

William Thomas Kelly Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. KELLY

File No.: 21719.

1991: October 31; 1992: June 11.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson* and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Secret commissions — Elements of offence — Accused acting as financial investment advisor selling housing units to his clients — Commissions paid to accused by development company for sale of units not disclosed to clients — Whether accused guilty of corruptly accepting a reward or benefit under s. 426(1)(a) of Criminal Code — Whether Crown required to prove existence of corrupt bargain between giver and taker — Meaning of word “corruptly” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

The accused was charged with four counts of corruptly accepting a reward or benefit contrary to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*. He was one of the principals of a company (“KPA”) which offers, for a fee, financial planning services, including advice respecting investment in real estate and tax planning strategies. In 1980, the accused persuaded a property development company to give KPA the exclusive right to sell the units of its MURB project. KPA sold all the units, mainly to its clients, within the relatively short time prescribed in the agreement and received a commission from the development company for each unit sold. These commissions were the same as those which the development company would have paid to any salesman. At trial, the evidence indicated that KPA’s clients were unaware of the commissions paid by the development company to KPA. At their initial meeting with new clients, KPA only gave vague and general information as to its sources of remuneration on a “white board”. The accused himself later advised his associates

* Stevenson J. took no part in the judgment.

William Thomas Kelly Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. KELLY

N° du greffe: 21719.

1991: 31 octobre; 1992: 11 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson* et Iacobucci.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Commissions secrètes — Éléments de l'infraction — Vente par l'accusé agissant à titre de conseiller en placements d'unités d'habitation à ses clients — Non-divulgaration aux clients des commissions versées à l'accusé par la société immobilière relativement à la vente des unités — L'accusé est-il coupable, en vertu de l'art. 426(1)a du Code criminel, d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice? — Le ministère public est-il tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant? — Signification de l'expression «par corruption» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)a).

L'accusé a fait l'objet de quatre chefs d'accusation d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice en contravention de l'al. 426(1)a du *Code criminel*. Il était l'un des dirigeants d'une société («KPA») qui offre, moyennant des frais, des services de planification financière, y compris des conseils en placements immobiliers ainsi que des renseignements sur des stratégies de planification fiscale. En 1980, l'accusé a convaincu une société immobilière de consentir à KPA le droit exclusif de vente des unités de son projet d'IRLM. KPA a vendu toutes les unités, principalement à ses clients, dans le délai relativement court prévu dans l'entente et a reçu une commission de la société immobilière pour chacune des unités vendues. Les commissions étaient les mêmes que celles que la société immobilière aurait versées à tout vendeur. En première instance, la preuve a révélé que les clients de KPA ne savaient pas que celle-ci recevait des commissions de la société immobilière. Lors de la première rencontre avec un client, KPA inscrivait sur un «tableau blanc» seulement

* Le juge Stevenson n'a pas pris part au jugement.

that, with respect to the MURB project, he did not want further disclosures in writing. In defence, the accused testified that the clients purchasing the MURB units should have known of the commissions to be paid to KPA from two small references in the Offering Memoranda on the "Issuing and Sales Costs". The accused was convicted on all four counts. The trial judge found that he had an obligation to make full, frank and fair disclosure of the sales commission. The majority of the Court of Appeal affirmed the conviction. The question raised on this appeal is what the Crown must prove in order to obtain a conviction pursuant to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*. In particular, this Court must determine whether s. 426 has any application where the party making the payments was not part of a corrupt bargain with the taker.

Held (Sopinka J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: In preserving the integrity of the agency relationship and protecting the vulnerable principals, s. 426 of the *Code* acknowledges the importance of that relationship in our society. There are three elements to the *actus reus* of the offence set out in s. 426(1)(a)(ii) as they apply to an accused agent/taker with regard to the acceptance of a commission: (1) the existence of an agency relationship; (2) the accepting by the agent of a benefit as consideration for doing or forbearing to do any act in relation to the affairs of the agent's principal; and (3) the failure by the agent to make adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit. The word "corruptly" adds that third element to the *actus reus* of the offence. This word in the context of secret commissions means secretly or without the requisite disclosure. The Crown is not required to prove the existence of a corrupt bargain between the giver and the taker of the reward or benefit. It is thus possible to convict a taker despite the innocence of the giver.

The requisite *mens rea* must also be established for each element of the *actus reus*. Pursuant to s. 426(1)(a)(ii), an accused agent/taker (1) must be aware of the agency relationship, (2) must knowingly accept the benefit as consideration for an act to be undertaken in relation to the affairs of the principal, and

des renseignements vagues et généraux sur ses grandes sources de rémunération. L'accusé a lui-même avisé ses associés qu'il ne voulait pas donner davantage de précisions écrites relativement au projet d'IRLM. En défense, l'accusé a témoigné que les deux courtes mentions traitant des «Frais d'émission et de vente» dans la notice d'offre auraient dû permettre aux clients acheteurs d'IRLM de savoir que KPA recevait des commissions. L'accusé a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation. Le juge du procès a conclu que l'accusé avait l'obligation de divulguer les commissions d'une manière complète, franche et impartiale. La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité. La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir quels sont les éléments que le ministère public doit prouver pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 426(1)a) du *Code criminel*. Il s'agit tout particulièrement de déterminer si l'art. 426 est applicable dans le cas où l'auteur des paiements n'a pas conclu une affaire entachée de corruption avec l'acceptant.

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: En préservant l'intégrité du mandat et en protégeant les commettants vulnérables, l'art. 426 du *Code* reconnaît l'importance du rapport que le mandat implique dans notre société. L'*actus reus* de l'infraction prévue au sous-al. 426(1)a)(ii) comporte trois éléments qui devront être établis en cas d'accusation contre un agent-acceptant relativement à l'acceptation d'une commission: (1) l'existence d'un mandat; (2) l'acceptation par l'agent d'un bénéfice à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire un acte relatif aux affaires de son commettant; et (3) l'omission de la part de l'agent de divulguer d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice. L'expression «par corruption» ajoute ce troisième élément à l'*actus reus* de l'infraction. Dans le contexte des commissions secrètes, cette expression signifie qu'elles ont été versées secrètement ou qu'elles n'ont pas été divulguées comme il se doit. Le ministère public n'est pas tenu de prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant de la récompense ou du bénéfice. L'acceptant peut donc être déclaré coupable malgré l'innocence du donneur.

La *mens rea* requise doit aussi être établie pour chacun des éléments de l'*actus reus*. Conformément au sous-al. 426(1)a)(ii), l'agent-acceptant accusé doit: (1) être au courant de l'existence du mandat; (2) avoir accepté sciemment le bénéfice à titre de contrepartie pour un acte à être fait relativement aux affaires du com-

(3) must be aware of the extent of the disclosure to the principal or lack thereof. When an accused is aware that some disclosure was made, the court must determine whether, in all the circumstances of the particular case, the disclosure was in fact adequate and timely.

Here, the Crown has established all the elements requisite for conviction under s. 426. It is clear that an agency relationship existed between the accused and his clients and that he was aware of the existence of that relationship. It is also clear that the nature of the commission paid by the development company was to encourage the accused to influence his clients to purchase the MURB units and that he was aware of this intention. He accepted the commission secretly and influenced the affairs of his principals. Finally, the payment of the commission was not disclosed in an adequate and timely manner. At the time of the sales, KPA's clients were not aware that KPA would receive a sales commission from the development company for each MURB unit sold to KPA clients. KPA disclosure of its sources of remuneration was vague and general and did not meet the objectives of s. 426. The accused himself made a conscious decision to limit the extent of the disclosure. While the Offering Memoranda for the MURB units contained two one-line references to "Issuing and Sales Costs" for the projects, there was no specific reference to the fact that it was the accused who was to receive these costs as a commission.

Per McLachlin J.: Lack of disclosure is an element of the *actus reus* of the offence of taking a secret commission under s. 426(1)(a)(ii) of the *Code*, and awareness of that lack of disclosure is an element of its *mens rea*. No corrupt bargain is required. However, since criminal law must be certain and definitive, the time and the degree of disclosure must be clearly defined. Agents must be given fair notice in advance whether a proposed course of conduct is criminal. With respect to the timing of disclosure, certainty requires that where the gravamen of the offence is the taking of a secret commission disclosure to the principal must be made by the time the commission is accepted. If the agent accepts a commission without beforehand (or simultaneously) advising the principal of the fact, the offence is established. With respect to the degree of disclosure, it is not enough to state at the beginning of a relationship between an agent and his principal that commissions may from time to time be taken. The requirements of s. 426(1)(a)(ii) will only be satisfied if the agent discloses to the principal that he will receive a commission with respect to the

mettant; et (3) être au courant de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation. Si l'accusé savait qu'il y a eu divulgation, il reviendra alors à la cour de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a été faite de façon appropriée et en temps opportun.

En l'espèce, le ministère public a prouvé tous les éléments requis pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 426. Il n'y a pas de doute qu'il y avait un mandat entre l'accusé et ses clients et que l'accusé était au courant de l'existence de ce mandat. En outre, de toute évidence, la commission payée par la société immobilière visait à inciter l'accusé à influencer ses clients pour qu'ils achètent les unités d'IRLM, et l'accusé était au courant de cette intention. Il a accepté la commission secrètement et a influencé les affaires de ses commettants. Enfin, le paiement de la commission n'a pas été divulgué d'une façon appropriée et en temps opportun. Au moment des ventes, les clients de KPA ne savaient pas que KPA recevrait une commission de la société immobilière relativement à la vente de chaque unité d'IRLM vendue aux clients de KPA. La divulgation faite par KPA de ses sources de rémunération était vague et générale et ne satisfait pas aux objectifs de l'art. 426. L'accusé a pris consciemment la décision de restreindre la divulgation. Bien que les notices d'offre pour les IRLM renfermaient deux mentions d'une ligne traitant des «Frais d'émission et de vente» pour les projets, il n'y avait aucune mention expresse du fait que c'était l'accusé qui devait recevoir ces frais à titre de commissions.

Le juge McLachlin: L'absence de divulgation constitue un élément de l'*actus reus* de l'infraction d'acceptation d'une commission secrète aux termes du sous-al. 426(1a)(ii) du *Code* et la connaissance de cette absence de divulgation est un élément de la *mens rea*. Il n'est pas nécessaire que l'affaire soit entachée de corruption. Cependant, puisque le droit pénal doit être précis et définitif, le moment et l'étendue de la divulgation doivent être clairement définis. L'agent doit recevoir un avertissement suffisant que l'acte qu'il se propose d'accomplir est criminel. En ce qui a trait au moment de la divulgation, pour qu'il y ait certitude lorsque l'élément essentiel de l'infraction est l'acceptation d'une commission secrète, il faut que la divulgation au commettant soit faite au moment où la commission est acceptée. Si l'agent accepte une commission sans en informer le commettant au préalable (ou simultanément), l'infraction est commise. En ce qui concerne l'étendue de la divulgation, il n'est pas suffisant de mentionner au début d'une relation entre un agent et son commettant qu'il pourra y avoir acceptation de commissions à l'occasion.

transaction in question. The amount of the commission is secondary and need not be disclosed in order to escape liability. The communication that the agent will receive a commission with respect to the particular transaction in issue will put the principal on notice that the agent is in a potential conflict of interest. Here, since there was no disclosure of the particular commission to the principals involved, the offence is made out.

Per Sopinka J. (dissenting): When an agent is charged with accepting a benefit under s. 426(1)(a)(ii) of the *Code*, it must be established that he accepted the benefit as a *quid pro quo* to influence him. To secure a conviction, the Crown must prove two essentials of the mental element of the offence: (1) that the benefit was so accepted with the agent's knowledge or belief that it was given for the purpose of influencing him; and (2) that the agent entered into the transaction *mala fide*. The first requirement looks to the state of mind of the agent at the time of the transaction. The corruption in this action is the belief that the valuable consideration is intended to influence the agent to show favour to some person in relation to the affairs of his principal. The taker is thus caught even if he was mistaken as to the true intention of the giver. The offence is complete without the necessity of showing that the agent was in fact influenced in his actions. It is his state of mind in accepting the consideration that is crucial. The second requirement is most easily satisfied through proof of dishonesty. Non-disclosure by the taker is not synonymous with the terms "corruptly" or *mala fides*, although it may be a strong indicator that the agent has acted in bad faith. In some situations disclosure or the intent to disclose will be highly relevant.

In this case, the accused should be acquitted. While he sold most of the units to his clients, that was not because he was influenced by the development company to do so nor because he believed that this was the intended purpose of either the agreement with that company or the payments. The agreement was entered into at arm's length, the commissions were the same amount as was paid to any other salesmen and they were to be paid regardless of to whom the units were sold. The decision to sell to his clients was one that the accused made unilaterally. His failure to make full disclosure

Les exigences du sous-al. 426(1)a)(ii) ne seront satisfaites que si l'agent dit au commettant qu'il recevra une commission relativement à l'opération en question. Le montant de la commission est secondaire et n'a pas à être divulgué pour fins d'exonération. La divulgation au commettant du fait que l'agent recevra une commission relativement à une opération donnée l'informerait que l'agent risque d'être dans une situation de conflit d'intérêts. En l'espèce, il n'y a eu aucune divulgation des commissions aux commettants en cause. En conséquence, il y a eu perpétration de l'infraction.

Le juge Sopinka (dissident): Lorsqu'un agent est accusé, en vertu du sous-al. 426(1)a)(ii) du *Code*, d'avoir accepté une récompense ou un bénéfice, il faut démontrer qu'il l'a accepté à titre de contrepartie pour l'influencer. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit démontrer deux points essentiels de l'élément moral de l'infraction: (1) que l'agent savait ou croyait que le bénéfice qu'il a accepté visait à l'influencer, et (2) que l'agent a conclu l'opération de mauvaise foi. La première exigence tient compte de l'état d'esprit de l'agent au moment de l'opération. La corruption dans cette action est constituée par la croyance que la contrepartie de valeur est destinée à influencer l'agent afin qu'il favorise une certaine personne relativement aux affaires de son commettant. L'acceptant se fait alors prendre même s'il a mal interprété l'intention véritable du donneur. L'infraction est consommée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les actes de l'agent ont effectivement été influencés. Le facteur décisif réside dans l'état d'esprit de l'agent qui accepte la contrepartie. Il est facile de satisfaire à la seconde exigence par une preuve de malhonnêteté. La non-divulgation par l'acceptant n'est pas synonyme de l'expression «par corruption» ou de la mauvaise foi, bien qu'elle puisse constituer un indicateur important de la mauvaise foi de l'agent. Dans certaines situations, la divulgation ou l'intention de divulguer sera très pertinente.

En l'espèce, l'accusé devrait être acquitté. Certes, il a vendu la plupart des unités à ses clients; toutefois, il n'a pas vendu parce qu'il a été poussé par la société immobilière à le faire ni parce qu'il croyait que c'était là le but de l'accord avec cette société ou des paiements. L'accord a été conclu sans lien de dépendance, le montant des commissions était identique à celui payé à tout autre vendeur et elles devaient être versées peu importe à qui les unités étaient vendues. La décision de vendre à ses clients a été prise unilatéralement. Son défaut de divulguer de manière complète constitue une inexécu-

amounted to a breach of his duty but he is not guilty of the offence charged.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *Cooper v. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488; *R. v. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; **referred to:** *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *R. v. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541.

By McLachlin J.

Referred to: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Brown (1956), 116 C.C.C. 287; *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. v. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; *R. v. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33; *R. v. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 383(1)(a).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

Authors Cited

Bowstead on Agency, 14th ed. By F. M. B. Reynolds and B. J. Davenport. London: Sweet & Maxwell, 1976.

