents afin de déterminer si une ordonnance de dédommagement ou d'indemnisation devait faire partie de la peine infligée. Je souligne en particulier les arrêts *R. c. Devgan*, [1999] O.J. No. 1825 (C.A.) (QL), au par. 26, et *R. c. Siemens*, [1999] M.J. No. 285 (C.A.) (QL). Dans ce dernier arrêt, le juge d'appel Huband a dressé une liste utile des facteurs pertinents. M'inspirant fort librement des propos tenus par le juge Huband (par. 8 à 10), je souligne ce qui suit :

- Les ordonnances de dédommagement font partie de la peine, ou du châtement, de sorte que lorsqu'un châtement est infligé sous la forme d'une ordonnance de dédommagement, il devrait y avoir une réduction correspondante des autres formes de châtement. Autrement dit, il faut tenir compte de l'ordonnance de dédommagement dans l'ensemble de la peine infligée;
- Les moyens du délinquant doivent être considérés comme un facteur important pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner un dédommagement, mais ce n'est pas un facteur déterminant dans tous les cas;
- Dans certains cas, il serait contre-indiqué et peu souhaitable de rendre une ordonnance de dédommagement dont le montant est tel qu'il serait irréaliste de penser que l'accusé pourrait jamais l'acquitter;
- L'incidence d'une ordonnance de dédommagement sur les chances de réadaptation de l'accusé, qu'elle soit favorable ou défavorable, est un facteur qui doit être pris en considération;
- Plus la peine est courte, plus il est probable que l'ordonnance de dédommagement est indiquée. Lorsque le montant est raisonnable, il y a tout lieu de rendre une ordonnance de dédommagement dans le cas où la peine soit ne comprend aucun emprisonnement soit est tellement courte qu'elle n'a aucune incidence sur l'emploi du délinquant ou encore est une peine avec sursis. À l'inverse, plus une peine d'emprisonnement est longue, plus la futilité d'une ordonnance de dédommagement deviendra manifeste;
- L'ordonnance de dédommagement ne doit pas forcément prescrire le remboursement du montant intégral de la perte;

- Des difficultés à déterminer le montant de la perte subie par la victime ou le fait qu'il existe de multiples victimes ayant des prétentions diverses à des sommes disponibles pour un dédommagement qui peuvent être limitées militeront contre le prononcé d'une ordonnance de dédommagement puisqu'il serait peu judicieux de la part d'un tribunal pénal de s'immiscer dans la détermination des dommages;
- Lorsqu'il y a transaction en matière pénale, et qu'un dédommagement n'en fait pas partie, la Cour devrait hésiter à rendre une ordonnance de dédommagement à moins qu'elle ne prescrive le remboursement d'une somme très modeste;
- Même dans le cas où le pouvoir discrétionnaire du juge chargé de déterminer la peine n'est pas restreint par une recommandation conjointe, une ordonnance de dédommagement ne doit pas être rendue comme si elle était le fruit d'une réflexion mécanique consécutive au prononcé d'une peine d'emprisonnement;
- Le fait qu'il y ait eu de multiples participants aux crimes est un facteur qui milite contre le prononcé d'une ordonnance de dédommagement exécutoire à l'encontre d'un accusé, mais pas des autres.

[34] La seule décision de notre Cour où les principes de dédommagement issus de l'arrêt *Zelenzky* ont été examinés est l'arrêt *R. c. Ford*, 2013 NBCA 63, 412 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 196. Dans cet arrêt, le juge d'appel Bell a reconnu que la capacité de payer du délinquant doit être prise en compte lorsqu'il s'agit de décider si une ordonnance de dédommagement devrait ou non faire partie de la peine. Cette affaire nous rappelle aussi que l'art. 738, en vertu duquel une ordonnance de dédommagement peut être rendue, doit être examiné à la lumière de l'al. 718e), lequel dispose que le prononcé des peines a notamment pour objectif d'assurer la réparation des torts causés aux victimes.

