

James Peter Emms *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Ontario Crown Attorneys' Association, Information and Privacy Commissioner of Ontario, David Asper Centre for Constitutional Rights and Criminal Lawyers' Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. EMMS

2012 SCC 74

File No.: 34087.

2012: March 14 and 15; 2012: December 21.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Jurors — Selection — Appellant convicted of fraud — Prior to jury selection, Crown requesting that police conduct criminal record checks of prospective jurors and also provide comments on whether any prospective jurors were “disreputable persons” — None of the information received in response by Crown disclosed to defence — Whether it was appropriate to seek such information — Whether there should have been disclosure of same — Whether there is a reasonable possibility that such conduct affected trial fairness or gave rise to an appearance of unfairness, such that a miscarriage of justice occurred.

In 2008, following a trial in Barrie, Ontario, E was convicted of three counts of fraud. His appeal from conviction alleged as one of the grounds of appeal that there had been improper jury vetting by the Crown Attorney's office in conjunction with the police. Prior to the jury

James Peter Emms *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Association canadienne des libertés civiles, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Ontario Crown Attorneys' Association, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, David Asper Centre for Constitutional Rights et Criminal Lawyers' Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. EMMS

2012 CSC 74

N^o du greffe : 34087.

2012 : 14 et 15 mars; 2012 : 21 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Jurés — Sélection — Appelant déclaré coupable de fraude — Demande de la Couronne présentée à la police avant la sélection du jury pour que cette dernière procède à la vérification du casier judiciaire des candidats jurés et précise s'il s'agissait de « personnes peu recommandables » — Aucun des renseignements reçus par le ministère public n'a été communiqué à la défense — Une telle demande était-elle acceptable? — Ces renseignements auraient-ils dû être communiqués? — Existait-il une possibilité raisonnable qu'une telle conduite ait nui à l'équité du procès ou ait donné lieu à une apparence d'iniquité entraînant une erreur judiciaire?

En 2008, à la suite d'un procès s'étant tenu à Barrie, en Ontario, E a été déclaré coupable sur trois chefs d'accusation de fraude. Dans l'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité, il a fait valoir notamment l'irrégularité de l'évaluation des candidats jurés par le

selection in E's trial, the Crown Attorney's office had requested that the police conduct inquiries as to whether potential jurors had a criminal record or whether they were otherwise "disreputable persons" who would be undesirable as jurors. Information obtained from these checks was provided to Crown counsel, who used it when exercising peremptory challenges. The information was not disclosed to the defence, despite a practice memorandum distributed to Crown offices in Ontario in 2006 directing that any jury vetting carried out by the police was to be restricted to criminal record checks and that any information obtained was to be disclosed to the defence. In dismissing E's appeal, the Court of Appeal found that the Crown had failed to meet its disclosure obligations, but concluded that there was no reasonable possibility that the non-disclosure had any impact on the partiality of the jury or on the verdict. The court was satisfied that the selection process had not compromised the overall fairness of the trial. It also held that the conduct of the Crown and the police did not impact on the appearance of fairness of the trial and therefore had not occasioned a miscarriage of justice.

Held: The appeal should be dismissed.

The principles governing the propriety of jury vetting and the use of police databases to check the criminal antecedents of prospective jurors have been canvassed in *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777. They apply equally to the present appeal. The Crown was entitled to have the police check the antecedents of prospective jurors for ineligibility and challenge for cause purposes. It was not entitled to have the police go further and use their databases to determine if a prospective juror was, or might be, a person of disreputable character, but, if information of that nature came to light during a valid criminal record search, it was to be brought to the Crown's attention. If the Crown considered it to be relevant to the jury selection process, it was obliged to disclose the information to the defence.

With respect to trial fairness, as stated in *Yumnu*, persons seeking a new trial must establish, at a minimum, that: (1) the Crown failed to disclose information relevant to the selection process that it was obliged to disclose; and (2) had the requisite disclosure been made, there is a reasonable possibility that the jury

bureau des procureurs de la Couronne de concert avec la police. Avant la sélection du jury dans le procès de E, le bureau des procureurs de la Couronne a demandé à la police de vérifier si des candidats jurés avaient un casier judiciaire ou si certains étaient « peu recommandables » et indésirables à titre de jurés. Les renseignements recueillis lors de ces vérifications ont été transmis à la procureure de la Couronne, qui s'en est servie lorsqu'elle a exercé son droit à des récusations péremptoires. Les renseignements n'ont pas été communiqués à la défense, malgré l'avis de pratique transmis aux bureaux des procureurs de la Couronne de l'Ontario en 2006 selon lequel les évaluations des candidats jurés par la police doivent se limiter à la vérification du casier judiciaire et les renseignements obtenus doivent être communiqués à la défense. La Cour d'appel, qui a rejeté l'appel, a reconnu que le ministère public ne s'était pas acquitté de ses obligations de communication, mais a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que la non-communication ait eu une incidence sur la partialité du jury ou sur le verdict. La cour était convaincue que le processus de sélection n'avait pas compromis l'équité globale du procès et a conclu que la conduite du ministère public et de la police n'avait eu aucune incidence sur l'apparence d'équité du procès et n'avait donc pas entraîné d'erreur judiciaire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les principes régissant la légitimité de l'évaluation des candidats jurés et l'utilisation des bases de données de la police pour vérifier les antécédents criminels des candidats jurés ont été examinés dans *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777. Ils s'appliquent également en l'espèce. Le ministère public avait le droit de demander à la police de vérifier les antécédents des candidats jurés pour savoir s'ils étaient habiles ou non à occuper cette fonction et sujets à une récusation motivée. Il n'avait pas le droit de demander à la police d'aller plus loin et d'utiliser ses bases de données afin de déterminer si un candidat juré était, ou pouvait être, un individu peu recommandable, mais si des renseignements de cette nature devaient être dévoilés lors d'une vérification valide du casier judiciaire, il y aurait lieu de les porter à l'attention du ministère public. Si celui-ci estimait qu'ils sont pertinents pour le processus de sélection des jurés, il serait tenu de communiquer ces renseignements à la défense.

Quant à l'équité du procès, comme la Cour l'explique dans *Yumnu*, ceux qui sollicitent la tenue d'un nouveau procès doivent, à tout le moins, établir : (1) que le ministère public n'a pas communiqué des renseignements pertinents pour le processus de sélection qu'il était tenu de communiquer; (2) que si la communication

would have been differently constituted. In the case at bar, although the Crown failed to disclose information that was relevant to the defence in the selection process, E has failed to show that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently composed had the Crown met its disclosure obligations.

With respect to appearance of unfairness, this case is more troublesome than *Yumnu* because at the time of E's trial, all Crown offices across the Province of Ontario had received the practice memorandum on criminal record checks and disclosure. However, while the conduct of the police and the Crown was in some respects improper and should not be repeated, there is no basis for concluding that they conspired to obtain a favourable jury. What occurred did not constitute a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community's sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

Cases Cited

Applied: *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777; **distinguished:** *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638(1)(c).

Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: The Association, 2009 (online: <http://www.cba.org>).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 26, 2012 (online: <http://www.lsuc.on.ca>).

Ontario. Information and Privacy Commissioner. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report*. Toronto: The Commissioner, 2009.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Blair and Juriansz JJ.A.), 2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201, 264 C.C.C. (3d) 402, 81 C.R. (6th) 267, 272 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 5195 (QL), 2010 CarswellOnt 9069, upholding the accused's conviction on three counts of fraud. Appeal dismissed.

avait été faite dans les règles, il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment. En l'espèce, même si le ministère public a omis de communiquer des renseignements qui auraient pu être utiles à la défense durant le processus de sélection, E n'a pas démontré qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si le ministère public s'était acquitté de ses obligations de communication.

Quant à l'apparence d'iniquité, la présente affaire est plus troublante que *Yumnu* puisque, au moment du procès de E, tous les bureaux des procureurs de la Couronne de la province d'Ontario avaient reçu l'avis de pratique relatif à la vérification du casier judiciaire et à la communication. Cela dit, bien que la conduite de la police et du ministère public fût inappropriée à certains égards et ne doit pas se reproduire, rien ne permet de conclure qu'ils ont comploté pour obtenir un jury qui leur serait favorable. Ce qui s'est passé en l'espèce ne constituait pas une entrave sérieuse à l'administration de la justice, ni ne heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d'erreur judiciaire.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638(1)(c).

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : L'Association, 2009 (en ligne : <http://www.cba.org>).

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 26 avril 2012 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca>).

Ontario. Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée. *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors : A Special Investigation Report*. Toronto : Le Commissaire, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Blair et Juriansz), 2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201, 264 C.C.C. (3d) 402, 81 C.R. (6th) 267, 272 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 5195 (QL), 2010 CarswellOnt 9069, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé sur trois chefs de fraude. Pourvoi rejeté.

Mark C. Halfyard and Daniel Brown, for the appellant.

Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes and Susan Magotiaux, for the respondent.

Frank Addario, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Nader R. Hasan and Gerald Chan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Paul J. J. Cavalluzzo and Shaun O'Brien, for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association.

William S. Challis and Stephen McCammon, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Cheryl Milne and Lisa Austin, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Anthony Moustacalis and Peter Thorning, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] On October 8, 2008, following a 10-day trial in the Ontario Superior Court of Justice before Salmers J. and a jury, the appellant, James Emms, was convicted of one count of fraud over \$5,000 and two counts of fraud under \$5,000. His appeal from conviction was argued before the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Blair and Juriansz J.J.A.) on June 28 and 29, 2010. The appellant raised one ground of appeal relating to an evidentiary ruling and a second ground alleging improper jury vetting by the Crown Attorney's office in Barrie, Ontario in conjunction with various police forces in the Judicial District of Simcoe County.

Mark C. Halfyard et Daniel Brown, pour l'appellant.

Michal Fairburn, Deborah Krick, John S. McInnes et Susan Magotiaux, pour l'intimé.

Frank Addario, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Nader R. Hasan et Gerald Chan, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Paul J. J. Cavalluzzo et Shaun O'Brien, pour l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association.

William S. Challis et Stephen McCammon, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Cheryl Milne et Lisa Austin, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Anthony Moustacalis et Peter Thorning, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le 8 octobre 2008, à la suite d'un procès de 10 jours devant le juge Salmers de la Cour supérieure de justice de l'Ontario et un jury, l'appellant, James Emms, a été déclaré coupable d'un chef d'accusation de fraude de plus de 5 000 \$ et de deux chefs d'accusation de fraude de moins de 5 000 \$. L'appel qu'il a interjeté de sa déclaration de culpabilité a été entendu par la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Blair et Juriansz) les 28 et 29 juin 2010. L'appellant a invoqué un moyen d'appel se rapportant à une décision en matière de preuve et un second moyen par lequel il a fait valoir l'irrégularité de l'évaluation des candidats jurés par le bureau des procureurs de la Couronne de Barrie, en Ontario, de concert avec divers corps policiers du district judiciaire du comté de Simcoe.

[2] On December 3, 2010, Rosenberg J.A., writing for the court, released detailed reasons for judgment dismissing the appeal (2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201).

[3] The appellant now appeals to this Court, solely in respect of the jury vetting issue. In brief, he complains that the vetting of potential jurors by the Crown and the police subverted the jury selection process and resulted in a jury that, if not favourable to the Crown, might well have been differently composed had he known of the practice and been advised of the information obtained from it. Second, he submits that even if his fair trial rights were not compromised, the conduct of the Crown and the police amounted to a gross interference with the administration of justice and resulted in a miscarriage of justice requiring a new trial.

[4] The appellant's appeal was heard together with the appeals of Mr. Yumnu, Mr. Cardoso and Mr. Duong (*R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777 (the "*Yumnu* appeals")). All four appeals emanate from the same jurisdiction and they raise common issues.

[5] The principles governing the propriety of jury vetting and the use of police databases to check the criminal antecedents of prospective jurors have been canvassed in the *Yumnu* appeals. They apply equally to the present appeal. What separates this appeal from the *Yumnu* appeals is the facts. Specifically, the facts in this appeal are more favourable to the defence — and that makes this appeal more challenging for the Crown and more difficult to defend. In the end, while I believe that this case is closer to the line than the *Yumnu* appeals, I am not persuaded that the appellant was deprived of his right to a fair trial. Nor am I satisfied that the conduct of the Crown and the police, though improper in some respects, can be said to have crossed the line and occasioned a miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeal.

[2] Le 3 décembre 2010, le juge Rosenberg de la Cour d'appel, s'exprimant au nom de la cour, a rejeté l'appel dans un jugement aux motifs détaillés (2010 ONCA 817, 104 O.R. (3d) 201).

[3] L'appelant se pourvoit à présent devant la Cour, mais uniquement à l'égard de la question relative à l'évaluation des candidats jurés. En bref, il se plaint du fait que cette évaluation par le ministère public et la police aurait subverti le processus de sélection des jurés et engendré un jury qui, sans être nécessairement favorable au ministère public, aurait très bien pu être composé différemment s'il avait été au courant de cette pratique et informé des renseignements obtenus grâce à celle-ci. L'appelant a aussi soutenu que même s'il n'y avait pas eu atteinte à son droit à un procès équitable, la conduite du ministère public et de la police a constitué une entrave flagrante à l'administration de la justice et entraîné une erreur judiciaire nécessitant la tenue d'un nouveau procès.

[4] Le pourvoi de l'appelant a été entendu en même temps que les appels intentés par MM. Yumnu, Cardoso et Duong (*R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777 (les « pourvois *Yumnu* »)). Ces quatre pourvois émanent de la même juridiction et soulèvent des questions communes.