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of accepting a secret commission contrary to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

Stephen Tick, for the appellant.

Patricia J. Donald, for the respondent.

tion d'obligation, mais il n'est pas coupable de l'infraction imputée.

Jurisprudence

^a Citée par le juge Cory

Distinction d'avec les arrêts: *Cooper c. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488; *R. c. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; **arrêts mentionnés:** *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. c. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287; *R. c. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

Citée par le juge McLachlin

^c **Arrêt mentionné:** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

^d Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Brown (1956), 116 C.C.C. 287; *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98; *R. c. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215; *R. c. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33; *R. c. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 383(1)a).
^f *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)a).

Doctrine citée

Bowstead on Agency, 14th ed. By F. M. B. Reynolds and B. J. Davenport. London: Sweet & Maxwell, 1976.

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 5th ed. London: Butterworths, 1983.

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'acceptation d'une commission secrète en contravention de l'al. 426(1)a) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

^j Stephen Tick, pour l'appellant.

Patricia J. Donald, pour l'intimée.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

CORY J.—The question raised on this appeal is what the Crown must prove in order to obtain a conviction pursuant to s. 426(1)(a) (formerly s. 383(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Particularly, it must be determined whether the section requires that there be a “corrupt bargain” between the “giver” and “taker” of the reward or benefit.

a LE JUGE CORY—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir quels sont les éléments que le ministère public doit prouver pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 426(1)a) (anciennement l'al. 383(1)a)) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il faut notamment déterminer si, en vertu de la disposition, il doit y avoir une «affaire entachée de corruption» entre le «donneur» et l'«acceptant» de la récompense ou du bénéfice.

Factual Background

The appellant William Kelly was one of the principals of Kelly, Peters and Associates Ltd. (“KPA”). This was the central company of a group of companies which offered financial planning services to the general public. KPA and its related companies offered investment counselling to their clients and provided services to implement their planning advice. Clients of KPA were generally successful business people and professionals who earned a good income and required financial advice.

Les faits

L'appelant William Kelly était l'un des dirigeants de Kelly, Peters and Associates Ltd. («KPA»), la société centrale d'un groupe de sociétés qui offraient au grand public des services de planification financière. KPA et ses sociétés affiliées offraient à leurs clients des conseils en placements ainsi que des services de mise en œuvre des conseils donnés en matière de planification. Dans l'ensemble, les clients de KPA étaient des gens d'affaires et des professionnels prospères, à revenus élevés, qui avaient besoin de conseils financiers.

New clients were, as a rule, charged an advisory fee of \$2,500 for a personalized “Base Plan”. The Plan set out the client's financial situation and made certain basic recommendations regarding the organization of the client's financial affairs. These basic recommendations related to matters such as having a will drawn, purchasing life insurance and investing in registered retirement savings plans.

En principe, on exigeait des nouveaux clients des frais de consultation de 2 500 \$ pour l'établissement d'un «plan de base» personnalisé. Ce plan dressait un tableau de la situation financière du client et lui présentait certaines recommandations de base quant à l'organisation de ses affaires financières: préparation d'un testament, achat d'assurance-vie et investissements dans des régimes enregistrés d'épargne-retraite.

Clients of KPA paid additional advisory or counselling fees for advice respecting investments in real estate and tax planning strategies. These fees ranged between \$2,000 and \$30,000 annually depending on the nature of the advice.

Les clients de KPA payaient des frais de consultation additionnels pour obtenir des conseils en placements immobiliers ainsi que des renseignements sur des stratégies de planification fiscale. Ces frais variaient entre 2 000 \$ et 30 000 \$ par an en fonction de la nature des conseils.

Kelly was convicted of charges arising out of his dealings with Qualico Developments Ltd.

Kelly a été déclaré coupable relativement à des accusations concernant ses opérations avec Qua-

(“Qualico”), a property development company. Each count related to a specific apartment building development marketed by Qualico. Units in these buildings were sold pursuant to the provisions of Canadian tax law respecting Multiple Use Residential Buildings, commonly referred to as MURBs. There is no question that MURBs were often purchased as tax shelters.

Prior to the fall of 1980, KPA had never recommended the purchase of MURBs to its clients. In October of that year, Kelly approached Qualico with regard to a MURB project being built in Vancouver and referred to as Mirror Development. Kelly told the Vancouver branch manager of Qualico that KPA provided financial advice to “good solid” clients who would be interested in investing in the MURBs of the Mirror Development. He persuaded Qualico to give KPA the exclusive right to sell the 112 units of this development.

Qualico had never before dealt with Kelly. As a result KPA was required to post a performance bond of \$112,000. The terms of the agreement required KPA to sell all the units within a relatively short time. The agreement was signed on November 7, 1980. By the 24th of November, all the units were sold. KPA received \$262,000 for the sale of the units and the performance bond was refunded. The majority of the units were sold to KPA clients, although Kelly, his wife, and some of the associates of KPA bought units as well.

KPA marketed three more Qualico projects in the same manner. It received total commissions from the four projects of \$925,586. The fees paid by Qualico to KPA were the same as those which Qualico would have paid to any agent engaged to sell the units.

Evidence at Trial

A cross-section of KPA clients testified. Each one of them had bought units in the Qualico MURBs. They all purchased the MURBs upon the recommendation of Kelly or one of his associates.

lico Development Ltd. («Qualico»), une société immobilière. Chacun des chefs d'accusation portait sur un immeuble d'habitation spécifique mis sur le marché par Qualico. Les unités de ces immeubles étaient vendues conformément aux dispositions du droit fiscal canadien applicables aux immeubles résidentiels à logements multiples, communément appelés IRLM. Il n'y a pas de doute que les IRLM ont souvent été achetés à titre d'abris fiscaux.

Avant l'automne 1980, KPA n'avait jamais recommandé à ses clients d'acheter des IRLM. Cette année-là, en octobre, Kelly a fait des démarches auprès de Qualico relativement à un projet d'IRLM, Mirror Development, en cours de construction à Vancouver. Kelly a dit au gérant du bureau de Vancouver de Qualico que KPA fournissait des conseils financiers à de «solides» clients qui seraient intéressés à investir dans les IRLM de Mirror Development. Il a convaincu Qualico de consentir à KPA le droit exclusif de vente des 112 unités du projet.

Qualico n'avait jamais fait affaire avec Kelly. KPA a donc dû fournir une garantie de bonne exécution de 112 000 \$. Aux termes de l'entente, KPA devait vendre toutes les unités dans un délai relativement court. Cette entente a été signée le 7 novembre 1980. Le 24 novembre, toutes les unités étaient vendues. KPA a reçu la somme de 262 000 \$ pour la vente des unités ainsi que le remboursement de sa garantie de bonne exécution. La majorité des unités ont été vendues à des clients de KPA, mais Kelly, son épouse et certains des associés de KPA en ont aussi acheté.

KPA a de la même façon mis sur le marché trois autres projets de Qualico. Elle a reçu des commissions totalisant 925 586 \$ pour les quatre projets. Qualico a versé à KPA les mêmes frais de commission que ceux qu'elle aurait payés à un agent engagé pour la vente des unités.

La preuve présentée au procès

Un échantillon des clients de KPA ont témoigné. Chacun d'entre eux s'était porté acquéreur d'unités dans les IRLM de Qualico, sur la recommandation de Kelly ou de l'un de ses associés. Les clients ont

They all testified that they were unaware that Qualico paid KPA a sales commission for each Qualico MURB unit sold to KPA clients.

At their initial meeting with new clients, KPA personnel outlined the history of the firm, the various professional backgrounds of members of the firm, the investment philosophy of the firm, the services the firm could provide, and the various sources of compensation that KPA received either directly, or indirectly through related companies. The presentation took as a rule from one to one and half hours. The explanation of KPA sources of remuneration took less than five minutes. Disclosure of the sources of KPA remuneration was never put in writing to be given to the clients, nor was it raised as a matter of discussion in the initial meeting with the client. Kelly testified that his practice was to write the general sources of KPA remuneration on a "white board" during the first meeting with a new client. Kelly advised associates in his firm that he did not want to put further disclosures with regard to the MURB project in writing.

Kelly, in his evidence, expressed the opinion that clients purchasing the MURBs should have known, from the Offering Memoranda, of the commissions to be paid to KPA. The Offering Memoranda for each of the four projects were lengthy, somewhat complicated booklets. They contained two one-line references to "Issuing and Sales Costs" for the projects. It is not without significance that the accused in cross-examination had great difficulty finding these references in the booklets despite his reliance upon them as providing disclosure of the commissions. The clients of KPA, on the other hand, indicated that they did not read the Offering Memoranda carefully because they relied upon the advice for which they were paying KPA. Significantly, no MURB projects other than Qualico projects were recommended to clients of KPA.

In 1982, the Canadian economy was beset by recession. Those who had invested in real estate could neither find buyers for their property nor

tous témoigné qu'ils ne savaient pas que KPA recevait de Qualico une commission chaque fois qu'elle vendait à l'un de ses clients une unité d'IRLM.

Au cours de la rencontre initiale avec de nouveaux clients, le personnel de KPA présentait l'histoire de l'entreprise, les divers antécédents professionnels de ses membres, la philosophie de l'entreprise en matière de placements, les services offerts ainsi que les diverses sources de la rémunération que KPA recevait directement ou indirectement de sociétés affiliées. En principe, cette présentation durait entre une heure et une heure et demie. L'explication des sources de rémunération de KPA prenait moins de cinq minutes. Ces sources n'ont jamais été mentionnées dans les documents remis aux clients et n'étaient jamais soulevées au cours de la rencontre initiale avec le client. Lorsqu'il rencontrait un client pour la première fois, Kelly a témoigné qu'il avait comme habitude d'inscrire sur «un tableau blanc» les grandes sources de rémunération de KPA. Kelly avait informé les associés de l'entreprise qu'il ne voulait pas donner davantage de précisions écrites relativement au projet d'IRLM.

Selon le témoignage de Kelly, la notice d'offre aurait dû permettre aux clients acheteurs d'IRLM de savoir que KPA recevait des commissions. Pour chacun des quatre projets, les notices d'offre étaient des brochures longues et assez compliquées, qui renfermaient deux mentions d'une ligne traitant des [TRADUCTION] «Frais d'émission et de vente». Il importe de signaler que, lors du contre-interrogatoire, l'accusé a lui-même eu beaucoup de difficulté à retrouver ces passages dans les brochures, même s'il se fondait sur celles-ci pour dire qu'il avait divulgué l'existence des commissions. Par contre, les clients de KPA ont indiqué qu'ils n'avaient pas lu attentivement les notices d'offre, se fiant aux conseils que lui fournissait KPA à titre onéreux. Fait révélateur, on n'a jamais recommandé aux clients de KPA d'autres IRLM que ceux de Qualico.

En 1982, l'économie canadienne était en pleine récession. Les investisseurs immobiliers ne pouvaient pas trouver d'acheteurs ni payer leurs créan-

make payments on their debt load. KPA's clients were thoroughly dissatisfied with their investments and were shocked when they found that the appellant had received substantial commissions for selling the MURBs. The appellant was charged with four counts of corruptly accepting a reward or benefit contrary to s. 383(1)(a) (now s. 426(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He was convicted on all four counts: (1987), 1 W.C.B. (2d) 173. A majority of the Court of Appeal dismissed his appeal from conviction: (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355. He now appeals as of right to this Court based on the dissenting judgment of Hutcheon J.A.

The Judgments Below

Provincial Court of British Columbia

The trial judge found that the timing of the demand from the clients at KPA for MURBs coincided precisely with the two-week period set out in the Qualico agreement for the sale of the units on the Mirror Development. Further, he noted that no other MURBs were recommended to KPA clients until the next Qualico project was ready.

The trial judge then considered the extent of the disclosure of compensation made to the clients with respect to the Qualico transactions. He found that most of KPA's clients were advised verbally that KPA received income from "real estate transactions". With regard to the terms contained in the Offering Memoranda pertaining to "sales costs" and "marketing costs" he observed that, although some experienced clients might have assumed from reading them that commission fees were being paid to KPA for the sale of the MURBs, not one of the clients testified that there was explicit disclosure with regard to the commissions to be received from Qualico.

The trial judge was satisfied that the appellant Kelly was indeed an agent for his clients. Kelly held himself out as a professional financial planner

ciers. Les clients de KPA étaient fort insatisfaits de leurs placements et ont été choqués d'apprendre que l'appellant avait reçu d'importantes commissions relativement à la vente des IRLM. L'appellant a fait l'objet de quatre chefs d'accusation d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice en contravention de l'al. 383(1)a) (maintenant l'al. 426(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Il a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation: (1987), 1 W.C.B. (2d) 173. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel contre la déclaration de culpabilité: (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 9, 52 C.C.C. (3d) 137, 73 C.R. (3d) 355. L'appellant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour par suite de la dissidence du juge Hutcheon.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Le juge du procès a conclu que les démarches faites auprès des clients de KPA intéressés à l'achat d'IRLM coïncidaient exactement avec la période de deux semaines, mentionnée dans l'entente conclue avec Qualico pour la vente des unités de Mirror Development. Le juge a aussi noté que KPA n'a recommandé aucun autre achat d'IRLM à ses clients avant l'achèvement du projet suivant de Qualico.

Le juge du procès a ensuite examiné dans quelle mesure il y avait eu divulgation aux clients de la rémunération tirée des opérations avec Qualico. À son avis, la plupart des clients avaient été informés oralement que KPA recevait des revenus d'«opérations immobilières». En ce qui concerne la mention dans les notices d'offre de [TRADUCTION] «frais de vente» et de «frais de commercialisation», il a fait remarquer que certains clients expérimentés auraient pu, à la lecture des notices, conclure au versement de commissions à KPA pour la vente des IRLM; toutefois, aucun des clients n'a témoigné qu'il y avait eu divulgation explicite des commissions reçues de Qualico.

Le juge du procès était convaincu que l'appellant Kelly était en fait l'agent de ses clients. Kelly se représentait comme un conseiller en planification

with special skills. He gave advice on significant and confidential matters. He specifically set out to establish a long-term fiduciary relationship with his clients. He was both an advisor and the implementor of the advice for his clients who were, in that regard, his principals.

The trial judge emphasized that the appellant conducted himself "in a manner that was calculated to result in enjoying his clients' fullest confidence and trust". He also observed that "the Accused went a long way out of his way to deliberately close his clients' eyes to the possibility of corruption". It was his opinion that the appellant did not disclose the Qualico commissions to his clients. The essence of the judgment is set out in these words:

... he had an obligation to make *full, frank and fair disclosure* of the Qualico fees. At best on the evidence he deliberately made disclosure of those fees a *remote possibility* and not even a probability. In failing to make *adequate* disclosure, I find that the Accused acted dishonestly, unfaithfully, without integrity and therefore corruptly in accepting the Qualico fees.

If his clients had been provided full, frank and fair disclosure some of them probably would not have acted any differently. But some of them might have been in a better position to negotiate down the amount of advisory fees they were paying. Some of them might have questioned both the quality and quantity of M.U.R.B.s they were told to buy. Some of them might have invested in other M.U.R.B.s, the purchase of which would not have resulted in commissions being paid to the Accused.

By contracting secretly with Qualico, the Accused knowingly fettered what he held out to be his professional judgment and put himself in a criminal conflict of interest. [Emphasis in original.]