[35] Le règlement de l'appel qu'interjette M. Moulton de sa peine suivrait normalement un processus en deux étapes. En premier lieu, il nous faudrait décider si la

juge qui a déterminé la peine, lorsqu'elle a ordonné le dédommagement, a omis de prendre en considération un ou plusieurs des facteurs pertinents. Dans l'affirmative, l'intervention en appel serait justifiée à la condition qu'il ait été établi que cette omission a eu une incidence sur la peine infligée. En deuxième lieu, pour le cas où nous concluons que tous les facteurs pertinents ont été pris en considération, il faudrait néanmoins évaluer la totalité de la peine afin de déterminer si la combinaison de l'emprisonnement et du dédommagement a donné lieu à une peine excessive. En l'espèce, je n'estime pas nécessaire de passer à la deuxième étape de l'analyse parce que je conclus que la juge n'a pas pris certains facteurs pertinents en considération et que si elle l'avait fait, le résultat aurait été différent.

[36] Il ne fait aucun doute, en l'espèce, que la juge qui a déterminé la peine a pris en considération les principes généraux de la détermination de la peine et a infligé une peine qui visait à dénoncer les crimes graves que M. Moulton avait commis et à le dissuader ainsi que d'autres délinquants d'adopter ce genre de conduite. La juge a également tenu compte de la réadaptation comme l'un des objectifs à atteindre, mais elle n'explique pas en quoi la peine qu'elle a infligée aurait un effet de cette nature sur M. Moulton. Dans ses motifs relatifs à la détermination de la peine, la juge fait état des peines carcérales infligées à des délinquants pour incendie criminel dans d'autres instances et elle en dégage une fourchette se situant entre douze mois et cinq ans d'emprisonnement. À la fin de son examen, la juge reconnaît qu'aucune des instances examinées n'était directement pertinente. Néanmoins, après avoir établi cette fourchette et rappelé les principes directeurs, la juge s'est décidée pour des peines d'emprisonnement concurrentes de trois ans pour chaque infraction.

[37] Ce n'est qu'après avoir décidé des peines d'emprisonnement que la juge s'est penchée sur la question du dédommagement. Elle a dit ceci :

[TRADUCTION]

[B]ien que les ordonnances de dédommagement soient discrétionnaires, elles font partie de la sentence ou de la peine ou encore du châtimeut et après avoir examiné la question, je suis convaincue que des ordonnances de

dédommagement indépendantes sont indiquées en l'espèce et les dédommagements suivants sont ordonnés : à la compagnie Co-operators la somme de 37 730,50 \$; et s'agissant de la State Farm Fire and Casualty Company, la somme de 108 782,41 \$.

[38] Si l'on évalue cette question à la lumière des principes qui régissent le prononcé d'une ordonnance de dédommagement, les observations suivantes s'imposent :

- a) Bien que la juge qui a déterminé la peine ait reconnu que les ordonnances de dédommagement faisaient partie de la peine, il ne semble pas y avoir eu de réduction correspondante de la durée de l'emprisonnement;
- b) La juge qui a déterminé la peine n'a pas tenu compte de l'incapacité manifeste de M. Moulton d'acquitter le montant des ordonnances de dédommagement. Le rapport présentiel ne représentait pas M. Moulton comme une personne ayant les moyens d'acquitter une quelconque ordonnance de dédommagement ou la possibilité de pouvoir un jour le faire;
- c) La juge ne s'est pas demandé s'il pouvait être irréaliste de penser que M. Moulton puisse jamais satisfaire à ces ordonnances;
- d) La juge n'a pas pris en compte l'incidence de ces ordonnances sur les chances de réadaptation de M. Moulton;
- e) La juge n'a pas pris en considération le principe selon lequel plus une peine d'emprisonnement est longue, plus la futilité d'une ordonnance de dédommagement devient manifeste;
- f) La juge n'a pas examiné la question de savoir s'il valait mieux ordonner un dédommagement correspondant à autre chose que le montant intégral de la perte (incidemment, je souligne également que la juge qui a déterminé la peine n'a pas demandé que des efforts soient faits pour déterminer la valeur du camp qui n'était pas assuré).

[39] Je suis respectueusement d'avis qu'en l'espèce, les ordonnances de dédommagement ont été rendues sans une prise en compte valable des principes directeurs. Comme le révèle l'examen qui précède, plusieurs des facteurs fondamentaux

n'ont pas été examinés. Il est tout simplement impossible de dire que la prise en considération de ces facteurs n'aurait rien changé.