[5] Les principes régissant la légitimité de l'évaluation des candidats jurés et l'utilisation des bases de données de la police pour vérifier les antécédents criminels des candidats jurés ont été examinés dans les pourvois *Yumnu*. Ils s'appliquent également en l'espèce. Ce qui distingue le présent pourvoi des pourvois *Yumnu*, ce sont les faits qui, en l'espèce, sont plus favorables à la défense. C'est pourquoi le présent pourvoi présente un plus grand défi pour l'intimé, le ministère public, et est plus difficile à défendre. Cela dit, même si je crois qu'il s'agit d'un cas plus limite que les pourvois *Yumnu*, je ne suis pas persuadé que l'appelant a été privé de son droit à un procès équitable. Je ne suis pas non plus convaincu qu'on peut dire que la conduite du ministère public et de la police, même si elle était inappropriée à certains égards, a dépassé les bornes et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Background

[6] The facts surrounding the jury vetting issue were presented to the Court of Appeal by way of an Agreed Statement of Facts. Various documents were appended to the Agreed Statement of Facts, including memoranda from the Ministry of the Attorney General of Ontario on background juror checks, questionnaires completed by several Crown Attorneys in the Barrie Crown's office, information about prospective jurors on a marked-up jury panel list used by the trial Crown during the selection process and evidence concerning the various databases available to the police.

[7] Jury selection in the appellant's trial was scheduled to begin on September 22, 2008. On September 4, 2008, someone in the Court Services Division of the Ontario Ministry of the Attorney General provided the Barrie Crown's office with a copy of the jury panel list for the week of September 22. On September 10, an administrative assistant in the Crown Attorney's office sent copies of the jury list to five local Ontario Provincial Police detachments and the Midland Police Service. Accompanying each list was a memorandum dated September 10, requesting the police to provide the Crown with the same information the Crown's office had sought in the *Yumnu* appeals some four years earlier. Among other things, the memorandum included the following request:

Please check the attached jury panel list, for the persons listed in your locality, and advise if any of them have criminal records. We are not able to provide dates of birth.

It would also be helpful if comments could be made concerning any disreputable persons we would not want as a juror. All we can ask is that you do your best considering the lack of information available to us.

II. Contexte factuel

[6] Les faits entourant la question relative à l'évaluation des candidats jurés ont été présentés à la Cour d'appel par voie d'exposé conjoint des faits. Divers documents ont été annexés à cet exposé, notamment les avis sur la vérification des antécédents des candidats jurés émanant du ministère du Procureur général de l'Ontario, des questionnaires remplis par plusieurs procureurs du bureau des procureurs de la Couronne de Barrie, des renseignements concernant les candidats figurant au tableau annoté des candidats jurés dont s'est servie la procureure de la Couronne pendant le processus de sélection et des éléments de preuve concernant les diverses bases de données que peuvent consulter les policiers.

[7] Dans le cadre du procès de l'appellant, la sélection des jurés devait débiter le 22 septembre 2008. Le 4 septembre 2008, une personne de la Division des services aux tribunaux du ministère du Procureur général de l'Ontario a transmis au bureau des procureurs de la Couronne de Barrie une copie du tableau des candidats jurés pour la semaine du 22 septembre. Le 10 septembre, une adjointe administrative du bureau du procureur de la Couronne a envoyé des copies du tableau des candidats jurés à cinq détachements locaux de la police provinciale de l'Ontario ainsi qu'au service de police de Midland. Chaque copie était accompagnée d'une note, datée du 10 septembre, dans laquelle la police était priée de communiquer au ministère public les mêmes renseignements que le bureau des procureurs de la Couronne avait demandés dans les pourvois *Yumnu*, quelque quatre ans auparavant. Entre autres choses, la note comportait la demande suivante :

[TRADUCTION] Veuillez vérifier le tableau des candidats jurés ci-joint, pour ce qui est des personnes de votre localité qui y sont mentionnées, et nous indiquer si certaines d'entre elles ont un casier judiciaire. Nous ne sommes pas en mesure de vous fournir les dates de naissance.

Il serait également utile que vous fassiez des commentaires au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés. Tout ce que nous vous demandons, c'est de faire de votre mieux compte tenu des renseignements qui nous manquent.

[8] Upon receiving the memorandum and the jury panel list, checks were carried out by the various police detachments using databases available only to the police. These databases — mainly the Canadian Police Information Centre (“CPIC”) and Niche RMS — revealed the criminal records of prospective jurors, as well as other matters such as outstanding warrants, court orders, charges, police contacts, and investigations relating to individuals and locations.

[9] Information obtained from these checks was sent to the Crown Attorney’s office in Barrie and turned over to the Crown with carriage of the trial. As Rosenberg J.A. noted, at para. 39, the information in question was of limited value. For the most part, it consisted of notations such as “OK”, “negative”, or “possible”. Crown counsel took the words “OK” and “negative” to mean that the prospective juror had no prior criminal record. She took the word “possible” to mean that the prospective juror might have a criminal record.

[10] In several instances, the notations suggested that the individual might have had some involvement with the criminal law, even though no convictions had been recorded. For example, beside one prospective juror, the words “CNI [Criminal Name Index] 1995 Drugs no convictions” appeared.

[11] None of the information obtained by the police and forwarded to the Crown was disclosed to the defence, either directly, or indirectly as had occurred in the *Yumnu* appeals. By the time the jury vetting was carried out in this case, all Crown offices across the province of Ontario had received a Practice Memorandum dated March 31, 2006 (PM [2005] No. 17), directing that criminal record checks, if done, and any concrete information provided by police to the Crown suggesting that an individual may not be impartial should be disclosed to the defence. The same memorandum

[8] Lorsqu’ils ont reçu la note et le tableau des candidats jurés, des policiers des divers détachements ont effectué des vérifications à l’aide de bases de données que seule la police peut consulter. Ces bases de données — principalement le Centre d’information de la police canadienne (« CIPC ») et le SGD Niche — ont révélé le casier judiciaire de candidats jurés ainsi que d’autres faits, notamment des mandats non exécutés, des ordonnances judiciaires, des accusations, des démêlés avec la police et des enquêtes portant sur des personnes et des lieux.

[9] Les renseignements recueillis lors de ces vérifications ont été transmis au bureau des procureurs de la Couronne de Barrie puis, à la procureure de la couronne chargée de la conduite du procès. Comme l’a souligné le juge Rosenberg au par. 39, les renseignements en question avaient une valeur limitée. Ils consistaient essentiellement en des annotations telles que [TRADUCTION] « OK », « négatif » ou « possible ». La procureure de la Couronne a interprété les mots « OK » et « négatif » comme signifiant que le candidat juré n’avait pas de casier judiciaire. Elle a interprété le mot « possible » comme signifiant que le candidat juré pouvait avoir un casier judiciaire.