The trial judge therefore found the appellant guilty as charged on all four counts of the indictment.

financière possédant des compétences spéciales. Il conseillait ses clients relativement à des questions importantes et confidentielles. Il entendait spécifiquement établir un rapport fiduciaire à long terme avec ses clients. Il était conseiller et s'occupait aussi de la mise en œuvre des conseils fournis à ses clients, qui se trouvaient alors, à cet égard, ses commettants.

Le juge du procès a fait ressortir que l'appellant s'est conduit [TRADUCTION] «d'une manière visant délibérément à bénéficier de la pleine confiance de ses clients». Le juge a aussi précisé que [TRADUCTION] «l'accusé s'est donné beaucoup de mal pour dissimuler délibérément à ses clients la possibilité de corruption». À son avis, l'appellant n'a pas divulgué à ses clients l'existence des commissions. Voici les points essentiels du jugement:

[TRADUCTION] ... il avait l'obligation de *divulguer d'une manière complète, franche et impartiale* les commissions que lui versait Qualico. D'après les éléments de preuve, il a tout au mieux délibérément tenté de faire de l'existence de ces commissions une *possibilité lointaine*, même pas une probabilité. En omettant de faire une divulgation *appropriée*, l'accusé a, à mon avis, agi d'une façon malhonnête, déloyale, sans intégrité, et donc par corruption, en acceptant les commissions de Qualico.

S'il avait divulgué d'une manière complète, franche et impartiale l'existence des commissions à ses clients, certains n'auraient peut-être pas agi autrement. Toutefois, certains auraient peut-être été mieux placés pour négocier une réduction des frais de consultation qu'ils payaient. Certains auraient peut-être mis en doute la qualité et le nombre d'IRLM qu'on leur disait d'acheter. Certains auraient peut-être acheté d'autres IRLM, dont l'achat n'aurait peut-être pas entraîné le versement de commissions à l'accusé.

En négociant secrètement un contrat avec Qualico, l'accusé a sciemment entravé l'exercice de son jugement professionnel et s'est placé dans une situation de conflit d'intérêts criminel. [En italique dans l'original.]

En conséquence, le juge du procès a déclaré l'appelant coupable relativement aux quatre chefs d'accusation.

Court of Appeal (1989), 52 C.C.C. (3d) 137

Locke J.A., writing for the majority, quoted from the reasons of the Saskatchewan Court of Appeal, in *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98, at p. 118, where that court found that the provisions of s. 383 (now s. 426) are directed toward the preservation of the integrity of employees and agents of a principal and those who deal with them. To that end society has decreed that secret commissions are not acceptable as they compromise the integrity of our commercial life. The essence of this offence involves the taking of a "secret commission". However, if the agent takes a commission with the full knowledge and consent of his principal then no offence is made out.

In the opinion of Locke J.A. the section is designed to prevent agents from being put in a position of temptation. He cited *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287, at p. 289, for the proposition that "the act of doing the very thing which the statute forbids is a corrupt act within the meaning of the word 'corruptly' used in the section under consideration" (p. 154).

He also determined that this section does not require a "corrupt bargain". He put his position in this way (at p. 155):

... the statute requires a *transaction*, but that transaction need be no more than the giver paying the taker to do something in relation to his client's affairs, and the taker knowing this. Such a transaction can be completely blameless in so far as the giver is concerned, and in the ordinary course of business. But the crime is committed by the taker who receives the money knowing the reason it is paid. That, in my view, is this case.

As I have said, in my opinion the "corruption" can be one-sided only. The precise words of the section do not literally require that the other party to the transaction also be guilty of an offence. [Emphasis in original.]

He was of the view that the acceptance by Kelly of the commission from Qualico was "corrupt"

La Cour d'appel (1989), 52 C.C.C. (3d) 137

Le juge Locke, s'exprimant au nom de la majorité, a cité les motifs de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98, à la p. 118; dans cette affaire, la cour a conclu que les dispositions de l'art. 383 (maintenant l'art. 426) visent à préserver l'intégrité des employés et des agents d'un commettant et de ceux qui font affaire avec eux. C'est pourquoi la société a déclaré inacceptables les commissions secrètes puisqu'elles mettent en péril l'intégrité de l'activité commerciale. L'infraction créée vise essentiellement l'acceptation d'une «commission secrète». Toutefois, si l'agent accepte une commission au su et avec le consentement de son commettant, il ne commet pas d'infraction.

De l'avis du juge Locke, de par sa conception, l'article vise à ne pas placer l'agent dans une situation de tentation. Il cite l'arrêt *R. c. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287, à la p. 289, qui dit que [TRADUCTION] «faire la chose même que la loi interdit est un acte entaché de corruption au sens donné à l'expression «par corruption» dans l'article en question» (p. 154).

Il a aussi conclu que l'article n'exige pas l'existence d'une «affaire entachée de corruption» (à la p. 155):

[TRADUCTION] ... la loi prévoit l'existence d'une *opération*, mais il suffit que le donneur paie l'acceptant pour accomplir quelque chose relativement aux affaires de son client et que l'acceptant le sache. Cette opération peut être complètement inoffensive du point de vue du donneur, et être dans le cours normal des affaires. Toutefois, l'acceptant commet un acte criminel s'il connaît la raison pour laquelle l'argent est versé. Selon moi, c'est le cas en l'espèce.

Comme je l'ai mentionné, à mon avis, l'expression «par corruption» peut viser une partie seulement. Le libellé même de l'article n'exige pas littéralement que l'autre partie à l'opération soit également coupable d'une infraction. [En italique dans l'original.]

De l'avis du juge Locke, l'acceptation par Kelly de la commission versée par Qualico était un acte

unless sufficient disclosure was made to the clients of KPA.

He said "it cannot be successfully contended that there is no basis for the trial judge's finding that there had not been sufficient disclosure of the Qualico commissions" (p. 159). In his view, "[t]he disclosure must be adequate and full in the sense that the principal must be specifically advised, or it be otherwise made so crystal clear that he could not deny he ought to have known. That was not done in this case" (p. 160). As a result the majority dismissed the appeal.

Hutcheon J.A. dissenting found that this section required proof of a "corrupt bargain" between the agent and the third party. He concluded that this section had no application in the absence of a corrupt bargain between the taker and the giver. He then applied his conclusion to the facts of this case in these words (at p. 146):

... Qualico was not a party to a corrupt bargain. The commissions were paid at the ordinary rate and in the ordinary course of business. Qualico knew nothing of the relations between Kelly/Peters and its clients. As I view s. 383, in every case of a completed offence, there must be a giver of the benefit "in consideration of ..." and a taker of the benefit "in consideration of ...". Qualico did not "give" anything; it *paid* the ordinary commission paid other agents. In these circumstances s. 383 of the *Criminal Code* has no application. [Emphasis in original.]

Hutcheon J.A. would have allowed the appeal and set aside the convictions.

The Issue

The issue on appeal is relatively narrow. It must be based upon the question of law on which Hutcheon J.A. dissented from the majority. The formal order of the Court of Appeal was carefully drawn and settled by that court. The portion per-

entaché de «corruption», sauf s'il y avait eu divulgation suffisante de l'existence de cette commission aux clients de KPA.

Selon lui, [TRADUCTION] «on ne peut prétendre avec succès que le juge du procès n'était pas fondé à conclure qu'il n'y avait pas eu divulgation suffisante de l'existence des commissions versées par Qualico» (p. 159). Il ajoute que [TRADUCTION] «[l]a divulgation doit être appropriée et complète en ce sens que le commettant doit être expressément informé de l'existence des commissions ou elle doit être tellement limpide que le commettant ne pourrait nier qu'il aurait dû être au courant. Cela n'a pas été fait en l'espèce» (p. 160). En conséquence, la Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel.

Le juge Hutcheon, dissident, a conclu que l'alinéa en question exigeait la preuve de l'existence d'une «affaire entachée de corruption» entre l'agent et la tierce partie. À son avis, l'alinéa n'est pas applicable en l'absence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant de la commission. Il a alors appliqué sa conclusion aux faits de l'espèce, à la p. 146:

[TRADUCTION] ... Qualico n'était pas partie à une affaire entachée de corruption. Les commissions étaient payées au taux habituel et dans le cours normal des affaires. Qualico n'était pas au courant des relations entre Kelly/Peters et ses clients. Selon mon interprétation de l'art. 383, dans chaque cas d'une infraction consommée, il doit y avoir une personne qui donne un bénéfice «à titre de contrepartie ...» et une personne qui accepte ce bénéfice «à titre de contrepartie ...». Qualico n'a pas «donné» quoi que ce soit; elle a *payé* la commission habituelle versée aux autres agents. Dans ces circonstances, l'art. 383 du *Code criminel* n'est pas applicable. [En italique dans l'original.]

Le juge Hutcheon aurait accueilli l'appel et annulé les déclarations de culpabilité.

i La question en litige

La question en litige est relativement restreinte. Elle doit se fonder sur la question de droit soulevée par le juge Hutcheon dans sa dissidence. La Cour d'appel a soigneusement rédigé son ordonnance formelle pour trancher le litige. Voici la partie

taining to the dissenting reasons of Hutcheon J.A. is as follows:

AND BE IT FURTHER RECORDED THAT The Honourable Mr. Justice Hutcheon dissented and would have dismissed the appeal, and his dissent was grounded in whole upon the following questions of law:

1. The essence of the case for the Crown was that the commissions were accepted by Kelly/Peters secretly and contrary to Section 383(1)(a) of the Criminal Code. The main issue on this appeal is whether s. 383 has any application where the person making the payments was not part of a corrupt bargain with Kelly. My conclusion is that s. 383 (now s. 426(1)(a)) has no application in such circumstances and the conviction must be quashed.

Thus, it is apparent that the dissenting reasons give rise to only one question of law. Namely, it must be determined whether s. 383 (now s. 426) has any application where the party making the payments, Qualico, was not part of a corrupt bargain with the taker, Kelly. In answering the "corrupt bargain" question, it is necessary to examine this issue in the context of the elements of the offence and the meaning of "corruptly".

The Relevant Statutory Provision

Section 426(1) of the *Criminal Code* provides:

426. (1) Every one commits an offence who

(a) corruptly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an agent, or

(ii) being an agent, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person,

any reward, advantage or benefit of any kind as consideration for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do, any act relating to the affairs or business of his principal or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person with relation to the affairs or business of his principal;

ayant trait aux motifs de dissidence du juge Hutcheon:

[TRADUCTION] QU'IL SOIT EN OUTRE PRIS ACTE DU FAIT QUE le juge Hutcheon est dissident et aurait rejeté l'appel et que sa dissidence se fonde entièrement sur les questions de droit suivantes:

1. Le ministère public devait essentiellement prouver que les commissions avaient été acceptées secrètement par Kelly/Peters et en contravention de l'al. 383(1)a) du Code criminel. En appel, la principale question est de savoir si l'art. 383 est applicable si l'auteur des paiements n'a pas conclu avec Kelly une affaire entachée de corruption. À mon avis, l'art. 383 (maintenant l'al. 426(1)a)) n'est pas applicable dans ces circonstances et la déclaration de culpabilité doit être annulée.

Il est donc évident que les motifs de dissidence soulèvent une seule question de droit. Il s'agit de déterminer si l'art. 383 (maintenant l'art. 426) est applicable dans le cas où l'auteur des paiements, en l'occurrence Qualico, n'a pas conclu une affaire entachée de corruption avec l'acceptant, Kelly. Pour répondre à cette question, il faut l'examiner dans le contexte des éléments de l'infraction et de l'interprétation donnée à l'expression «par corruption».

La disposition législative pertinente

Voici le texte du par. 426(1) du *Code criminel*:

426. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) par corruption:

(i) donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir, à un agent,

(ii) étant un agent, exige ou accepte ou offre ou convient d'accepter, de qui que ce soit,

une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque sorte à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire, ou pour avoir fait ou s'être abstenu de faire, un acte relatif aux affaires ou à l'entreprise de son commettant ou pour témoigner ou s'abstenir de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant;

The Importance of the Agency Relationship

Before considering the purpose of s. 426, something must be said of the importance of the agency relationship in today's society. Society today simply could not function without the services of agents. The number of the principal/agent relationships is legion. It is difficult to sell a house or commercial property without relying upon a real estate agent. It is difficult to place insurance of any kind without consulting an insurance agent. Holidays are arranged through a travel agent. Brokers act as agents in the most complex and difficult financial transactions. Solicitors act as agents for their clients.

With increasing frequency financial advisors are acting as agents for their clients. Very often business and professional people earning a good income are too busy earning that income to properly arrange their financial affairs. They turn to financial advisors for assistance. The principal/agent relationship is almost invariably based upon the disclosure by the principal to the agent of confidential information. The relationship is founded upon the trust and confidence that the principal can repose in the advice given and the services performed by the agent.

The Nature of Agency

In *The Law of Agency* (5th ed. 1983), Fridman suggests at p. 9 the following definition of agency:

Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the *agent*, is considered in law to represent the other, called the *principal*, in such a way as to be able to affect the principal's legal position in respect of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property. [Emphasis in original.]

The principal must be able to place trust and confidence in the agent since the agent has the authority to affect the legal position of the principal. This is perhaps the focus of the relationship. In essence the agent acts to achieve the same results that would have been obtained if the principal had acted on his or her own account. The influence the

L'importance du mandat

Avant d'examiner l'objet de l'art. 426, je tiens à faire ressortir l'importance du mandat dans la société contemporaine. Celle-ci ne pourrait tout simplement pas fonctionner en l'absence de mandataires ou d'agents. Il existe une multitude de rapports commettant-agent. Mentionnons notamment qu'il est difficile de vendre une maison ou un immeuble commercial sans un agent immobilier ou encore de s'assurer sans consulter un agent d'assurance. Les agents de voyages organisent les vacances, et les courtiers agissent à titre d'agents dans le cadre d'opérations financières fort complexes et difficiles. Les avocats agissent également à titre d'agents pour le compte de leurs clients.

De plus en plus, les conseillers financiers agissent à titre d'agents pour leurs clients. Très souvent, les gens d'affaires et les professionnels qui ont un revenu élevé sont trop accaparés par leur travail pour bien organiser leurs affaires financières. Ils font alors appel aux services de conseillers financiers. Le rapport commettant-agent est presque toujours fondé sur la divulgation de renseignements confidentiels par le commettant à l'agent. Ce rapport repose sur la confiance que le commettant peut avoir dans les conseils et les services que l'agent lui fournit.

La nature du mandat

Dans *The Law of Agency* (5^e éd. 1983), Fridman propose, à la p. 9, la définition suivante du mandat:

[TRADUCTION] Le mandat est le rapport qui existe entre deux personnes dont l'une, l'*agent*, est en droit considérée comme la représentante de l'autre, le *commettant*, si bien que cet agent peut, par la conclusion de contrats ou l'aliénation de biens, influencer sur la situation juridique du commettant à l'égard de tierces parties. [En italique dans l'original.]

Le commettant doit pouvoir faire confiance à l'agent car ce dernier peut influencer sur sa situation juridique. C'est peut-être là l'élément central du rapport. Essentiellement, l'agent vise à atteindre les mêmes résultats que ceux qu'aurait atteints le commettant s'il avait agi pour son compte. L'agent peut exercer une si grande influence sur les affaires

agent can have on the affairs of the principal and the power to take action on behalf of the principal are significant. They are of such great significance that it follows as the night the day that the agent must always act in the best interests of the principal. ^a

The Duties of an Agent

The agent is obliged to perform those duties which he or she has undertaken to perform. The primary consideration in performing the duties of the agent must be to always act in the best interests of the principal. However, in performing them the agent must not exceed the authority which was delegated by the principal.