[40] La juge du procès a eu raison d'insister sur les principes que sont la dénonciation et l'effet dissuasif et c'est également à bon droit qu'elle a reconnu que la réadaptation était une considération importante. Les infractions avaient été commises en 2009. M. Moulton était depuis devenu père de deux jeunes enfants. Il est aussi le père d'un enfant plus âgé issu d'un mariage précédent. Au moment du prononcé de la sentence, il était âgé de 44 ans et n'avait pas occupé de nombreux emplois puisqu'il avait été travailleur autonome pendant la plus grande partie de sa vie. Entre le jour où il a mis le feu aux camps et celui où il a reçu sa sentence, son casier judiciaire ne fait état que d'une seule infraction criminelle : des voies de fait simples au titre desquelles il a été condamné à une amende de 300 \$ et mis en probation pour un an. Au cours de la même période, il a également plaidé coupable à une infraction liée aux armes à feu, mais il s'agissait d'une conduite antérieure à l'incendie des camps.

[41] Je suis respectueusement d'avis qu'une fois l'ensemble des facteurs pertinents pris en considération, les ordonnances de dédommagement ne sont pas indiquées en l'espèce. Le fait de prononcer contre M. Moulton des ordonnances de dédommagement dont les montants sont tels qu'il n'a manifestement pas la capacité de les payer et n'en aura pas non plus la possibilité à l'avenir, revient à l'asphyxier financièrement pour la vie. Cela irait tout à fait à l'encontre du but recherché, savoir la réadaptation. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance où il y aurait lieu d'infliger une courte peine d'emprisonnement accompagnée d'une ordonnance de dédommagement et où la détermination de la peine aurait eu comme objectif principal la réparation du préjudice causé aux victimes. Il s'agit plutôt d'une instance où les principaux objectifs de la détermination de la peine étaient la dénonciation et la dissuasion, objectifs que l'on cherche à atteindre au moyen d'une longue peine d'emprisonnement. Le fait d'inclure dans la peine des ordonnances de dédommagement qui n'ont aucune possibilité raisonnable d'être jamais acquittées n'ajoute rien aux principaux objectifs de la

détermination de la peine qui sont en jeu mais a une incidence fort négative sur l'autre objectif visé : la réadaptation.

[42] Bien que cela ne soit sans doute pas une préoccupation majeure, je souligne qu'il s'agit en l'espèce d'une situation où les bénéficiaires des ordonnances de dédommagement contestées ont amplement les moyens d'intenter des recours civils si elles le jugent indiqué.

[43] Puisque nous avons conclu à l'existence d'une erreur de principe qui a eu une incidence sur la peine infligée, il nous incombe de décider si les peines d'emprisonnement devraient être modifiées. Je suis d'avis qu'elles ne devraient pas l'être.

[44] La juge qui a déterminé la peine a abordé sa décision en deux étapes distinctes. En premier lieu, elle a déterminé quelles étaient les peines d'emprisonnement appropriées ce n'est qu'ensuite qu'elle s'est penchée sur la question du dédommagement. On ne lit nulle part dans les motifs que la juge aurait tenu compte de l'incidence que les unes pourraient avoir sur l'autre. Bien que nous ayons conclu à l'existence d'une erreur par suite du défaut de prendre en compte les facteurs qui auraient dû éclairer la décision sur la question du dédommagement, aucune erreur n'est manifeste dans la façon dont la juge a appliqué les principes qui lui ont permis de déterminer la durée des peines d'incarcération. Si la juge avait réduit la partie carcérale de la peine pour tenir compte des ordonnances de dédommagement, il s'ensuivrait que l'annulation, par notre Cour, de ces ordonnances justifierait l'augmentation, par notre Cour, de la durée des peines d'emprisonnement. Toutefois, la juge qui a déterminé la peine a effectué des analyses distinctes et l'une ne semble pas avoir influé sur l'autre. Par conséquent, bien que je conclue que la juge a commis une erreur en ordonnant le dédommagement, cette erreur n'a aucune incidence sur les peines d'emprisonnement qu'elle a estimée appropriées en l'espèce. Je suis donc d'avis de faire preuve de déférence envers sa conclusion à cet égard et de ne pas modifier les peines d'emprisonnement.



V. Dispositif

[45] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité mais d'accorder l'autorisation d'interjeter appel de la peine et d'accueillir cet appel. Je suis d'avis de modifier la peine en supprimant les ordonnances de dédommagement, mais de ne modifier ni les peines d'emprisonnement ni les ordonnances accessoires. La mise en liberté de M. Moulton est par conséquent révoquée et il lui est ordonné de se livrer immédiatement aux autorités correctionnelles compétentes.