[10] Dans plusieurs cas, les annotations laissaient entendre que la personne pouvait avoir eu des démêlés avec la justice, même si aucune déclaration de culpabilité n’avait été inscrite. Par exemple, à côté du nom d’un candidat juré figuraient les mots [TRADUCTION] « FJN [Fichier judiciaire nominatif] 1995 drogues aucune condamnation ».

[11] Aucun des renseignements obtenus par la police et transmis au ministère public n’a été communiqué à la défense, que ce soit directement ou indirectement comme dans le cadre des pourvois *Yumnu*. Au moment où l’évaluation des candidats jurés a été effectuée en l’espèce, tous les bureaux des procureurs de la Couronne de la province d’Ontario avaient reçu un avis de pratique, daté du 31 mars 2006 (PM [2005] n° 17), ordonnant que la vérification du casier judiciaire, le cas échéant, et tout renseignement concret que la police communique au ministère public qui donne à penser qu’une

made it clear that apart from criminal record checks, Crown counsel were not to ask the police “to undertake an investigation into the list of jurors”, nor were they to “request police to conduct out-of-court investigations into private aspects of potential jurors’ lives”.

[12] As is apparent, the March 31, 2006 Practice Memorandum was not followed in this case. Disclosure of relevant information was not made to the defence and the September 10, 2008 memorandum from the Crown’s office invited the police to go beyond criminal record checks and use their databases to provide “comments . . . concerning any disreputable persons we would not want as a juror”. I will have more to say about this in due course.

[13] During the jury selection process, Crown counsel used the information she had received from the police when exercising the 12 peremptory challenges she had available to her. Of the prospective jurors on the Crown’s master list who were shown as possibly having criminal antecedents, only four were called forward during the peremptory challenge phase of the selection process. Of those four, the Crown challenged two peremptorily and the defence challenged the other two (juror roll nos. 5679 and 2818).

[14] Given her pattern of challenging prospective jurors with possible criminal records, it is likely that Crown counsel would have challenged all four of the prospective jurors had defence counsel not challenged two of them. In other words, the Crown probably gained two challenges by reason of its failure to make disclosure to the defence. Conversely, the defence likely lost two challenges.

[15] As the record shows, at the completion of the selection process, the Crown had one challenge remaining. But if the Crown had been required to

personne n’est peut-être pas impartiale soient communiqués à la défense. Ce même avis indiquait clairement que mis à part la vérification du casier judiciaire, le procureur de la Couronne ne devait pas demander à la police [TRADUCTION] « de mener une enquête sur les candidats figurant au tableau des jurés », ni de « demander à la police de mener des enquêtes extrajudiciaires sur des aspects privés de la vie des candidats jurés ».

[12] De toute évidence, l’avis de pratique du 31 mars 2006 n’a pas été respecté en l’espèce. D’une part, les renseignements pertinents n’ont pas été communiqués à la défense et, d’autre part, la note du 10 septembre 2008 du bureau des procureurs de la Couronne invitait la police à aller au-delà de la vérification du casier judiciaire et à utiliser ses bases de données pour formuler [TRADUCTION] « des commentaires [. . .] au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés ». Je m’étendrai davantage sur ce point en temps utile.

[13] Pendant le processus de sélection des jurés, la procureure de la Couronne s’est servie des renseignements qu’elle avait reçus de la police lorsqu’elle a exercé son droit à 12 récusations péremptoires. À cette étape du processus, seuls quatre des candidats jurés qui figuraient sur la liste maîtresse du ministère public et qui étaient présentés comme ayant possiblement des antécédents criminels ont été appelés. Le ministère public a récusé deux d’entre eux péremptoirement et la défense les deux autres (soit les candidats jurés n^{os} 5679 et 2818).

[14] Étant donné sa tendance à récuser les candidats jurés ayant possiblement un casier judiciaire, il est probable que la procureure de la Couronne aurait récusé les quatre candidats jurés en question si l’avocat de la défense n’en avait pas récusé deux. Autrement dit, le ministère public a probablement gagné deux récusations en raison de son omission d’informer la défense. À l’inverse, la défense a vraisemblablement perdu deux récusations.

[15] D’après le dossier, il restait une récusation au ministère public à la fin du processus de sélection. Cependant, si le ministère public avait été obligé

use two challenges to remove the two prospective jurors the defence had challenged, it would have been one challenge over its allotted limit, and would not have been able to challenge prospective juror roll no. 2586 — the last prospective juror challenged by the Crown before the jury was completed.

III. Findings of the Court of Appeal: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness

[16] The Court of Appeal accepted that the Crown had failed to meet its disclosure obligations. Information showing that a potential juror may have had some prior criminal history should have been turned over to the defence.

[17] That said, the court concluded that there was “no reasonable possibility that the non-disclosure had any impact on the partiality of the jury” (para. 49). The court further found that there was “n[o] reasonable possibility that the non-disclosure had any impact on the verdict since, one way or another, jurors 5679 and 2818 [the two prospective jurors with possible criminal antecedents whom the defence had challenged] were not going to be on that jury” (para. 50).

[18] In my view, both findings were available to the court and I see no basis for interfering with them. In arriving at the second finding, the court noted that at the end of the jury selection process, because defence counsel still had two peremptory challenges remaining, the fact that defence counsel “may have ‘wasted’ two challenges did not impact on the kind of jury he wanted to try the case” (para. 50). I cannot say that the court was wrong in coming to that conclusion.

[19] The more problematic issue is the one I mentioned earlier. It hinges on the appellant’s submission that if the Crown had been required to use up two challenges on the two prospective jurors the defence challenged, it would have had no challenges left for juror roll no. 2586, the last prospective juror actually challenged by the Crown. This

d’utiliser deux récusations pour écarter les deux candidats jurés que la défense a récusés, il lui aurait fallu une récusation de plus que la limite permise. La procureure de la Couronne n’aurait donc pas été en mesure de récusier le candidat juré n^o 2586, le dernier candidat juré récusé par le ministère public avant la constitution du jury.

III. Conclusions de la Cour d’appel : l’effet de la non-communication sur l’équité du procès

[16] La Cour d’appel a reconnu que le ministère public ne s’était pas acquitté de ses obligations de communication. Les renseignements selon lesquels un candidat juré pouvait avoir des antécédents judiciaires auraient dû être communiqués à la défense.

[17] Cela dit, la cour a conclu qu’il n’existait [TRADUCTION] « aucune possibilité raisonnable que la non-communication ait eu une incidence sur la partialité du jury » (par. 49). Elle a également conclu qu’il n’existait « aucune possibilité raisonnable que la non-divulgaration ait eu une incidence sur le verdict puisque, d’une manière ou d’une autre, les candidats jurés 5679 et 2818 [les deux candidats jurés ayant possiblement des antécédents criminels que la défense avait récusés] n’auraient pas fait partie de ce jury » (par. 50).