In the context of the "Secret Commission" cases, the fundamental duties of the agent are those arising from the fiduciary nature of the agency relationship. The relationship of trust focuses on the principal with the result that agents must not let their own personal interests conflict with the obligations owing to their principals. A conflict of interest exists when an agent is faced with a choice between the agent's personal interest and the agent's duty to the principal. Fridman, *supra*, put it in this way (at p. 153):

Where the agent is in a position in which his own interest may affect the performance of his duty to the principal, the agent is obliged to make a full disclosure of all the material circumstances, so that the principal, with such full knowledge, can choose whether to consent to the agent's acting.

The policy of the courts has been stringent in seeking to prohibit not just actual fraud perpetrated by agents on their principals but also in prohibiting the creation of a situation where agents could be tempted into fraud. The text, *Bowstead on Agency* (14th ed. 1976), provides several examples where the agent has a personal interest and, therefore, must make full disclosure (at p. 130):

... an agent may not buy his principal's property or sell his property to his principal because in such a case his interest will be in conflict with his duty. He is not

du commettant et il possède un si grand pouvoir d'agir pour le compte de ce dernier qu'il doit, cela va de soi, agir en tout temps au mieux des intérêts du commettant.

Les fonctions d'un agent

L'agent doit exécuter les fonctions qu'il s'est engagé à remplir. Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent doit avant tout agir au mieux des intérêts du commettant. Toutefois, pour y arriver, l'agent ne doit pas excéder le mandat que lui a confié le commettant.

Dans le contexte des affaires de «commissions secrètes», les fonctions essentielles de l'agent découlent de la nature fiduciaire du mandat. Le rapport de confiance est axé sur le commettant, et l'agent ne doit pas laisser ses intérêts personnels entrer en conflit avec ses obligations envers celui-ci. Il y a conflit d'intérêts quand l'agent doit choisir entre son intérêt personnel et son obligation envers le commettant. Selon Fridman, *op. cit.*, à la p. 153:

[TRADUCTION] Si l'agent se trouve dans une situation où son intérêt personnel peut influencer sur l'exécution de son obligation envers le commettant, il est tenu de faire une divulgation complète de toutes les circonstances pertinentes, pour que le commettant puisse, en pleine connaissance, décider s'il consent à l'acte de l'agent.

Les tribunaux ont adopté une ligne de conduite stricte, cherchant non seulement à interdire les véritables actes frauduleux commis par un agent à l'endroit de son commettant, mais aussi à empêcher que les agents ne se trouvent pas dans une situation qui invite à la corruption. On trouve dans *Bowstead on Agency* (14^e éd. 1976) plusieurs exemples où l'agent a un intérêt personnel et doit, par conséquent, faire une divulgation complète (à la p. 130):

[TRADUCTION] ... un agent ne peut acheter le bien de son commettant ni vendre son bien à ce dernier parce que dans un tel cas il y aurait conflit entre son intérêt et

allowed to receive a commission from both parties to a transaction; he may not make any secret profits by exploiting his position or the property of his principal; he may not acquire a benefit for himself by dealing with a third party in breach of his relationship with his principal, nor may he compete with his principal.

The agency relationship is extremely important to the functioning of our society. It is a relationship based on trust and it is fiduciary in nature. It is essential that the integrity of that relationship be preserved.

The Purpose of Section 426

There can be no doubt that s. 426 acknowledges both the importance of the agency relationship and the necessity of preserving the integrity of that relationship. It confirms that an agent should not be placed in a position which is in conflict with that of the principal. It recognizes that a benefit taken by an agent from a third party will place that agent in a conflict of interest position with the principal unless the benefit is promptly and adequately disclosed. No one should provide an agent with a benefit, knowing the benefit to be secret, in order to influence the agent with regard to the affairs of the principal. To do so corrupts and destroys the agency relationship. The secret benefit renders the advice and services of an agent so suspect that they cannot be accepted.

The position was correctly stated in *R. v. Morris*, *supra*, where at pp. 112 and 116 the following appears:

The intent of the section is that no one shall make secret use of an agent's position and services by means of giving him any kind of consideration for it. . . . [T]he intent in passing this section was and is to protect the principal, the employer, in the conduct of his affairs and business against people who might make use or attempt to make use of his agent.

son obligation. L'agent ne peut recevoir une commission des deux parties à une opération; il ne peut réaliser de profits secrets en exploitant sa situation ou le bien de son commettant; il ne peut retirer un bénéfice pour lui-même de rapports avec une tierce partie qui sont en contravention de ses rapports avec son principal et il ne peut faire concurrence à son commettant.

Le mandat est extrêmement important pour le fonctionnement de notre société. Ce rapport est fondé sur la confiance et il est de nature fiduciaire. Il est essentiel d'en préserver l'intégrité.

L'objet de l'art. 426

Il n'y a pas de doute que l'art. 426 reconnaît à la fois l'importance du mandat et la nécessité de préserver l'intégrité du rapport qu'il implique. Cet article vient confirmer qu'un agent ne devrait pas être placé dans une situation qui entre en conflit avec celle du commettant. Par exemple, le bénéfice qu'un agent accepte d'une tierce partie le placera dans une situation de conflit d'intérêts à l'égard de son commettant, sauf si l'existence de ce bénéfice est divulgué avec diligence et d'une façon appropriée. Il est interdit à quiconque d'offrir à un agent un bénéfice, que l'on sait secret, afin de l'influencer quant aux affaires de son commettant. Une telle action vient corrompre et détruire le rapport découlant d'un mandat. Le versement d'un bénéfice secret rend les conseils et les services fournis par l'agent tellement suspects qu'ils ne peuvent être acceptés.

Cette situation a été bien énoncée dans l'arrêt *R. c. Morris*, précité, aux pp. 112 et 116:

[TRADUCTION] L'article vise à interdire à quiconque de profiter secrètement de la situation et des services d'un agent en lui versant une contrepartie quelconque. [. . .] [C]omme au moment de son adoption, l'article continue de viser à protéger le commettant, l'employeur, dans la conduite de ses affaires et de son entreprise, contre les personnes qui pourraient utiliser ou tenter d'utiliser son agent.

The legislative history of this section demonstrates that the purpose and intent of it is to criminalize an agent's or employee's act of accepting "secret commissions" for showing favour or disfavour to any person with relation to the affairs or business of his principal.

There can be no doubt that the commendable aim of s. 426 is to protect the agency relationship, to preserve its integrity and to protect the principal.

Is Section 426 Applicable to the Facts of this Case?

(a) *Agency Relationship — The First Element*

First the Crown must establish that Kelly was acting, and knew he was acting, as an agent for the clients of his company KPA. There can be no doubt in this case that an agency relationship existed between Kelly and his clients and that Kelly was aware of the existence of that relationship. Indeed this element of the offence was not an issue on this appeal or at the trial.

(b) *Accepting a Benefit to Influence One's Principal — The Second Element*

The second element the Crown must prove is that the agent took the benefit as consideration for acting in relation to the affairs of the agent's principal. There can be no doubt that Kelly accepted a commission from a third party. It goes without saying that this commission comes within the category of a "reward, advantage or benefit" required by s. 426. Nor can there be any question that the commissions were accepted as consideration for doing an act in relation to the affairs of the principals. Clearly, Kelly accepted the payment for recommending and eventually selling the MURBs to his clients.

To establish the requisite *mens rea* for this second element, the Crown must prove that the taker, knowingly accepted the commission as consideration for acting in relation to the affairs of his clients or principals. It must be remembered that offences involving "secret commissions" are by their very nature secretive. They arise from operations that are inherently covert. It follows that

L'historique législatif de cet article démontre que son objet et son intention sont de criminaliser l'acceptation par un agent ou un employé de «commissions secrètes» pour témoigner de la faveur ou de la défaveur quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant.

Il ne peut y avoir de doute que l'objet louable de l'art. 426 est de protéger le rapport découlant d'un mandat, d'en préserver l'intégrité et de protéger le commettant.

L'article 426 est-il applicable aux faits de l'es- pèce?

a) *Le mandat — Le premier élément*

Le ministère public doit tout d'abord établir que Kelly agissait et savait qu'il agissait à titre d'agent pour le compte des clients de sa société, KPA. En l'espèce, il n'y a pas de doute qu'il y avait un mandat entre Kelly et ses clients et que Kelly était au courant de l'existence de ce mandat. En fait, cet élément de l'infraction n'a été soulevé ni en appel ni en première instance.

b) *L'acceptation d'un bénéfice pour influencer les affaires du commettant — Le deuxième élément*

Le ministère public doit en deuxième lieu prouver que l'agent a accepté un bénéfice à titre de contrepartie pour agir dans le cadre des affaires de son commettant. Il n'y a pas de doute que Kelly a accepté une commission d'une tierce partie. Il va sans dire que cette commission est comprise dans la catégorie «une récompense, un avantage ou un bénéfice», prévue à l'art. 426. Il est également évident que Kelly a accepté les commissions à titre de contrepartie pour faire un acte relatif aux affaires des commettants. Il est clair que Kelly a accepté le paiement pour recommander et ultérieurement vendre à ses clients les IRLM.

Pour établir la *mens rea* requise relativement à ce deuxième élément, le ministère public doit prouver que l'acceptant a sciemment accepté la commission à titre de contrepartie pour agir dans le cadre des affaires de ses clients ou de ses commettants. Il faut se rappeler que les infractions portant sur les «commissions secrètes» sont, de par leur nature même, secrètes. Elles découlent d'opéra-

courts should in these cases apply common sense and draw the reasonable and appropriate inferences from the proven facts.

Certainly Qualico's purpose in paying commissions to Kelly would be to encourage Kelly to influence his clients to purchase Qualico MURBs. Here it was Kelly who sought out Qualico to negotiate an agreement for selling MURBs and for receiving commissions on those sales. It was Kelly who advised the resident manager of Qualico that he had "good solid" clients to whom he could sell the MURBs. On the first development, Kelly was prepared to incur the risks of a performance bond with a strict time limit as part of the agreement for selling the entire development. The only time that Kelly advised any of his clients to purchase MURBs was when the Qualico developments were put on the market. Thus, it is clear from the inherent nature of commissions and from Kelly's actions that Kelly knowingly accepted the Qualico payments as consideration for influencing his principals (that is to say his clients) to purchase MURBs. He was eminently successful in doing just that.

(c) *Non-Disclosure and the Meaning to be Attributed to "Corruptly" — The Third Element*

(i) Meaning of "Corruptly" in Section 426

It will be remembered that s. 426 covers everyone who corruptly

- 1. gives, offers or agrees to give or offer to an agent, or
- 2. being an agent, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person, any reward, etc.

What meaning should be given to the word "corruptly" in the context of this section? It is argued that the offence is complete as soon as the agent takes the benefit as consideration for influencing the affairs of the principal. This is based

tions qui sont intrinsèquement clandestines. Il s'ensuit que les tribunaux doivent faire preuve de bon sens et tirer les déductions raisonnables et appropriées des faits.

L'intention de Qualico, en payant les commissions, était certes d'encourager Kelly à inciter ses clients à se porter acquéreurs des IRLM de Qualico. En l'espèce, c'est Kelly qui a demandé à Qualico de négocier une entente concernant la vente des IRLM et la réception des commissions de vente applicables. C'est Kelly qui a informé le gérant local de Qualico qu'il avait des clients «solides» à qui il pourrait vendre les IRLM. Dans le cadre de l'entente visant la vente de toutes les unités comprises dans le premier projet, Kelly était disposé à assumer les risques liés à une garantie de bonne exécution, assortie d'un délai rigoureux. Ce n'est que pendant que les unités de Qualico étaient sur le marché que Kelly recommandait à ses clients d'acheter des IRLM. En conséquence, il ressort clairement de la nature inhérente des commissions et des actes de Kelly que celui-ci acceptait sciemment les paiements de Qualico à titre de contrepartie pour inciter ses commettants (en l'occurrence ses clients) à se porter acquéreurs d'IRLM. Il a fort bien réussi sur ce plan.

(c) *La non-divulgarion et l'interprétation de l'expression «par corruption» — Le troisième élément*

(i) Interprétation de l'expression «par corruption» à l'art. 426

On se souviendra que l'art. 426 vise quiconque, selon le cas, par corruption:

- 1. donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir, à un agent,
- 2. étant un agent, exige ou accepte ou offre ou convient d'accepter, de qui que ce soit, une récompense, etc.

Quelle interprétation doit-on donner à l'expression «par corruption» dans cet article? On soutient que la perpétration de l'infraction est complète dès que l'agent accepte le bénéfice à titre de contrepartie pour influencer les affaires du commettant.

upon decisions such as *Cooper v. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488, and *R. v. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215 (Vict. C.C.A.). I cannot accept this position. It stems from the old jurisprudence on the corruption of voters. It is true these cases together with those which deal with the bribery of officials are concerned with the interpretation of "corruption". However, they are readily distinguishable from the secret commissions cases. In bribery cases there is no prerequisite that an agency relationship exists. Yet the whole aim and object of s. 426 is the protection of the vulnerable principal and the preservation of the integrity of the agent/principal relationship. Furthermore, the nature of a commission is very different from that of a bribe.

The interpretation of the word "corruptly" must take place within the context of s. 426 itself. It is a trite rule of statutory interpretation that every word in the statute must be given a meaning. It would be superfluous to include "corruptly" in the section if the offence were complete upon the taking of the benefit in the circumstances described by the section. The word must add something to the offence.

In my view, corruptly, as used in the section, designates secrecy as the corrupting element of the offence. It is the failure to disclose that makes it impossible for the principal to determine whether to act upon the advice of the agent or accept the actions of the agent. It is the non-disclosure which makes the receipt of the commission or reward corrupt. The word corruptly, in this context, adds the element of non-disclosure to the *actus reus* of the offence.

The recognition of secrecy as the corrupting element of s. 426 is consistent with the analysis in *R. v. Brown, supra*. There Laidlaw J.A. discussed the meaning of "corruptly" in the context of s. 368 (now s. 426). He found that the "evil against which that provision in the Criminal Code is directed is secret transactions or dealings with a person in the

Cette thèse se fonde notamment sur les arrêts *Cooper c. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488, et *R. c. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215 (C.C.A. Vict.). Je ne peux accepter cette prétention car elle se fonde sur une jurisprudence ancienne sur la corruption des électeurs. Il est exact que ces arrêts et ceux qui ont trait à la corruption de fonctionnaires portent sur l'interprétation du terme «corruption». Toutefois, ils se distinguent facilement des affaires de commissions secrètes. Dans les cas de corruption de fonctionnaires, l'existence d'un mandat n'est pas nécessaire. Cependant, l'art. 426 est entièrement axé sur la protection du commettant vulnérable et la préservation de l'intégrité du rapport agent-commettant. De plus, la nature d'une commission est fort différente de celle d'un pot-de-vin.

L'expression «par corruption» doit être interprétée dans le contexte de l'art. 426. Il est bien établi dans le domaine de l'interprétation législative qu'il faut conférer un sens à chaque terme d'une loi. Il serait superflu d'inclure l'expression «par corruption» dans l'article si la perpétration de l'infraction était complète dès l'acceptation du bénéfice dans les circonstances décrites dans l'article. L'expression «par corruption» doit donc ajouter quelque chose à l'infraction.

À mon avis, l'expression «par corruption», au sens où elle est utilisée dans cet article, implique le secret. C'est en raison de la non-divulgarion de l'existence de la commission qu'il est impossible pour le commettant de déterminer s'il doit suivre les conseils de l'agent ou admettre les actes accomplis par ce dernier. C'est la non-divulgarion qui rend la réception de la commission ou de la récompense entachée de corruption. Dans ce contexte, l'expression «par corruption» ajoute l'élément de non-divulgarion à l'*actus reus* de l'infraction.

En reconnaissant que l'expression «par corruption» visée à l'art. 426 implique le secret, on adopte une interprétation compatible avec l'analyse contenue dans l'arrêt *R. c. Brown*, précité. Dans cette affaire, le juge Laidlaw de la Cour d'appel a analysé le sens de l'expression «par corruption» dans le contexte de l'art. 368 (maintenant

position of agent concerning the affairs or business of the agent's principal" (p. 289). (Emphasis added.)

The interpretation of corruptly as secretly or without disclosure reinforces the aim of s. 426 to preserve the integrity of the agent/principal relationship. It is as well supported by the heading "Secret Commission" which precedes this section. It is the secrecy of the benefit and not the benefit itself which constitutes the essence of the offence. The appellant Kelly argued that the words in the heading are merely marginal notes, and as such should not be considered when interpreting the words in the section. I cannot agree with that contention. *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, makes it clear that it is appropriate to consider the statutory heading and the history of a section as an aid in interpreting the aim of a section.

In sum, corruptly, in the context of secret commissions, means without disclosure. This definition provides some symmetry between the two offences created by s. 426(1)(a). Corruptly, with respect to the taker/agent, refers to the agent's failure to disclose the payment to the principal in an adequate and timely manner. With respect to the giver, corruptly means the reward was given with the expectation and intention that the agent would not disclose it to the principal in an adequate and timely manner.

(ii) What is the Appropriate Standard for Disclosure?

What then is the extent of disclosure that is required of an agent? To put it in another way, what degree of non-disclosure is the Crown required to prove in order to establish the guilt of an agent under s. 426? The majority of the British Columbia Court of Appeal in *Kelly* held that the

l'art. 426): [TRADUCTION] «Le problème auquel veut remédier cette disposition du Code criminel est celui des opérations secrètes conclues avec une personne dans la situation d'un agent relativement aux affaires ou à l'entreprise de son commettant» (p. 289). (Je souligne.)

En conférant à l'expression «par corruption» le sens de «secrètement» ou de «non-divulgaration», on renforce l'objet de l'art. 426, qui est de préserver l'intégrité du rapport agent-commettant. Cette interprétation est également appuyée par la rubrique introductive intitulée «Commissions secrètes». C'est le caractère secret du bénéfice et non le bénéfice en soi qui constitue l'élément essentiel de l'infraction. L'appellant Kelly soutient que les termes de cette rubrique sont de simples notes marginales dont on ne doit pas tenir compte dans l'interprétation de l'article. Je ne puis souscrire à cette opinion. L'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, établit clairement qu'il est approprié de tenir compte des rubriques des lois et de l'historique d'un article comme moyen d'en interpréter l'objet.

Bref, dans le contexte des commissions secrètes, l'expression «par corruption» signifie que leur existence n'a pas été divulguée. Cette définition offre une certaine symétrie entre les deux infractions constituées par l'al. 426(1)a). En ce qui concerne l'acceptant-agent, l'expression «par corruption» signifie que l'agent n'a pas divulgué l'existence du paiement au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun. En ce qui concerne le donneur, l'expression «par corruption» signifie que la récompense a été donnée dans l'espoir et avec l'intention que l'agent n'en divulgue pas l'existence au commettant, d'une façon adéquate et en temps opportun.

(ii) Quelle est la norme appropriée de divulgation?

Quelle est alors l'étendue de la divulgation attendue d'un agent? En d'autres termes, jusqu'à quel point le ministère public doit-il prouver la non-divulgaration s'il veut établir la culpabilité d'un agent en vertu de l'art. 426? Dans l'arrêt *Kelly*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la

disclosure “must be adequate and full in the sense that the principal must be specifically advised, or it be otherwise made so crystal clear that he could not deny he ought to have known” (p. 160). The Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division in *R. v. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171 agreed with this standard. These courts held that there must be full, frank and fair disclosure made by the agent. On the other hand, Hutcheon J.A. dissenting in *Kelly* stated in *obiter*, that a standard of “full, frank and fair disclosure” would be too high for criminal law and that “partial disclosure may be sufficient”.

Once again a consideration of the aim of s. 426 may be of assistance in determining the requisite standard of disclosure. The policy motivating the prohibition of secret commissions is the protection of vulnerable principals and the preservation of the integrity of the agency relationship. A requirement that disclosure of a commission be made by the agent promotes the objective of this section. Indeed, disclosure is essential to alert the principal to the existence of conflict of interest situations. In the absence of disclosure, the principal has no way of knowing if the agent is truly acting in the principal’s best interests and cannot determine whether the advice of the agent should be accepted.

If the object of the section is to be attained, then adequate and timely disclosure must be required of the agent. A general and vague disclosure that the agent is receiving commissions will not meet the objective of this section. The agent must disclose the nature of the benefit which is being received, the amount of that benefit calculated to the best of the agent’s ability and the source of the benefit. It may not be possible for the agent to be exact as to the amount of commission which will be received. It will suffice if a reasonable effort is made to alert the principal as to the approximate amount and source of commission to be received. Obviously, the principal will be influenced by the amount of benefit the agent is receiving. The greater the ben-

majorité, a conclu que la divulgation [TRANSCRIPTION] «doit être appropriée et complète en ce sens que le commettant doit être expressément informé de l’existence des commissions ou elle doit être tellement limpide que le commettant ne pourrait nier qu’il aurait dû être au courant» (p. 160). Dans l’arrêt *R. c. Arnold* (1991), 65 C.C.C. (3d) 171, la Section d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accepté cette norme. Ces tribunaux ont conclu que l’agent doit faire une divulgation complète, franche et impartiale. Par contre, le juge Hutcheon, dissident dans l’arrêt *Kelly*, mentionne en *obiter* qu’une norme de «divulgation complète, franche et impartiale» est trop exigeante du point de vue du droit pénal et qu’une [TRANSCRIPTION] «divulgation partielle pourrait être suffisante».

De nouveau, l’examen de l’objet de l’art. 426 peut nous aider à déterminer la norme requise de divulgation. L’interdiction des commissions secrètes repose sur le principe de la protection des commettants vulnérables et de la préservation de l’intégrité du mandat. En exigeant de l’agent qu’il divulgue la réception d’une commission, on contribue à l’atteinte de l’objectif de l’article. En fait, la divulgation de l’existence d’une commission est essentielle pour attirer l’attention du commettant sur les risques de conflits d’intérêts. En cas de non-divulgation, le commettant n’a aucun moyen de savoir si l’agent agit réellement au mieux des intérêts qu’il représente et il ne peut déterminer s’il devrait accepter les conseils de l’agent.

Pour atteindre l’objet de l’article, on doit exiger de l’agent qu’il divulgue d’une façon appropriée et en temps opportun l’existence d’une commission. Une divulgation générale et vague du fait que l’agent reçoit des commissions ne permet pas d’atteindre cet objectif. L’agent doit divulguer la nature du bénéfice reçu, son montant calculé le mieux possible ainsi que sa source. Il se peut que l’agent ne soit pas en mesure de déterminer avec exactitude le montant de la commission qu’il recevra. Il suffira qu’il déploie des efforts raisonnables pour attirer l’attention du commettant sur le montant approximatif et la source de la commission à recevoir. De toute évidence, le commettant sera influencé par le montant du bénéfice reçu par

efit to the agent, the greater the agent's conflict of interest, and commensurately the greater the risk for the principal. The disclosure must be timely in the sense that the principal must be made aware of the benefit as soon as possible. Certainly the disclosure must be made at the point when the reward may influence the agent in relation to the principal's affairs. It is essential then that the agent clearly disclose to the principal as promptly as possible the source and amount or approximate amount of the benefit.

It is only if the disclosure is both adequate and timely that the agency relationship would be protected. With this knowledge, the principal would then be able to determine whether, and to what extent, to rely upon the advice given by the agent. It would be preferable if the disclosure were made in writing.

It is clear that KPA's clients were not aware that KPA accepted a sales commission from Qualico for each Qualico MURB sold to KPA clients. At their initial meeting with new clients, KPA personnel described the history of the firm, the services that the firm could provide and the various sources of compensation that KPA received. While the entire presentation took approximately one and a half hours, the explanation of sources of remuneration took less than five minutes. Such a vague and general disclosure is not sufficient to meet the objectives of s. 426.

At the time of the Qualico sales, there was no evidence that the clients were told that KPA was to receive commissions from Qualico. Kelly himself advised KPA associates that he did not want to put in writing any further disclosure concerning sources of remuneration for the MURB project. While the Offering Memoranda for the Qualico MURBs contained two one-line references to "Issuing and Sales Costs" for the projects, there was no specific reference to the fact that it was the appellant who was to receive these costs as a commission. Thus, in this case, it certainly could not be said that the disclosure was adequate and

l'agent. Plus le bénéfice de l'agent sera élevé, plus le conflit d'intérêts sera important et, toute proportion gardée, plus le risque sera grand pour le commettant. La divulgation doit être faite en temps opportun en ce sens que le commettant doit être informé de l'existence du bénéfice dès que possible. Certes, la divulgation doit être faite au moment où la récompense risque d'influencer l'agent relativement aux affaires du commettant. En conséquence, il est essentiel que l'agent divulgue clairement au commettant d'une façon aussi diligente que possible la source et le montant, exact ou approximatif, du bénéfice.

Le rapport découlant du mandat ne sera protégé que dans le cas où la divulgation est à la fois appropriée et faite en temps opportun. Muni de ces renseignements, le commettant pourra alors déterminer s'il doit se fier aux conseils de l'agent et dans quelle mesure. Il serait préférable que cette divulgation soit faite par écrit.

Il est évident que les clients de KPA ne savaient pas qu'elle avait accepté une commission de vente de Qualico pour chaque IRLM de cette dernière vendu aux clients de KPA. À la rencontre initiale avec les nouveaux clients, le personnel de KPA faisait l'historique de l'entreprise, décrivait les services qu'elle offrait et ses diverses sources de rémunération. La présentation durait environ une heure à une heure et demie, mais on consacrait moins de cinq minutes aux explications sur les sources de rémunération. Une divulgation aussi vague et générale n'est pas suffisante pour atteindre les objectifs de l'art. 426.

Rien ne prouve que les clients ont été mis au courant des commissions reçues de Qualico au moment où les ventes ont été effectuées. Kelly lui-même a avisé les associés de KPA qu'il ne voulait pas divulguer par écrit des renseignements additionnels concernant les sources de rémunération du projet d'IRLM. Les notices d'offre pour les IRLM de Qualico renfermaient deux mentions d'une ligne traitant des [TRADUCTION] «Frais d'émission et de vente» pour les projets, mais il n'y avait aucune mention expresse du fait que c'était l'appellant qui devait recevoir ces frais à titre de commissions. Par conséquent, en l'espèce, on ne peut cer-

timely. As well it can be seen that Kelly was aware of the extent of the disclosure and made a conscious decision to limit and restrict it. There was then cogent evidence upon which the convictions of the appellant could properly be based.

(iii) Corrupt Bargain

Is the Crown required to prove that there was a corrupt bargain between the giver and taker of the benefit? I think not. That was the basis of Hutcheon J.A.'s dissent. He held that the existence of a "corrupt bargain" is a pre-requisite to the commission of the offence described in s. 426. Hutcheon J.A.'s position is that there must be a guilty giver and a guilty taker in order for the Crown to secure a conviction under s. 426. The corrupt bargain approach focuses on the relationship between the agent and the third party rather than on the critical relationship which exists between the agent and principal.

The requirement of both a corrupt giver and a corrupt taker collapses the two independent provisions of s. 426(1)(a). The use of the disjunctive "or" in s. 426(1)(a) must mean that the section applies to either the giver or the taker. The provision need not apply to both at the same time. This interpretation I believe is supported by the obvious intent and aim of the section itself.

To repeat, the aim of s. 426 is to protect the principal in the conduct of the principal's affairs against people who might use or attempt to make use of the principal's agent. The section is concerned with the integrity of the agent and the right of the principal to rely upon the agent's integrity. Thus, if the agent/taker secretly accepts a commission to influence the principal's affairs there ought to be a finding of guilt whether or not the expectation and intention of the giver was that the taker would not disclose the benefit to the principal in an adequate and timely manner.

tainement pas dire qu'il y a eu une divulgation faite de façon appropriée et en temps opportun. On peut constater également que Kelly connaissait l'étendue de la divulgation et qu'il a pris consciemment la décision de la restreindre. Il y avait donc une preuve forte pouvant fonder la déclaration de culpabilité de l'appellant.

(iii) Affaire entachée de corruption

Le ministère public doit-il prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption entre le donneur et l'acceptant du bénéfice? À mon avis, il n'a pas à le faire. Il s'agit là du point sur lequel le juge Hutcheon a exprimé sa dissidence. Pour lui, l'existence d'une «affaire entachée de corruption» est une condition préalable à la perpétration de l'infraction prévue à l'art. 426. À son avis, il doit y avoir un donneur coupable et un acceptant coupable pour que le ministère public puisse obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 426. L'analyse fondée sur une affaire entachée de corruption met l'accent sur le rapport entre l'agent et la tierce partie plutôt que sur le rapport essentiel qui existe entre l'agent et le commettant.

Exiger que le donneur et l'acceptant aient tous deux agi par corruption, c'est oublier l'existence des deux dispositions indépendantes de l'al. 426(1)a). L'emploi de «selon le cas» à l'al. 426(1)a) doit vouloir dire que l'article s'applique soit au donneur soit à l'acceptant. La disposition n'a pas besoin de s'appliquer aux deux en même temps. À mon avis, cette interprétation est appuyée par l'intention et l'objet évidents de l'article.

Donc, l'art. 426 a pour objet de protéger le commettant contre les personnes qui pourraient avoir recours ou tenter d'avoir recours à son agent dans la conduite de ses affaires. Cet article s'intéresse à l'intégrité de l'agent et au droit du commettant de se fier à cette intégrité. En conséquence, si l'agent accepte secrètement une commission dans le but d'influencer les affaires du commettant, il doit être déclaré coupable, que le donneur ait ou non eu l'intention que l'acceptant ne divulgue pas au commettant, d'une façon appropriée et en temps opportun, l'existence du bénéfice.

The question of the corrupt bargain requirement is resolved by the definition of the offence contained in the section. Section 426(1)(a)(ii) provides that a crime is committed when the agent/taker knowingly accepts a benefit as consideration for influencing the affairs of the agent's principal without sufficient disclosure. In the case of a prosecution of an agent/taker under this section, the giver of the benefit must have paid the benefit to the taker as consideration for influencing the taker's principal. However, there is no requirement under s. 426(1)(a)(ii) for the Crown to prove that the giver was corrupt in the sense that the giver knew, expected or intended that the agent/taker would not disclose the benefit to the principal in an adequate and timely manner. Section 426 provides for the conviction of a guilty taker regardless of the guilt or innocence of the giver. A corrupt bargain is not required by the section.

Summary

There are then three elements to the *actus reus* of the offence set out in s. 426(1)(a)(ii) as they apply to an accused agent/taker with regard to the acceptance of a commission:

- (1) the existence of an agency relationship;
- (2) the accepting by an agent of a benefit as consideration for doing or forbearing to do any act in relation to the affairs of the agent's principal; and
- (3) the failure by the agent to make adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit.