[18] À mon avis, il était loisible à la cour de tirer ces deux conclusions et je ne vois aucune raison de les modifier. Lorsqu’elle a tiré la seconde conclusion, la Cour d’appel a souligné que, à la fin du processus de sélection des jurés, comme il restait encore deux récusations péremptoires à l’avocat de la défense, le fait que celui-ci [TRADUCTION] « ait pu “gaspiller” deux récusations n’a eu aucune incidence sur le genre de jury qu’il voulait pour juger l’affaire » (par. 50). Je ne puis affirmer que la cour a eu tort de tirer une telle conclusion.

[19] La question qui pose le plus problème est celle que j’ai mentionnée plus tôt. Elle découle de l’argument de l’appellant portant que si le ministère public avait été obligé d’utiliser deux récusations à l’égard des deux candidats jurés que la défense a récusés, il ne lui serait resté aucune récusation pour le candidat juré n^o 2586, le dernier candidat juré

was important, according to the appellant, because juror roll no. 2586 was a senior bankruptcy analyst and official receiver who, because of his background and training, would have appreciated the appellant's defence that while he may have committed a civil wrong, he was not guilty of criminal fraud.

[20] The Court of Appeal considered the appellant's argument in relation to juror roll no. 2586 and rejected it for two reasons.

[21] First, the court questioned the logic of the appellant's reason for wanting juror roll no. 2586 on the jury and found it "hardly . . . likely" (para. 52) that a bankruptcy analyst and official receiver would have been helpful to his cause. Second, the court concluded that "in any event, to suggest that the overall fairness of the trial process was impacted in those circumstances descends from the reasonably possible to mere speculation" (para. 52). Ultimately, considering how the jury selection process had unfolded, the court was satisfied that there was no "actual impact on the jury selection" (para. 53). Accordingly, it rejected the appellant's submission that the selection process had compromised the overall fairness of the trial.

IV. Analysis: The Effect of Non-Disclosure on Trial Fairness

[22] Applying the test set out in the *Yumnu* appeals, it is apparent that the first step is satisfied: the Crown failed to disclose information that was relevant to the defence in the selection process. However, the appellant has failed to show that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently composed had the Crown met its disclosure obligations.

[23] In so concluding, I recognize that whenever one attempts to put the pieces together after the event, there is bound to be a certain amount of speculation as to what might (or might not) have

récusé par le ministère public. Ce fait était important, selon l'appelant, car le candidat juré n° 2586 était un analyste principal des faillites et séquestre officiel qui, en raison de son parcours et de sa formation, aurait été sensible à la défense de l'appelant selon laquelle bien qu'il ait peut-être commis une faute civile, il n'était pas coupable de fraudes criminelles.

[20] La Cour d'appel a examiné l'argument de l'appelant se rapportant au candidat juré n° 2586 et l'a rejeté pour deux raisons.

[21] Premièrement, la cour a mis en doute la logique de la raison pour laquelle l'appelant voulait que le candidat juré n° 2586 fasse partie du jury et a jugé qu'il était [TRADUCTION] « peu [. . .] probable » (par. 52) qu'un analyste des faillites et séquestre officiel lui aurait été favorable. Deuxièmement, la cour a conclu que, « quoi qu'il en soit, laisser entendre que cette situation a eu une incidence sur l'équité globale du procès nous fait passer de la possibilité raisonnable à la pure conjecture » (par. 52). Enfin, compte tenu du déroulement du processus de sélection des jurés, la cour était convaincue qu'il n'y avait pas eu d'« incidence réelle sur la sélection du jury » (par. 53). En conséquence, elle a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel le processus de sélection avait compromis l'équité globale du procès.

IV. Analyse : l'effet de la non-communication sur l'équité du procès

[22] Lorsqu'on applique le critère énoncé dans les pourvois *Yumnu*, il s'avère que la première étape est franchie : le ministère public a omis de communiquer des renseignements qui auraient pu être utiles à la défense durant le processus de sélection. Toutefois, l'appelant n'a pas démontré qu'il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si le ministère public s'était acquitté de ses obligations de communication.

[23] En tirant cette conclusion, je reconnais que lorsqu'on tente d'assembler les morceaux après coup, il y a forcément une certaine spéculation sur ce qui aurait pu se passer (ou non) si la partie lésée

occurred had the aggrieved party been given the information to which it was entitled.

[24] That said, in the instant case, I cannot accept the appellant's premise that if the Crown had been required to challenge the two prospective jurors (roll nos. 5679 and 2818) whom the defence challenged, it would have had no challenges left for juror roll no. 2586 — the bankruptcy analyst and official receiver. On the contrary, I am satisfied on balance that the Crown would not have been left in that position.

[25] In exercising its peremptory challenges, the Crown challenged seven prospective jurors who had the notation "OK" beside their names. I consider that important. It provides context against which to measure the appellant's submission that the Crown would have had no challenges left for juror roll no. 2586.

[26] Had the Crown been forced to use two of its challenges on juror roll nos. 5679 and 2818, I believe it would have been more cautious in challenging the seven prospective jurors who were shown as being "OK" and thus record-free. Refraining from challenging even one of those prospective jurors would have left the Crown with the remaining challenge it needed to remove juror roll no. 2586 — and I am satisfied that the Crown would have followed that course. I base that finding on the record and legitimate inferences that can be drawn from it.

[27] On the appellant's scenario, the Crown would have used up all of its challenges before the twelfth juror had been selected, thereby leaving the defence with four free challenges and the opportunity to effectively hand-pick the twelfth juror.

[28] That is unrealistic. The Crown was obviously keeping track of the peremptory challenges it was using. It had one challenge remaining at the conclusion of the jury selection process. I do not put that down to coincidence but to planning — the same planning that would have occurred had the Crown been required to use up two of its challenges on

avait obtenu les renseignements auxquels elle avait droit.

[24] Cela dit, en l'espèce, je ne peux accepter le postulat de l'appelant selon lequel, si le ministère public avait été obligé de récuser les deux candidats jurés (n^{os} 5679 et 2818) que la défense a recusés, il ne serait resté aucune récusation pour le candidat juré n^o 2586 — l'analyste des faillites et séquestre officiel. Au contraire, je suis convaincu, suivant la prépondérance des probabilités, que le ministère public n'aurait pas été dans une telle situation.

[25] Dans l'exercice de son droit aux récusations péremptoires, le ministère public a recusé sept candidats jurés qui avaient l'annotation « OK » à côté de leur nom. J'estime qu'il s'agit d'un fait important. Il fournit le contexte pour évaluer l'argument de l'appelant selon lequel il ne serait resté au ministère public aucune récusation pour le candidat juré n^o 2586.

[26] Si le ministère public avait été forcé d'utiliser deux de ses récusations à l'égard des candidats jurés n^{os} 5679 et 2818, je crois qu'il se serait montré plus prudent lorsqu'il a recusé les sept candidats jurés qui avaient la mention « OK » et étaient donc sans casier judiciaire. S'il s'était abstenu de récuser un seul de ces candidats jurés, il serait resté au ministère public la récusation nécessaire pour écarter le candidat juré n^o 2586 — et je suis convaincu que le ministère public aurait procédé ainsi. Je fonde cette conclusion sur le dossier et sur les déductions légitimes qui peuvent en être tirées.