The requisite *mens rea* must be established for each element of the *actus reus*. Pursuant to s. 426(1)(a)(ii), an accused agent/taker:

- (1) must be aware of the agency relationship;

La définition de l'infraction contenue dans l'article nous permet de trancher la question de savoir s'il faut prouver l'existence d'une affaire entachée de corruption. En vertu du sous-al. 426(1)a)(ii), commet un acte criminel l'agent qui accepte sciemment un bénéfice, à titre de contrepartie pour influencer les affaires de son commettant, sans l'avoir divulgué d'une façon suffisante. Lorsqu'une poursuite est intentée contre un agent-acceptant en vertu de cet article, le donneur doit avoir versé le bénéfice à l'acceptant à titre de contrepartie pour influencer le commettant de l'acceptant. Toutefois, en vertu du sous-al. 426(1)a)(ii), le ministère public n'a pas à établir que le donneur a agi par corruption en ce sens qu'il savait, prévoyait ou s'attendait que l'agent-acceptant ne divulguerait pas l'existence du bénéfice au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun. L'article 426 prévoit que l'acceptant peut être déclaré coupable, sans égard à la culpabilité ou à l'innocence du donneur. Cet article n'exige pas l'existence d'une affaire entachée de corruption.

Sommaire

L'*actus reus* de l'infraction prévue au sous-al. 426(1)a)(ii) comporte donc trois éléments qui devront être établis en cas d'accusation contre un agent-acceptant relativement à l'acceptation d'une commission:

- (1) l'existence d'un mandat;
- (2) l'acceptation par l'agent d'un bénéfice à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire un acte relatif aux affaires de son commettant;
- (3) l'omission de la part de l'agent de divulguer d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.

La *mens rea* requise doit être établie pour chacun des éléments de l'*actus reus*. Conformément au sous-al. 426(1)a)(ii), l'agent-acceptant accusé doit:

- (1) être au courant de l'existence du mandat;

(2) must knowingly accept the benefit as consideration for an act to be undertaken in relation to the affairs of the principal; and

(3) must be aware of the extent of the disclosure to the principal or lack thereof.

If the accused was aware that some disclosure was made then it will be for the court to determine whether, in all the circumstances of the particular case, it was in fact adequate and timely.

The word "corruptly" in the context of secret commissions means secretly or without the requisite disclosure. There is no "corrupt bargain" requirement. Thus, it is possible to convict a taker of a reward or benefit despite the innocence of the giver of the reward or benefit. Non-disclosure will be established for the purposes of the section if the Crown demonstrates that adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit has not been made by the agent to the principal.

In the case at bar, Qualico paid the standard commission to Kelly. It is clear that the nature of the commission was to encourage Kelly to influence his clients. Kelly was aware of this intention. He accepted the commission secretly and influenced the affairs of his principals. The payment of the commission was not disclosed in an adequate and timely manner. The Crown was not required to prove that Qualico's actions in paying the commissions were corrupt or part of a corrupt bargain with Kelly.

The Crown therefore has established all the elements requisite for conviction under s. 426.

Disposition

In the result the appeal must be dismissed.

(2) avoir accepté sciemment le bénéfice à titre de contrepartie pour un acte à être fait relativement aux affaires du commettant;

(3) être au courant de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation.

Si l'accusé savait qu'il y a eu divulgation, il reviendra alors à la cour de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a été faite de façon appropriée et en temps opportun.

Dans le contexte des commissions secrètes, l'expression «par corruption» signifie qu'elles ont été versées secrètement ou qu'elles n'ont pas été divulguées comme il se doit. L'existence d'une «affaire entachée de corruption» n'est pas nécessaire. En conséquence, l'acceptant d'une récompense ou d'un bénéfice peut être déclaré coupable malgré l'innocence du donneur. Pour l'application de l'article, le ministère public aura établi la non-divulgation s'il démontre que l'agent n'a pas divulgué au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.

En l'espèce, Qualico a payé la commission habituelle à Kelly. De toute évidence, la commission visait à inciter Kelly à influencer ses clients. Kelly était au courant de cette intention. Il a accepté la commission secrètement et influencé les affaires de ses commettants. Le paiement de la commission n'a pas été divulgué d'une façon appropriée et en temps opportun. Le ministère public n'avait pas à établir que Qualico avait agi par corruption lors du paiement des commissions, ou qu'il s'agissait d'une affaire entachée de corruption conclue avec Kelly.

En conséquence, le ministère public a prouvé tous les éléments requis pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 426.

Dispositif

Le pourvoi est par conséquent rejeté.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons of Cory J. herein but unfortunately I cannot agree with the result that he has reached. I agree with him that the relationship of principal and agent is an important one and that the trust on which it is dependent should be fostered by the law. I do not agree that this should be done by criminalizing breaches of duty unless Parliament has clearly indicated its intention to do so. More specifically, I cannot accept that the unilateral act of the appellant in failing to make full disclosure converts a breach of duty into criminal conduct.

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge Cory, mais, malheureusement, je ne peux souscrire à sa conclusion. Je conviens avec lui de l'importance du rapport commettant-agent et de la nécessité de protéger légalement la confiance sur laquelle il repose. Toutefois, contrairement au juge Cory, je ne crois pas que la réponse à cette nécessité réside dans la criminalisation de l'inexécution d'obligation à moins que le législateur n'ait clairement manifesté son intention à cet effet. Plus particulièrement, je ne peux convenir que le défaut de l'appelant de faire une divulgation complète, geste unilatéral, transforme l'inexécution d'obligation en un acte criminel.

The Purpose and Meaning of Section 426

A review of the history of the section shows that it deals with the giving of secret commissions or bribes to or by an agent. These benefits or rewards must have as their purpose the influencing of the agent in the exercise of his or her duty to the principal. I adopt the following statement of Laidlaw J.A. in *R. v. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287 (Ont. C.A.), at p. 289, as a definitive statement of the purpose of the legislation:

The evil against which that provision in the Criminal Code is directed is secret transactions or dealings with a person in the position of agent concerning the affairs or business of the agent's principal. It is intended that no one shall make secret use of the agent's position and services by means of giving him any kind of consideration for them. The agent is prohibited from accepting or offering or agreeing to accept any consideration from anyone other than his principal for any service rendered with relation to the affairs or business of his principal. It is intended to protect the principal in the conduct of his affairs and business against persons who might make secret use, or attempt to make such use, of the services of his agent. He is to be free at all times and under all circumstances from such mischievous influence. Likewise, it is intended that the agent shall be protected against any person who is willing to make use secretly of his position and services. Everyone is prohibited from entering into secret transactions under which he "gives, offers or agrees to give or offer" consideration to an

L'objet et le sens de l'art. 426

On constate, à l'étude de l'historique de l'article, que celui-ci porte sur le versement ou la réception par un agent de commissions secrètes ou de pots-de-vin. Ces bénéfices ou récompenses doivent viser à influencer l'agent dans l'exercice de ses fonctions envers le commettant. Je fais mien, à titre d'énoncé définitif de l'objet de la disposition législative, l'exposé du juge Laidlaw dans *R. c. Brown* (1956), 116 C.C.C. 287 (C.A. Ont.), à la p. 289:

[TRADUCTION] Le problème auquel veut remédier cette disposition du Code criminel est celui des opérations secrètes conclues avec une personne dans la situation d'un agent relativement aux affaires ou à l'entreprise de son commettant. Elle vise à ce que personne ne profite secrètement de la situation de l'agent et de ses services en retour d'une quelconque contrepartie. L'agent ne peut offrir qu'à son commettant, accepter ou convenir d'accepter que de ce dernier une contrepartie pour tout service rendu relativement à ses affaires ou à son entreprise. L'article est également destiné à protéger le commettant dans la gestion de ses affaires ou de son entreprise contre ceux qui pourraient profiter secrètement, ou tenteraient de profiter des services de son agent. Ce dernier ne doit en aucun temps et dans aucune circonstance subir cette influence malveillante. La disposition cherche également à protéger l'agent contre toute personne disposée à profiter secrètement de sa situation et de ses services. Il est interdit à quiconque de conclure des opérations secrètes en vertu desquelles il

agent for services with relation to the affairs or business of his principal. [Emphasis added.]

What the section proscribes are transactions or dealings designed to influence an agent in his conduct of the principals' affairs. It seeks to proscribe the various stages of such transactions or dealings. It applies at the formative stage by prohibiting an offer or demand. It applies to an agreement and it applies to dealings that are completed by the exchange of benefits or rewards.

What the section seeks to achieve is to keep the agent free of the influence of third parties who seek to reward the agent in return for some act affecting the affairs of the principal. In *R. v. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98 (C.A.), it was stated (at p. 112):

He must be free at all times and under all circumstances from such an influence. Likewise, the intent is to protect the employee from being approached by people who are willing to make use secretly of his position and services and who are willing to reward him or pay him for doing so.

Accordingly, when an agent is charged as the person receiving a benefit or reward, it must be established that he or she accepted it as a *quid pro quo* to influence him or her. This requires proof that it was offered, promised or given for this purpose and that it was within the agent's knowledge or belief that it was given for this purpose.

Considerable reliance was placed by the majority of the Court of Appeal on the judgments of the Court of Criminal Appeal of Victoria in *R. v. Gallagher, infra*. In that case an agent was prosecuted for receipt of gifts in contravention of the Victoria version of the corruption law. Section 176(1)(b) of the *Crimes Act* 1958 (Vict.) provided:

Whosoever being an agent corruptly receives or solicits from any person for himself or for any other person any valuable consideration—

«donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir» une contrepartie à un agent pour ses services relativement aux affaires ou à l'entreprise de son commettant. [Je souligne.]

La disposition interdit toute opération destinée à influencer l'agent dans sa gestion des affaires du commettant. Elle cherche donc à proscrire les différentes étapes de ces opérations. Elle s'applique au stade de la formation en interdisant toute offre ou demande, au stade de l'accord et enfin au stade où les opérations sont complétées par le paiement de bénéfices ou de récompenses.

L'article 426 cherche à mettre l'agent à l'abri de l'influence de tierces parties qui souhaitent le récompenser en retour de quelque acte influant sur les affaires du commettant. Dans *R. c. Morris* (1988), 64 Sask. R. 98 (C.A.), on dit, à la p. 112:

[TRADUCTION] Il ne doit en aucun temps et dans aucune circonstance subir ce genre d'influence. La disposition cherche également à éviter que l'employé soit sollicité par des personnes disposées à profiter secrètement de sa situation et de ses services en le récompensant ou en le payant en retour.

En conséquence, si un agent est accusé d'avoir reçu une récompense ou un bénéfice, il faut démontrer qu'il l'a accepté à titre de contrepartie visant à l'influencer. Pour ce faire, il faut prouver qu'elle a été offerte, promise ou donnée dans cette intention et que l'agent savait ou croyait qu'elle a été ainsi donnée.

La Cour d'appel, à la majorité, s'est grandement fiée aux jugements de la Court of Criminal Appeal de Victoria rendus dans *R. c. Gallagher*, ci-dessous. Dans cette affaire, un agent était accusé d'avoir reçu des avantages en contravention de la disposition de Victoria en matière de corruption. L'alinéa 176(1)(b) de la *Crimes Act* 1958 (Vict.) est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Commet une infraction criminelle [...] quiconque, étant un agent, par corruption, accepte ou exige de qui que ce soit, pour lui-même ou pour une autre personne, une contrepartie de quelque sorte—

(b) the receipt or any expectation of which would in any way tend to influence him to show or to forbear to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business;

b) dont l'acceptation ou la perspective est susceptible, de quelque façon, d'influencer l'agent ou de l'amener à témoigner ou à s'abstenir de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant;

shall be guilty of an indictable offence. . . .

In the first appeal (1985), 16 A. Crim. R. 215, the following charge to the jury was approved (at p. 222):

b Au cours du premier appel (1985), 16 A. Crim. R. 215, on a approuvé la directive suivante au jury, à la p. 222:

The fourth and final element of the crime alleged in each of the counts is that the agent corruptly received a valuable consideration. This looks to the state of mind of the agent at the time he received the valuable consideration. He acted corruptly if he then believed that the person giving him the valuable consideration intended that it should influence him to show favour or to forbear to show disfavour to some person in relation to his principal's affairs or business. It is irrelevant whether the agent himself intended by the receipt of the valuable consideration to show favour or forbear to show disfavour or not. Indeed, it is irrelevant as to whether or not he did show favour or forbear to show disfavour. If he believed that the person giving him the valuable consideration so intended to influence him, that is enough, because by accepting it he thereby had his loyalty divided. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le quatrième et dernier élément du crime présumé dans chaque chef d'accusation porte sur le fait que l'agent a, par corruption, reçu une contrepartie. Cet élément recherche l'état d'esprit de l'agent au moment où il a reçu la contrepartie. Il a agi par corruption s'il croyait alors que la personne lui donnant cette contrepartie avait l'intention de l'influencer pour qu'il témoigne ou s'abstienne de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant. Le fait que l'agent lui-même ait accepté la contrepartie dans l'intention de témoigner de la faveur ou de s'abstenir de témoigner de la défaveur ou non n'est pas pertinent. En fait, qu'il ait ou non effectivement témoigné de la faveur ou se soit abstenu de témoigner de la défaveur n'est pas pertinent. Il suffit qu'il ait cru que la personne lui donnant la contrepartie cherchait à l'influencer, car en l'acceptant il compromettait sa loyauté. [Je souligne.]

A new trial was, however, ordered on other grounds. The accused was convicted at the new trial and appealed again. See *R. v. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33. The Court of Appeal confirmed in the latter appeal that the recipient must believe that the giver intends that the benefit should influence the taker to show favour to the giver in the taker's dealings with the affairs of the principal. It was on this basis that the taker could be found guilty but the giver not. At page 35 the court stated: "if the recipient mistakenly believed that the giver intended to influence him the giver would not be acting corruptly but the recipient would be."

Toutefois, on a ordonné un nouveau procès pour des motifs différents. L'accusé a été déclaré coupable et il a de nouveau interjeté appel. Voir *R. c. Gallagher* (1987), 29 A. Crim. R. 33. La Cour d'appel a confirmé dans le deuxième appel que le bénéficiaire doit croire que le donneur cherche à l'influencer pour qu'il lui témoigne de la faveur dans sa gestion des affaires du commettant. Contrairement au donneur, l'acceptant pouvait être déclaré coupable pour ce motif. À la page 35, la cour a dit: [TRADUCTION] «si, par méprise, le bénéficiaire a cru que le donneur souhaitait l'influencer, le donneur n'a pas agi par corruption, mais le bénéficiaire l'a fait.»

Section 426 is more emphatic than the Victoria statute that the purpose of the payment must be to influence the agent to do or forbear from doing some act relating to the affairs of the principal. The

L'article 426 précise davantage que la loi de Victoria que le paiement doit être versé dans le but d'amener l'agent à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte relativement aux affaires du com-

agent is guilty only if the benefit or reward is “as consideration for doing or forbearing to do, or for having done or forborne to do, any act relating to the affairs or business of his principal. . .”. This requires either that the benefit is in fact offered for this purpose or that the recipient believes that it is. A benefit cannot be received in consideration for doing such an act if it is neither intended for that purpose by the giver nor believed to be so by the taker. Ordinarily, in any transaction the “consideration for” is the *quid pro quo* for each party’s obligation. The recipient of a promise or a benefit as a result of a promise does not determine its character unilaterally. Its character is determined by the promisor with the agreement of the promisee.