[27] Selon le scénario de l'appelant, le ministère public aurait utilisé toutes ses récusations avant la sélection du douzième juré, laissant ainsi à la défense quatre récusations et la possibilité de trier sur le volet le douzième juré.

[28] Ce n'est pas réaliste. De toute évidence, le ministère public faisait le suivi des récusations péremptoires qu'il utilisait. Il lui restait une récusation à la fin du processus de sélection des jurés. Je n'attribue pas cela à une coïncidence, mais à de la planification — la même planification qu'il y aurait eu si le ministère public avait été obligé d'utiliser

juror roll nos. 5679 and 2818. The Crown was not about to leave itself in the position of giving free reign to the defence to select the twelfth juror — nor did it have to. It could and, in my view, would have refrained from challenging at least one of the prospective jurors noted as “OK” to avoid that situation.

[29] Accordingly, the appellant has failed to show that there is a reasonable possibility that the jury would have been differently composed had the Crown complied with its disclosure obligations.

[30] That brings me to the second issue in this appeal, namely, whether the conduct of the Crown and the police, which was improper in some respects, can be said to have crossed the line and occasioned a miscarriage of justice.

V. Findings of the Court of Appeal: Appearance of Unfairness

[31] In considering whether the conduct of the Crown and the police occasioned a miscarriage of justice, the Court of Appeal considered the following five allegations of wrongdoing raised by the appellant: “. . . the non-disclosure, the violations of the *Juries Act* and provincial privacy legislation, misuse of police databases and the wording of the [September 10, 2008] memo from the Crown Attorney” (para. 54).

[32] Before addressing these matters, the court considered certain contextual elements, one being the process of having prospective jurors self-report on their criminal record status.

[33] In a report prepared by the Information and Privacy Commissioner of Ontario following an investigation into the jury vetting practices of the Barrie Crown’s office and other Crown offices, the Commissioner found that the process of self-reporting by prospective jurors was “seriously flawed” (see *Excessive Background Checks*

deux de ses récusations à l’égard des candidats jurés n^{os} 5679 et 2818. Le ministère public ne se serait pas placé dans une situation où la défense aurait eu carte blanche pour choisir le douzième juré — et il n’avait pas à le faire. Il aurait pu s’abstenir de récuser au moins un des candidats jurés qui avait l’annotation « OK » pour éviter une telle situation, et c’est ce qu’il aurait fait selon moi.

[29] Par conséquent, l’appellant n’a pas démontré qu’il existe une possibilité raisonnable que le jury ait été composé différemment si le ministère public s’était acquitté de ses obligations de communication.

[30] Cela m’amène à la seconde question en litige dans le présent pourvoi, à savoir si on peut dire que la conduite du ministère public et de la police, qui était inappropriée à certains égards, a dépassé les bornes et entraîné une erreur judiciaire.

V. Conclusions de la Cour d’appel : apparence d’iniquité

[31] Afin de déterminer si la conduite du ministère public et de la police a entraîné une erreur judiciaire, la Cour d’appel a examiné les cinq allégations suivantes d’actes fautifs soulevées par l’appellant : [TRADUCTION] « . . . la non-communication, les violations de la *Loi sur les jurys* et de la législation provinciale relative à la protection de la vie privée, l’utilisation abusive des bases de données de la police et le libellé de la note [du 10 septembre 2008] du procureur de la Couronne » (par. 54).

[32] Avant de se pencher sur ces questions, la cour a examiné certains éléments contextuels, notamment la procédure par laquelle les candidats jurés sont tenus de déclarer eux-mêmes qu’ils ont un casier judiciaire.

[33] Dans un rapport publié à la suite d’une enquête qu’elle a menée sur les pratiques en matière d’évaluation des candidats jurés du bureau des procureurs de la Couronne de Barrie et des autres bureaux des procureurs de la Couronne, la commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario a conclu que la procédure de

Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report (2009), at p. 141).

[34] In that report, at p. 127, the Commissioner determined that while it was acceptable for the police to disclose to Crown counsel criminal record information going to a prospective juror's eligibility, it was a breach of provincial privacy legislation to provide other personal information relating to a prospective juror.

[35] The Court of Appeal further noted that under the rules of professional conduct prepared by the Law Society of Upper Canada and the Canadian Bar Association, inquiries made by the parties for the purpose of exercising a challenge for cause, including investigations about criminal records under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, were not prohibited (see Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (online), Rule 4.05(1) to (3) and associated commentary; Canadian Bar Association, *Code of Professional Conduct* (online), Rule 9, note 21). If pertinent information was obtained, it was to be disclosed to the other side.

[36] Finally, the court considered the two prospective jurors whom the defence had "unnecessarily" challenged and pointed out that the Crown could have brought their possible criminal antecedents to the attention of the trial judge. The trial judge could then have made inquiries and excused the prospective jurors on the basis of ineligibility or other reasonable cause, if warranted.

[37] Having identified these contextual matters, the court turned its attention to the alleged wrongdoings.

[38] Commencing with non-disclosure, the court acknowledged that the Crown had failed to meet its disclosure obligations. But in deciding whether a

déclaration volontaire des candidats jurés comportait [TRADUCTION] « de graves lacunes » (voir *Excessive Background Checks Conducted on Prospective Jurors: A Special Investigation Report* (2009), p. 141).

[34] À la page 127 de ce rapport, la commissaire a conclu que bien qu'il fût acceptable que la police fournisse au procureur de la Couronne des renseignements sur le casier judiciaire d'un individu qui peuvent compromettre son habilité à exercer la fonction de juré, la communication d'autres renseignements personnels concernant un candidat juré constituait une violation de la législation provinciale relative à la protection de la vie privée.

[35] La Cour d'appel a également souligné que, aux termes des codes de déontologie préparés par le Barreau du Haut-Canada et par l'Association du Barreau canadien, les vérifications effectuées par les parties afin d'utiliser une récusation motivée, y compris les enquêtes relatives au casier judiciaire pour se prévaloir du motif prévu à l'al. 638(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'étaient pas interdites (voir Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (en ligne), règle 4.05(1) à (3) et commentaire connexe; Association du Barreau canadien, *Code de déontologie professionnelle* (en ligne), règle 9, note 21). Si des renseignements pertinents étaient obtenus, ils devaient être communiqués à la partie adverse.

[36] Enfin, en ce qui concerne les deux candidats jurés que la défense avait « inutilement » récusés, la cour a fait remarquer que le ministère public aurait pu porter leurs possibles antécédents criminels à l'attention du juge du procès. Ce dernier aurait alors pu faire des vérifications et dispenser ces candidats jurés pour cause d'inhabilité ou pour tout autre motif raisonnable, le cas échéant.