In most cases, therefore, the offence against the agent will be made out by establishing that he or she accepted a reward offered, promised or given for the purpose of influencing the agent. The offence is complete without the necessity of showing that the agent was in fact influenced in his or her actions. As pointed out by the Court of Appeal in *Gallagher*, it is the state of mind of the agent in accepting the consideration that is crucial. If the agent’s state of mind is affected by the temptation to affect the manner in which his duty is carried out by the expectation of a benefit or reward the evil against which the provision is aimed is engaged. For the same reason if the agent demands a benefit in return for some act or forbearance *vis-à-vis* the principal the section applies. The agent’s loyalty has been compromised by the expectation of reward. It is for this reason that an agent who believes that a benefit is being offered as consideration for affecting the affairs of his principal is guilty even if it was not in fact offered for this purpose.

The use of the word “corruptly” serves to emphasize the requirement that the acts of the giver or taker are not innocently done but *mala fide* in the sense of intentionally doing what the section otherwise forbids. In *R. v. Brown, supra*, at p. 289, “corruptly” was stated to mean “the act of

mettant. L’agent n’est coupable que si la récompense ou le bénéfice est versé «à titre de contrepartie pour faire ou s’abstenir de faire, ou pour avoir fait ou s’être abstenu de faire, un acte relatif aux affaires ou à l’entreprise de son commettant . . .» Le bénéfice doit, en fait, être offert dans cette intention ou le bénéficiaire doit croire qu’il l’est. Si le donneur n’avait pas cette intention et si l’acceptant ne croyait pas qu’il l’avait, le bénéfice ne peut pas être considéré comme contrepartie d’un tel acte. Généralement, dans toute opération, la «contrepartie» est donnée en compensation pour l’obligation de chaque partie. Le bénéficiaire d’une promesse ou d’un bénéfice résultant d’une promesse n’en détermine pas la nature unilatéralement. Celle-ci est déterminée par celui qui fait la promesse avec l’accord de celui à qui elle est faite.

Par conséquent, dans la plupart des cas, on établira la culpabilité de l’agent en démontrant qu’il a accepté une récompense offerte, promise ou donnée dans l’intention de l’influencer. L’infraction est consommée sans qu’il soit nécessaire de démontrer que les actes de l’agent ont effectivement été influencés. Comme l’a souligné la Cour d’appel dans *Gallagher*, le facteur décisif réside dans l’état d’esprit de l’agent qui accepte la contrepartie. Si ce dernier est influencé par la tentation de modifier la façon d’exercer ses fonctions en raison de l’espoir de recevoir un bénéfice ou une récompense, le problème auquel la disposition cherche à remédier se pose. Pour le même motif, si l’agent exige un bénéfice en retour d’un acte ou d’une abstention à l’endroit du commettant, l’article s’applique. La loyauté de l’agent a été affectée par l’espoir d’une récompense. Pour ce motif, l’agent qui croit qu’un bénéfice est offert à titre de contrepartie visant à influencer sur les affaires de son commettant est coupable même si, en fait, il n’a pas été offert dans ce but.

L’utilisation de l’expression «par corruption» vise à souligner la nécessité que le donneur ou l’acceptant n’agisse pas en toute innocence, mais de mauvaise foi, en faisant intentionnellement ce que la disposition interdit par ailleurs. Dans *R. c. Brown*, précité, à la p. 289, on a déclaré que l’ex-

doing the very thing which the statute forbids". In *R. v. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68 (Ont. C.A.), Roach J.A., while emphasizing the purpose of the gift or consideration, added that it must be *mala fide*. He stated (at p. 75):

The word "corruptly" in the section sounds the keynote to the conduct at which the section is aimed. The evil is the giving of a gift or consideration, not *bona fide* but *mala fide*, and designedly, wholly or partially, for the purpose of bringing about the effect forbidden by the section.

I do not agree that non-disclosure by the offeree is synonymous with the term "corruptly". While in some situations to which the section applies disclosure or the intention to disclose on the part of the offeree may negative *mala fides*, in others the fact of disclosure or intention to disclose is irrelevant. For example, when the giver is accused he or she may be guilty if he or she simply makes an offer as consideration for affecting the affairs of the principal. Provided that the intention of the giver is that the benefit not be disclosed to the principal, the offence is complete when the offer is made. The intention on the part of the offeree to disclose or indeed actual disclosure on his or her part is irrelevant. Inasmuch as the giver would still have acted corruptly, it cannot be treated as if the two terms were interchangeable. I regard disclosure and non-disclosure as one factor which in some applications of the section may be relevant in respect of the mental element of the offence. In cases in which the giver is charged, the offence is complete when the offer is made, accepted or the benefit or reward taken with the requisite state of mind. The cases to which I have referred make it plain that the gravamen of the offence as regards the recipient is the influence on the mind of the agent at the time at which one of these events takes place. If subsequent conduct is not relevant to show that the agent actually was or was not influenced, subsequent disclosure is also not relevant to excuse an offence which is complete.

pression «par corruption» s'entend de l'acte de [TRADUCTION] «faire la chose même que la loi interdit». Dans *R. c. Gross* (1945), 86 C.C.C. 68 (C.A. Ont.), le juge Roach, en mettant l'accent sur le but de l'avantage ou contrepartie, a ajouté qu'il doit être de mauvaise foi. Il s'est exprimé ainsi (à la p. 75):

[TRADUCTION] L'expression «par corruption» dans l'article donne le ton au comportement visé. Le problème réside dans le fait de donner un avantage ou une contrepartie, non pas de bonne foi, mais de mauvaise foi, et expressément, en tout ou en partie, dans l'intention d'obtenir l'effet interdit par l'article.

Je ne peux convenir que la non-divulgaration par celui qui reçoit l'offre est synonyme de l'expression «par corruption». Bien que dans certaines situations auxquelles l'article s'applique la divulgation ou l'intention de divulguer de la part de celui qui reçoit l'offre puisse neutraliser la mauvaise foi, dans d'autres, la divulgation n'est pas un facteur pertinent. Ainsi, si le donneur est accusé, il peut être coupable s'il a simplement présenté une offre à titre de contrepartie pour influencer sur les affaires du commettant. Pourvu que le donneur ait l'intention que le bénéfice ne soit pas divulgué au commettant, l'infraction est perpétrée dès que l'offre est faite. L'intention de divulguer de celui qui reçoit l'offre ou, en fait, la véritable divulgation, n'est pas pertinente. Dans la mesure où le donneur aurait tout de même agi par corruption, on ne peut considérer les deux termes interchangeables. À mon avis, la divulgation et la non-divulgaration sont un seul facteur qui, dans certaines applications de l'article, peut être pertinent à l'égard de l'élément moral de l'infraction. Dans les cas où le donneur est accusé, l'infraction est perpétrée dès que l'offre est faite ou acceptée ou que la récompense ou le bénéfice est accepté dans l'état d'esprit requis. Il ressort des cas mentionnés précédemment que l'élément essentiel de l'infraction à l'égard du bénéficiaire est l'influence sur l'esprit de l'agent au moment où l'un de ces événements se déroule. Si le comportement subséquent n'est pas pertinent pour démontrer que l'agent a été ou n'a pas été véritablement influencé, la divulgation subséquente est elle aussi non pertinente pour excuser une infraction consommée.

Application to this Case

The words of the charges in this case make it clear that the offences charged are in relation to a transaction with Qualico pursuant to which the appellant accepted consideration for inducing his clients to invest in Mirror Development. Count 1 which is typical reads as follows:

Between the 1st day of June, A.D. 1980, and the 31st day of March, A.D. 1983, at the City of Vancouver, Province of British Columbia, being an agent for Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY, and other clients of KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD., did corruptly accept from QUALICO DEVELOPMENTS LTD. a reward or benefit, to wit, Two Hundred Sixty-Two Thousand Dollars (\$262,000), as consideration for doing or having done an act relating to the affairs of Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY, and other clients of KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD., concerning the investments by the aforesaid persons in Mirror Developments, contrary to Section 383(1)(a) of the Criminal Code of Canada. [Emphasis added.]

The payments by Qualico were made to the appellant pursuant to an agreement that could not be said to be in consideration of the sale to clients of the appellant. The commissions were to be paid in consideration of a sale to whomever it was made. The agreement was entered into at arm's length and the commissions were the same amount as was paid to any other salesmen. While in many instances the appellant sold to his clients that was not because he was influenced by Qualico to do so nor because he believed that this was the intended purpose of either the agreement with Qualico or of the payments. The decision to sell to his clients was one that he made unilaterally. His failure to make full disclosure amounted to a breach of his duty but he is not guilty of the offence charged.

The majority of the Court of Appeal summed up the case against the appellant as follows:

I think the statute requires a *transaction*, but that transaction need be no more than the giver paying the taker to do something in relation to his client's affairs, and the

Application à l'espèce

Il ressort du libellé des accusations en l'espèce que les infractions imputées sont relatives à une opération effectuée avec Qualico, en vertu de laquelle l'appelant a accepté une contrepartie pour amener ses clients à investir dans Mirror Development. Le premier chef d'accusation est ainsi libellé:

[TRADUCTION] Entre le 1^{er} juin 1980 et le 31 mars 1983, en la ville de Vancouver (Colombie-Britannique), étant un agent de Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY et autres clients de KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD., a, par corruption, accepté de QUALICO DEVELOPMENTS LTD. une récompense ou bénéfice, à savoir deux cent soixante-deux mille dollars (262 000 \$), à titre de contrepartie pour faire ou avoir fait un acte relativement aux affaires de Janet BIGA, Michael DRISCOLL, Bruce HARRISON, Garry HENRY et autres clients de KELLY PETERS & ASSOCIATES LTD. concernant des investissements par les personnes susdites dans Mirror Developments, en contravention de l'alinéa 383(1)a) du Code Criminel du Canada. [Je souligne.]

Les paiements ont été versés par Qualico à l'appelant conformément à un accord et ne peuvent être considérés comme étant la contrepartie de la vente effectuée à des clients de l'appelant. Les commissions devaient être payées en contrepartie d'une vente faite à qui que ce soit. L'accord a été conclu sans lien de dépendance, et le montant des commissions était identique à celui payé à tout autre vendeur. Dans beaucoup de cas, l'appelant a vendu à ses clients; toutefois, il n'a pas vendu parce qu'il a été poussé par Qualico à le faire ni parce qu'il croyait que c'était là le but de l'accord avec Qualico ou des paiements. La décision de vendre à ses clients a été prise unilatéralement. Son défaut de divulguer de manière complète constitue une inexécution d'obligation, mais il n'est pas coupable de l'infraction imputée.

La Cour d'appel, à la majorité, a résumé l'affaire contre l'appelant de la façon suivante:

[TRADUCTION] Je crois que la loi prévoit l'existence d'une *opération*, mais il suffit que le donneur paie l'acceptant pour accomplir quelque chose relativement aux

taker knowing this. Such a transaction can be completely blameless in so far as the giver is concerned, and in the ordinary course of business. But the crime is committed by the taker who receives the money knowing the reason it is paid. That, in my view, is this case. [Emphasis added.]

((1989), 52 C.C.C. (3d) 137, at p. 155.)

With respect, applying this test to the facts of the case, the appellant ought to have been acquitted. The appellant did not know nor believe that Qualico was paying him to sell to his clients. This element is one that is stressed in the cases to which I have referred and which is totally absent in this case.

In the result I would allow the appeal and direct that an acquittal be entered in regard to each of the charges.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Sopinka J. and Cory J. and agree with Cory J. that the appeal should be dismissed. However, I have two concerns with respect to the reasons of Cory J. which require comment. Both are related to the lack of disclosure which constitutes an element of the *actus reus* of the offence, and an awareness of which constitutes an element of its *mens rea*.

I am satisfied that the aspect of the *mens rea* of the offence of taking a secret commission which is imported by the adverb “corruptly” may lie in awareness of the fact of non-disclosure. No corrupt bargain is required, for the reasons given by the majority below and Cory J. in this Court. Indeed, on the clear language of s. 426(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the offence may be committed simply by making a “demand” for or “agreeing to accept” a reward, which alone is sufficient to negate the alleged concluded corrupt bargain requirement.

My difficulty relates to the time and nature of the disclosure necessary to negate this element of

affaires de son client et que l’acceptant le sache. Cette opération peut être complètement inoffensive du point de vue du donneur, et être dans le cours normal des affaires. Toutefois, l’acceptant commet un acte criminel s’il connaît la raison pour laquelle l’argent est versé. Selon moi, c’est le cas en l’espèce. [Je souligne.]

((1989), 52 C.C.C. (3d) 137, à la p. 155.)

Avec égards, si l’on applique ce critère aux faits de l’espèce, j’estime que l’appelant aurait dû être acquitté. Il ne savait ni ne croyait que Qualico le payait pour vendre à ses clients. Les cas mentionnés précédemment ont fait ressortir cet élément et, en l’espèce, il est totalement inexistant.

En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner qu’un acquittement soit prononcé relativement à chaque accusation.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J’ai lu les motifs des juges Sopinka et Cory et je conviens avec ce dernier que le pourvoi doit être rejeté. Toutefois, les motifs du juge Cory me préoccupent à deux points de vue et je tiens à y apporter mes commentaires. Mes préoccupations visent l’absence de divulgation, qui constitue un élément de l’*actus reus*, et la connaissance de cette absence de divulgation, qui constitue un élément de la *mens rea*.

Je suis convaincue que la connaissance de la non-divulgation peut constituer l’aspect de la *mens rea* de l’infraction d’acceptation d’une commission secrète qui est sous-entendu par l’expression «par corruption». Pour les motifs exprimés par la Cour d’appel à la majorité et le juge Cory de notre Cour, il n’est pas nécessaire que l’affaire soit entachée de corruption. En fait, le sous-al. 426(1)a(ii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, établit clairement que l’infraction est commise simplement si l’agent «exige» ou «convient d’accepter» une récompense, ce qui en soi est suffisant pour contredire la prétendue nécessité d’une affaire conclue entachée de corruption.

J’éprouve des difficultés relativement au moment et à la nature de la divulgation qui permet-

the *mens rea* of the offence. Cory J. states that there must be "timely" and "adequate" disclosure. In my view, the way he goes on to define these terms extends the ambit of the offence in a way which is inconsistent with the basic principles of criminal law.

The first problem is that of timeliness. Cory J. states that "[i]t is essential . . . that the agent clearly disclose to the principal as promptly as possible the source and amount or approximate amount of the benefit" (emphasis added). He elaborates as follows (at p. 191):

The disclosure must be timely in the sense that the principal must be made aware of the benefit as soon as possible. Certainly the disclosure must be made at the point when the reward may influence the agent in relation to the principal's affairs.

This passage begs a number of questions. When is the crime complete? What is meant by "as soon as possible"? Is it a defence for the agent to say that the point had not yet been reached when he or she might be influenced? If so, when is that point? To pose these questions is to admit of the possibility of a variety of different answers.

As analyzed by Cory J. this offence is quite different from the general run of criminal offences. An offence is complete upon commission of a particular act or acts, the *actus reus*, accompanied by the requisite blameworthy mental state, the *mens rea*. Thus, for example, the offence of assault is complete when a person without the consent of another applies force to that other person, the *actus reus*, and does so with the intention of applying force to that other person without that other person's consent. The act is committed with the necessary intent and the offence is complete in a single, unified transaction. Under Cory J.'s analysis of the offence of taking secret commissions the agent may commit part of the *actus reus*, the taking of the commission in the requisite circumstances, and do so with part of the *mens rea*, namely knowledge of the circumstances constituting the *actus reus* to that point. But his ultimate

tent de conclure à l'absence de cet élément de la *mens rea* de l'infraction. Le juge Cory précise que la divulgation doit être faite «de façon appropriée» et «en temps opportun». À mon avis, le juge Cory donne à ces expressions une interprétation qui élargit la portée de l'infraction d'une façon incompatible avec les principes du droit pénal.