[37] Ayant défini ces éléments contextuels, la cour s'est penchée sur les actes dont l'appelant prétend qu'ils étaient fautifs.

[38] Tout d'abord, en ce qui concerne la question de la non-communication, la cour a reconnu que le ministère public ne s'était pas acquitté de

miscarriage of justice had occurred, the court reiterated its finding that the breach did not have a discernible impact on the composition of the jury.

[39] As for the alleged breaches of provincial privacy legislation, the court found that they “add[ed] nothing to the miscarriage of justice claim” (para. 59). Any rights infringed were those of the potential jurors, not the appellant. The rights of prospective jurors had been investigated by the Information and Privacy Commissioner and recommendations had been made to better protect the privacy interests of prospective jurors. According to the court, that was “the appropriate remedy” (para. 59). It would be “excessive” to grant the appellant a remedy for breaches committed against potential jurors.

[40] The court next considered the misuse of police databases and the memorandum from the Crown Attorney asking for “comments . . . concerning any disreputable persons we would not want as a juror”. Of the various allegations of wrongdoing alleged by the appellant, the court found these two aspects to be “most troubling”:

This use of police resources and attempt to align the Crown with the police is inconsistent with Crown counsel’s obligation to ensure that the accused receives a fair trial. [para. 60]

[41] Despite this concern, the court felt that “what occurred must be put in context” (para. 60). Most of the information received from the police related to criminal record information. In the two instances where the information went beyond that, one of the prospective jurors was not called forward in the jury selection process; the other was challenged by the defence, so there was “no way of knowing how Crown counsel would have used the information” — which, in any event, “did

ses obligations de communication. Cependant, lorsqu’elle s’est penchée sur l’existence possible d’une erreur judiciaire, la cour a réitéré la conclusion selon laquelle la violation n’avait pas eu un effet perceptible sur la composition du jury.

[39] Quant aux allégations de violation de la législation provinciale relative à la protection de la vie privée, la cour a conclu qu’elles n’[TRADUCTION] « ajout[aient] rien à l’allégation d’erreur judiciaire » (par. 59). Les droits qui auraient été violés étaient ceux des candidats jurés, non ceux de l’appellant. Les droits des candidats jurés avaient fait l’objet d’une enquête par la commissaire à l’information et à la protection de la vie privée et des recommandations avaient été formulées afin de mieux protéger leur droit à la vie privée. Selon la cour, il s’agissait « de la réparation appropriée » (par. 59). Il serait « excessif » d’accorder à l’appellant une réparation pour des violations commises à l’encontre de candidats jurés.

[40] La cour a ensuite examiné la question de l’utilisation abusive des bases de données de la police et la note du procureur de la Couronne sollicitant des [TRADUCTION] « commentaires [. . .] au sujet des personnes peu recommandables dont nous ne voudrions pas comme jurés ». La cour a jugé que parmi les diverses allégations d’actes fautifs soulevées par l’appellant ces deux éléments étaient « les plus troublants » :

[TRADUCTION] Cette utilisation de ressources dont dispose la police et la tentative de mettre de connivence le ministère public avec la police sont incompatibles avec l’obligation incombant au procureur de la Couronne de s’assurer que l’accusé obtienne un procès équitable. [par. 60]

[41] Malgré cette réserve, la cour a estimé que [TRADUCTION] « les faits doivent être replacés dans leur contexte » (par. 60). La plupart des renseignements reçus de la police se rapportaient aux casiers judiciaires de certains candidats jurés. Dans les deux cas où les renseignements débordaient ce cadre, un des candidats jurés n’a pas été appelé durant le processus de sélection des jurés; l’autre a été récusé par la défense. Il n’y avait donc « aucun moyen de savoir de quelle façon la procureure de la

not impact on the appearance of fairness of the trial” (para. 60).

[42] In the end, the court refused to give effect to the appellant’s submission that the conduct of the Crown and the police had occasioned a miscarriage of justice. At para. 61, the court stated:

The collection and disclosure of this information was a misuse of the police databases and should not have occurred. It would appear to be a product of the Crown Attorney’s letter, which was improperly worded. But, did this process so taint the administration of justice that a verdict reached by a properly constituted jury be set aside? In my view, that would be a disproportionate reaction. The conduct of the police service and the Crown Attorney’s office is not the kind of egregious misconduct that brings the administration of justice into disrepute or would lead reasonable people to believe that the appearance of justice had been undermined.

VI. Analysis: Appearance of Unfairness

[43] This case is more troublesome than the *Yumnu* appeals because by the time of the appellant’s trial, all Crown offices across the province of Ontario had received the March 31, 2006 Practice Memorandum to which I have referred. That memorandum made it clear that any jury vetting carried out by the police was to be restricted to “criminal record checks” and that “any concrete information provided by police to the Crown suggesting that an individual may not be impartial” was to be disclosed to the defence.

[44] The record is silent as to why that memorandum was not complied with. Whatever the reason, it is apparent that the Barrie Crown Attorney’s Office simply continued to carry on the practice it had been following for some years. That is unacceptable — but I do not put it down to malevolence or intentional wrongdoing. While disconcerting, the evidence falls well short of establishing that the police and the Crown conspired to obtain a jury favourable to their cause.

Couronne aurait utilisé ces renseignements » — ce qui, de toute façon, « n’a eu aucune incidence sur l’apparence d’équité du procès » (par. 60).

[42] En fin de compte, la cour n’a pas retenu l’argument de l’appelant selon lequel la conduite du ministère public et de la police avait entraîné une erreur judiciaire. En effet, au par. 61, la Cour d’appel s’est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] La collecte et la communication de ces renseignements constituaient une utilisation abusive des bases de données de la police et n’auraient pas dû avoir lieu. Cela semble être le fruit de la lettre du procureur de la Couronne, qui n’était pas formulée comme elle aurait dû l’être. Toutefois, ce processus a-t-il déconsidéré l’administration de la justice au point de devoir rejeter un verdict prononcé par un jury dûment constitué? À mon avis, une telle réaction serait disproportionnée. La conduite du service de police et du bureau du procureur de la Couronne n’est pas le genre de conduite inacceptable qui déconsidère l’administration de la justice ou qui amènerait une personne raisonnable à penser que l’apparence de justice a été compromise.

VI. Analyse : apparence d’iniquité

[43] La présente affaire est plus troublante que les pourvois *Yumnu* puisque, au moment du procès de l’appelant, tous les bureaux des procureurs de la Couronne de la province de l’Ontario avaient reçu l’avis de pratique du 31 mars 2006 susmentionné. Cet avis indiquait clairement que toute évaluation des candidats jurés effectuée par la police devait se limiter à [TRADUCTION] « la vérification du casier judiciaire » et que « tout renseignement concret que la police fournit au procureur de la Couronne qui laisse entendre qu’une personne n’est peut-être pas impartiale » devait être communiqué à la défense.

[44] Le dossier ne révèle pas pourquoi cet avis n’a pas été respecté. Quelle qu’en soit la raison, il appert que le bureau des procureurs de la Couronne de Barrie a tout simplement continué la pratique qu’il suivait depuis des années. C’est inacceptable — mais je n’attribue pas cela à de la malveillance ou à une faute intentionnelle. Malgré son caractère déconcertant, la preuve est bien loin de démontrer que la police et le ministère public ont comploté pour obtenir un jury qui leur serait favorable.

[45] At bottom, the Crown wanted to be aware of prospective jurors who either had a criminal record or who, because of prior involvement with the authorities, might have difficulty remaining neutral and approaching the case with an open mind. While the Crown and the police may have gone about it in the wrong way, the law as to what they could and could not do and how far they could go in checking out the criminal antecedents of potential jurors was anything but clear. Certainly, the rules of professional conduct prepared by the Law Society of Upper Canada and the Canadian Bar Association contemplated inquiries that went beyond mere criminal record checks and included information that could form the basis of a challenge for cause.

[46] The situation in *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, where the police actually sought out potential jurors and provided them with a questionnaire designed to obtain their views on a number of issues, is a stark example of the kind of conduct that the authorities knew, or should have known, is off-limits and completely unacceptable.

[47] But short of situations like that, there was a good deal of grey, not just on the Crown side of the ledger but the defence side as well, as to the nature and extent of background checking that could lawfully be carried out and the type of information that must be disclosed, short of cases involving obvious partiality.

[48] In the present case, as explained in the *Yumnu* appeals, the Crown was entitled to have the police check the antecedents of prospective jurors for ineligibility purposes and challenge for cause purposes under s. 638(1)(c) of the *Criminal Code*. It was not entitled to have the police go further and use their databases to determine if a prospective juror was, or might be, a person of disreputable character. By the same token, if, by chance, information of that nature were to come to light during a valid criminal record search, it would be proper to bring it to the Crown's attention. If the Crown considered it to be relevant to the jury selection

[45] Au fond, le ministère public voulait savoir quels candidats jurés avaient un casier judiciaire ou, en raison de démêlés antérieurs avec les autorités, pourraient avoir de la difficulté à demeurer neutres et à aborder l'affaire avec un esprit ouvert. Bien que le ministère public et la police aient peut-être procédé de la mauvaise façon, les règles de droit régissant ce qu'ils pouvaient et ne pouvaient pas faire et jusqu'où ils pouvaient aller pour vérifier les antécédents criminels des candidats jurés était loin d'être claires. Certes, les codes de déontologie préparés par le Barreau du Haut-Canada et l'Association du Barreau canadien envisageaient des enquêtes qui allaient au-delà de la simple vérification du casier judiciaire et qui fournissaient des renseignements susceptibles de justifier une récusation motivée.

[46] La situation dans l'affaire *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, où la police est allée voir les candidats jurés et leur a remis un questionnaire afin d'obtenir leur opinion sur un certain nombre de questions, est un exemple frappant de conduite que les autorités savaient, ou auraient dû savoir, interdite et totalement inacceptable.

[47] Cependant, hormis les situations comme celle-là, il y avait beaucoup de zones grises, non seulement du côté du ministère public, mais également du côté de la défense, quant à la nature et à l'étendue de la vérification des antécédents qui pouvait être effectuée légalement et au type de renseignements qui devaient être communiqués, sauf en cas de partialité évidente.

[48] En l'espèce, tel qu'il a été expliqué dans les pourvois *Yumnu*, le ministère public avait le droit de demander à la police de vérifier les antécédents des candidats jurés pour savoir s'ils étaient habiles ou non à occuper cette fonction et sujets à une récusation motivée en application de l'al. 638(1)c) du *Code criminel*. Il n'avait pas le droit de demander à la police d'aller plus loin et d'utiliser ses bases de données afin de déterminer si un candidat juré était, ou pouvait être, un individu peu recommandable. Dans le même ordre d'idées, si, par hasard, des renseignements de cette nature devaient être dévoilés lors d'une vérification valide du casier

process, it would be obliged to disclose the information to the defence.

[49] In sum, there is no basis for concluding that the Crown and the police conspired to obtain a jury favourable to their cause. Nor can it be said that the errors they made in carrying out the process — going beyond criminal record checks and failing to disclose information of discreditable conduct not resulting in a criminal conviction — were so obvious and so clearly wrong that they knew, or should have known, better. What occurred here is a far cry from the conduct at issue in *Latimer* — conduct which was manifestly inappropriate and which this Court condemned as “a flagrant abuse of process and interference with the administration of justice” (para. 43).

[50] In the end, while the conduct of the police and the Crown was in some respects improper and should not be repeated, I am not persuaded that what occurred here constituted a serious interference with the administration of justice, nor was it so offensive to the community’s sense of fair play and decency that the proceedings should be set aside as a miscarriage of justice.

VII. Conclusion

[51] The appellant had a fair trial and I am not persuaded that the conduct of the Crown and the police crossed the line and occasioned a miscarriage of justice. Accordingly, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Daniel Brown Law Office, Toronto.

judiciaire, il y aurait lieu de les porter à l’attention du ministère public. Si celui-ci estimait qu’ils étaient pertinents pour le processus de sélection des jurés, il serait tenu de communiquer ces renseignements à la défense.

[49] En somme, rien ne permet de conclure que le ministère public et la police ont comploté pour obtenir un jury qui leur serait favorable. On ne peut pas dire non plus que les erreurs qu’ils ont commises en procédant ainsi — soit en allant au-delà de la vérification du casier judiciaire et en omettant de communiquer des renseignements concernant des conduites indignes n’ayant pas abouti à une condamnation criminelle — étaient tellement flagrantes et graves qu’ils savaient, ou auraient dû savoir, ce qu’il en était. Ce qui s’est passé en l’espèce est très éloigné de la conduite en cause dans l’affaire *Latimer* — conduite qui était manifestement inappropriée et que la Cour a condamnée parce qu’elle constituait « un abus de procédure flagrant et une entrave à l’administration de la justice » (par. 43).

[50] En fin de compte, bien que la conduite de la police et du ministère public fût inappropriée à certains égards et ne doive pas se reproduire, je ne suis pas persuadé que ce qui s’est passé en l’espèce constituait une entrave sérieuse à l’administration de la justice, ni que cela heurtait le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société au point où la procédure devrait être annulée pour cause d’erreur judiciaire.

VII. Conclusion

[51] L’appelant a eu un procès équitable et je ne suis pas persuadé que la conduite du ministère public et de la police a dépassé les bornes et entraîné une erreur judiciaire. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Rusonik, O’Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto; Daniel Brown Law Office, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Crown Attorneys' Association : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitor for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Anthony Moustacalis, Toronto; Brauti Thorning Zibarras, Toronto.