La première difficulté vise le moment de la divulgation. Le juge Cory précise qu'«il est essentiel que l'agent divulgue clairement au commettant d'une façon aussi diligente que possible la source et le montant, exact ou approximatif, du bénéfice» (je souligne). Il apporte à ce sujet les précisions suivantes (à la p. 191):

La divulgation doit être faite en temps opportun en ce sens que le commettant doit être informé de l'existence du bénéfice dès que possible. Certes, la divulgation doit être faite au moment où la récompense risque d'influencer l'agent relativement aux affaires du commettant.

Ce passage soulève un certain nombre de questions. Quand l'acte criminel est-il consommé? Qu'entend-on par l'expression «dès que possible»? Comme moyen de défense, l'agent peut-il prétendre que le moment n'était pas encore venu où il pouvait être influencé? Dans l'affirmative, quand arrive ce moment? Ces questions ouvrent la porte à toute une gamme de réponses.

L'analyse du juge Cory montre que cette infraction est fort différente de l'ensemble des infractions criminelles. Une infraction est consommée dès la perpétration d'un acte particulier, l'*actus reus*, accompagnée de l'état d'esprit coupable, la *mens rea*. Par exemple, l'infraction de voies de fait est consommée lorsqu'une personne emploie la force contre une autre personne sans son consentement, l'*actus reus*, et le fait d'une manière intentionnelle. L'acte est commis avec l'intention nécessaire et l'infraction est consommée en une seule opération. Selon l'analyse que fait le juge Cory de l'infraction d'acceptation de commissions secrètes, l'agent peut commettre une partie de l'*actus reus*, c'est-à-dire l'acceptation d'une commission dans les circonstances requises et le faire avec une partie de la *mens rea*, c'est-à-dire la connaissance des circonstances qui constitue jusqu'à ce point l'*actus reus*. Toutefois, la culpabilité de

guilt is at that point uncertain, dependent upon whether he fails "to make adequate and timely disclosure of the source, amount and nature of the benefit", the remainder of the *actus reus*, with an awareness of "the extent of the disclosure to the principal or lack thereof", the remainder of the *mens rea*. Under Cory J.'s analysis the commission of part of this offence can be deferred in accordance with the prevailing circumstances. If at that point in time which a trial judge with the benefit of hindsight determines to have been "timely" the agent has not made full disclosure and is aware of the lack of disclosure, the *actus reus* and *mens rea* appear, transforming non-criminal conduct into criminal conduct. It is as if the offence lies dormant, waiting to be brought to germination by the bright light of judicial contemplation.

It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. A crime which offends this fundamental principle may for that reason be unconstitutional. As Lamer J., as he then was, said in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1155:

It would seem to me that since the advent of the *Charter*, the doctrine of vagueness or overbreadth has been the source of attack on laws on two grounds. First, a law that does not give fair notice to a person of the conduct that is contemplated as criminal, is subject to a s. 7 challenge to the extent that such a law may deprive a person of liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. Clearly, it seems to me that if a person is placed at risk of being deprived of his liberty when he has not been given fair notice that his conduct falls within the scope of the offence as defined by Parliament, then surely this would offend the principles of

l'agent est à ce moment-là incertaine et dépendra du fait qu'il n'a pas divulgué «d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice», l'autre élément de l'*actus reus*, tout en étant au courant «de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation», l'autre élément de la *mens rea*. Selon l'analyse du juge Cory, la perpétration d'une partie de l'infraction peut être différée en fonction des circonstances. L'*actus reus* et la *mens rea* nécessaires apparaissent si, au moment que le juge de première instance estime, après coup, «opportun», l'agent n'avait pas fait une divulgation complète et était au courant de cette absence de divulgation, une conduite non criminelle devenant alors une conduite criminelle. C'est un peu comme si l'infraction était latente et ne se concrétiserait que lorsque le tribunal décide qu'elle a été accomplie.

C'est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C'est là un concept essentiel puisqu'une personne risque d'être privée de sa liberté et de subir la sanction et l'opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. La création d'un crime qui ne correspond pas à ce principe fondamental pourrait bien de ce fait être inconstitutionnelle. Comme l'a affirmé le juge Lamer, maintenant Juge en chef, dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1155:

Il me semble que, depuis l'adoption de la *Charte*, la théorie de l'imprécision ou de la portée excessive d'une loi a été à l'origine de deux moyens de contestation des lois. Premièrement, une loi qui ne donne pas un avertissement suffisant que la conduite envisagée est criminelle peut être contestée en vertu de l'art. 7 dans la mesure où cette loi peut priver une personne de sa liberté et de sa sécurité d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il me semble évident qu'il y a atteinte aux principes de justice fondamentale si une personne risque d'être privée de sa liberté parce qu'elle n'a pas reçu un avertissement suffisant que sa conduite était visée par l'infraction définie

fundamental justice. Second, where a separate *Charter* right or freedom has been limited by legislation, the doctrine of vagueness or overbreadth may be considered in determining whether the limit is "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

It is vagueness in the first sense mentioned by Lamer J. which is raised by the "after-the-fact" approach to the determination of when disclosure is timely that is advocated by Cory J.

Dickson C.J., La Forest and Sopinka JJ. concurring, agreed that it would be contrary to the principles of fundamental justice to permit a person to be deprived of his or her liberty for the violation of a vague law. As Dickson C.J. put it (at p. 1141):

Certainly in the criminal context where a person's liberty is at stake, it is imperative that persons be capable of knowing in advance with a high degree of certainty what conduct is prohibited and what is not. It would be contrary to the basic principles of our legal system to allow individuals to be imprisoned for transgression of a vague law.

A hovering possibility of criminality, which may come into being when in the circumstances it is deemed (after the fact) to have been timely to disclose, offends the fundamental requirement that the criminal law be certain. Simply put, agents will not thereby be given fair notice in advance whether a proposed course of conduct is criminal. Not only is this lack of predictability potentially unfair, it is also calculated to lessen the deterrent effect of the existence of the criminal prohibition, since people may put off disclosure which they ought to make because, as they see the circumstances at the time, no disclosure is necessary. Finally, it raises the question of whether an agent, who, at a certain time ought in all the circumstances to have disclosed a reward, is entitled to be acquitted because he did not realize that it was time to disclose.

In my view, if lack of disclosure is an element of the offence, then the time for disclosure must be clear and certain in law. Rather than holding the offence in suspended animation pending some

par le Parlement. Deuxièmement, lorsqu'une loi restreint une liberté ou un droit distinct garanti par la *Charte*, on peut tenir compte de la théorie de l'imprécision ou de la portée excessive d'une loi pour déterminer si la limite est imposée «par une règle de droit» au sens de l'article premier de la *Charte*.

C'est l'imprécision dans le premier sens mentionné par le juge Lamer que soulève l'analyse «après coup» du moment opportun de la divulgation, que préconise le juge Cory.

Le juge en chef Dickson, avec l'appui des juges La Forest et Sopinka, a convenu qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale de permettre à une personne d'être privée de sa liberté pour avoir violé une règle de droit imprécise. Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 1141:

Il est certain que dans le contexte pénal où la liberté d'une personne est en jeu, il est impératif que les personnes soient en mesure de savoir d'avance avec un degré de certitude élevé quelles conduites sont interdites ou permises. Il serait contraire aux principes fondamentaux de notre système judiciaire d'incarcérer des personnes pour la violation d'une loi imprécise.

Le risque qu'une conduite donnée devienne criminelle si l'on juge (après coup) que, dans les circonstances, le moment était opportun aux fins de la divulgation, va à l'encontre de l'exigence fondamentale que les règles de droit pénal soient précises. Bref, un agent ne recevra pas ainsi un avertissement suffisant que l'acte qu'il se propose d'accomplir est criminel. Cette absence de prévisibilité risque non seulement d'être injuste, mais aussi de limiter l'effet de dissuasion associé à l'existence d'une interdiction criminelle, car une personne pourrait différer la divulgation qu'elle était tenue de faire parce que, dans les circonstances de l'époque, elle n'estimait pas nécessaire de la faire. Enfin, il faut aussi déterminer si un agent tenu de divulguer, à un certain moment, une récompense, quelles que soient les circonstances, a droit à un acquittement parce qu'il ne s'est pas rendu compte que le moment était venu de le faire.

À mon avis, si l'absence de divulgation constitue un élément de l'infraction, le moment de la divulgation doit être clair et précis en droit. Plutôt que d'attendre la réalisation d'un événement futur

future event which will determine the timeliness of disclosure, I would fix the time at which disclosure must be made. Where the *actus reus* is the taking of a secret commission, then the relevant time to see whether there has been a failure to disclose is the time the commission is taken. For practical purposes, this means that if the agent accepts a commission without beforehand (or simultaneously, if that can be conceived) advising the principal of the fact, the offence is established. It is up to the agent to refuse the commission unless he or she has first advised the principal of his or her intention to take it.

This, in my view, makes practical sense. To allow an agent to accept a secret commission on the basis that he or she will tell the principal "as soon as possible" is to encourage the acceptance of such commissions: the road to crime, as to hell, may be paved with good intentions. On the other hand, to require the agent to clear the matter with his or her principal before accepting the commission imposes no undue hardship. Assume, for example, the arrival in the mail of an unsolicited commission. The agent cannot accept the cash or cash the cheque, as the case may be, until he or she has advised the principal of the commission. I see only good coming from such a requirement.

I turn from the timing of disclosure to the question of degree of disclosure. Here again the governing consideration is that the criminal law must be clear and certain. Cory J. states that the amount of the commission must be stated to the "best of the agent's ability", and concludes (at p. 194):

If the accused was aware that some disclosure was made then it will be for the court to determine whether, in all the circumstances of the particular case, it was in fact adequate. . . .

This "after-the-fact" standard is, in my opinion, too vague to meet the requirements of the criminal law.

qui servira à déterminer le moment opportun de la divulgation, on devrait, à mon avis, préciser le moment où la divulgation doit être faite. Si l'*actus reus* est l'acceptation d'une commission secrète, alors le moment pertinent qui servira à déterminer s'il y a eu absence de divulgation est celui où la commission est acceptée. En pratique, si l'agent accepte une commission sans en informer le commettant au préalable (ou simultanément à l'acceptation, en admettant que cela soit possible), l'infraction est commise. Il appartient à l'agent de refuser la commission sauf s'il a tout d'abord informé le commettant de son intention de l'accepter.

À mon avis, il est logique de procéder de cette façon. Permettre à un agent d'accepter une commission secrète pour le motif qu'il en divulguera l'existence au commettant «dès que possible» encourage l'acceptation de ces commissions: le «chemin» du crime, tout comme celui de l'enfer, peut être pavé de bonnes intentions. Par contre, exiger de l'agent qu'il obtienne tout d'abord l'accord de son commettant avant d'accepter une commission ne crée aucun préjudice indu. Supposons, par exemple, que l'agent recevrait par courrier une commission non sollicitée. L'agent ne pourra accepter la somme d'argent ou toucher le chèque, selon le cas, tant qu'il n'aura pas informé le commettant de l'existence de la commission. Je suis d'avis qu'une telle exigence ne peut apporter que des résultats positifs.

Je passerai maintenant de l'examen du moment de la divulgation à celui du degré de divulgation. De nouveau, la considération de base est que les règles de droit pénal doivent être claires et précises. Le juge Cory précise que l'agent doit «calcul[er] le mieux possible» le montant de la commission et il conclut, à la p. 194:

Si l'accusé savait qu'il y a eu divulgation, il reviendra à la cour de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a été faite de façon appropriée. . . .

Selon moi, cette norme appliquée «après coup» est trop imprécise pour satisfaire aux exigences du droit pénal.

I agree with Cory J. that the extent of disclosure required depends on the purpose which the disclosure requirement is intended to further. I agree with Cory J. as well that "disclosure is essential to alert the principal to the existence of conflict of interest situations" (p. 190). It is to the avoidance of conflicts of interest and the consequent danger that the agent may not act exclusively in the best interests of his or her principals that the disclosure requirement is directed. The amount of the commission is purely secondary. A large commission might tempt one agent; a small one might suffice for another. Moreover, a requirement that the amount of the commission be disclosed poses practical difficulties of calculation, as Cory J. recognizes. These are exacerbated if disclosure is to be made either simultaneously with acceptance of the commission, or, as would be practically necessary under my reasoning, in advance.

In my view, all that is required by the criminal law is that if an agent is contemplating taking a commission from a third party with respect to a transaction with his principal, then the agent must disclose the fact that he will receive the commission to the principal, specifically advising the principal of the transaction to which the commission will relate. Such a communication will put the principal on notice that the agent is in a potential conflict of interest. It will then be open to the principal to decline to enter the transaction, to ask for further details or amounts, or to take such other steps as he or she may choose. The objective of the section will be achieved, and the question as to whether the agent's conduct is criminal will not hang on arguments over whether the agent has made a "reasonable effort" to state the amount of the commission to the "best of [his or her] ability" "in all the circumstances of the particular case". I add that it cannot be enough to state at the beginning of a relationship that commissions may from time to time be taken. The offence relates to a particular taking, and so, it follows, must disclosure.

On the facts of this case it is clear that there was no disclosure of the particular commissions to the

Je suis d'accord avec le juge Cory que l'étendue de la divulgation requise dépend de l'objet que vise à atteindre l'obligation de divulgation. Je conviens également avec lui que «la divulgation de l'existence d'une commission est essentielle pour attirer l'attention du commettant sur les risques de conflits d'intérêts» (p. 190). L'obligation de divulgation vise à éviter les conflits d'intérêts et, donc, le risque que l'agent n'agisse pas exclusivement dans l'intérêt de ses commettants. Le montant de la commission est purement secondaire. Certains agents seront tentés par une commission élevée, mais d'autres le seront par une commission moindre. Par ailleurs, obliger la divulgation du montant d'une commission pose des difficultés pratiques de calcul, comme le reconnaît le juge Cory. Ces problèmes sont amplifiés si la divulgation doit être faite simultanément à l'acceptation de la commission ou, comme l'exigerait à toutes fins pratiques mon raisonnement, à l'avance.

À mon avis, le droit pénal exige tout simplement que l'agent qui a l'intention d'accepter une commission d'un tiers relativement à une opération qu'il a conclue avec son commettant en fasse part à ce dernier, et lui indique précisément sur quelle opération portera la commission. Ainsi informé, le commettant saura que l'agent risque d'être dans une situation de conflit d'intérêts. Il lui appartiendra ensuite de refuser de conclure l'opération en question, de demander d'autres détails ou le montant des commissions, ou de prendre d'autres mesures qu'il peut juger nécessaires. L'objectif de la disposition sera atteint et la question de savoir si la conduite de l'agent est criminelle ne tournera pas autour d'arguments visant à déterminer si l'agent a déployé des «efforts raisonnables» pour indiquer le montant de la commission «calculé le mieux possible» «compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire». Je tiens à préciser qu'il ne peut être suffisant de mentionner au début d'une relation qu'il pourra y avoir acceptation de commissions à l'occasion. L'infraction porte sur l'acceptation d'une commission donnée et il doit en être de même de la divulgation.

D'après les faits de l'espèce, il est évident qu'il n'y a eu aucune divulgation des commissions aux

principals involved. Therefore the offence is made out.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, SOPINKA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Oreck, Chernoff, Tick, Farber & Folk, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

commettants en cause. En conséquence, il y a eu perpétration de l'infraction.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^a

Pourvoi rejeté, le juge SOPINKA est dissident.

Procureurs de l'appelant: Oreck, Chernoff, Tick, Farber & Folk, Vancouver.

^b

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.