

**Yulik Rafilovich** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Canadian Civil Liberties Association,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario  
and British Columbia Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. RAFILOVICH**

**2019 SCC 51**

File No.: 37791.

2019: January 25; 2019: November 8.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and  
Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Proceeds of crime — Fine instead of forfeiture — Return of seized property for legal expenses — Property believed to be proceeds of crime seized from accused — Judge ordering that property be returned to accused for payment of reasonable legal expenses for his defence — Accused convicted — Sentencing judge deeming returned property to be proceeds of crime subject to forfeiture — Property used for legal expenses and no longer available for forfeiture — Whether fine instead of forfeiture may be imposed in relation to funds that have been judicially returned for payment of legal expenses for accused's defence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 462.34(4)(c)(ii), 462.37(3).*

R was arrested for possession of cocaine for the purpose of trafficking. The police seized about \$42,000 in cash, found when searching his car and apartments, as potential proceeds of crime under Part XII.2 of the *Criminal Code*. Before trial, R applied under s. 462.34(4)(c)(ii) of the *Criminal Code* for the return of the seized funds to

**Yulik Rafilovich** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario et  
British Columbia Civil Liberties Association**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. RAFILOVICH**

**2019 CSC 51**

N° du greffe : 37791.

2019 : 25 janvier; 2019 : 8 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et  
Martin.

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

*Droit criminel — Produits de la criminalité — Amende en remplacement de la confiscation — Restitution de biens saisis pour le paiement des frais juridiques — Saisie, au détriment de l'accusé, de biens que l'on croit être des produits de la criminalité — Ordonnance du juge portant restitution à l'accusé de biens en vue du paiement de frais juridiques raisonnables pour sa défense — Accusé reconnu coupable — Décision de la juge chargée de déterminer la peine que les biens restitués sont des produits de la criminalité confiscables — Biens utilisés pour payer les frais juridiques et ne pouvant plus être confisqués — Est-il possible d'infliger une amende en remplacement de la confiscation à l'égard de fonds restitués par voie judiciaire en vue du paiement de frais juridiques pour la défense de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 462.34(4)c(ii), 462.37(3).*

R a été arrêté pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Lorsqu'elle a fouillé son véhicule et perquisitionné ses appartements, la police a saisi près de 42 000 \$ en espèces constituant peut-être des produits de la criminalité en application de la partie XII.2 du *Code criminel*. Avant l'ouverture de son procès, R a présenté

pay for reasonable legal expenses associated with his case. The application was allowed and the funds returned to pay for reasonable legal fees, with conditions. R pled guilty to several offences at trial. The sentencing judge imposed a term of imprisonment and forfeiture of R's interest in an apartment, but declined to impose a fine instead of forfeiture equal to the amount of the returned funds spent by R on his legal fees as requested by the Crown under s. 462.37(3) of the *Criminal Code*. The Crown appealed. The Court of Appeal varied the sentencing order, adding a fine instead of forfeiture of \$41,976.39, equal to the amount of the returned funds, and 12 months' imprisonment should R not pay his fine.

*Held* (Wagner C.J. and Moldaver and Côté JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed and the Court of Appeal's order set aside.

*Per* Abella, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: Generally speaking, sentencing judges should not impose a fine instead of forfeiture in relation to funds that have been judicially returned for the payment of reasonable legal expenses associated with an accused's criminal defence. The statutory discretion to impose a fine instead of forfeiture under s. 462.37(3) of the *Criminal Code* must be exercised in accordance with the purposes of the proceeds of crime regime. This regime as a whole seeks to ensure that crime does not pay or benefit the offender; however, by enacting the legal expenses return provision at s. 462.34(4)(c)(ii) of the *Criminal Code*, Parliament not only foresaw the possibility that seized funds may be needed to mount a defence, but explicitly allowed individuals to spend returned funds for this purpose. The return provision pursues two secondary purposes: providing access to counsel and giving meaningful weight to the presumption of innocence. These secondary objectives ensure fairness to the accused in criminal prosecutions. Clawing back reasonable legal expenses as a fine instead of forfeiture would, in most cases, undermine these purposes. If it turns out that the offender did not have a real financial need or the funds were not used to alleviate that need, it would be appropriate to impose a fine instead of forfeiture, as this would align with Parliament's intent. This might occur where there is wrongdoing in the return of funds application or in the administration of the return order or if the accused experiences an unexpected change in circumstances after the funds have been returned. In the context of this case,

en vertu du sous-al. 462.34(4)(c)(ii) du *Code criminel* une demande visant à obtenir la restitution des fonds saisis aux fins de paiement des frais juridiques raisonnables associés à sa cause. La demande a été accueillie et les fonds ont été restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables, sous réserve de conditions. Au procès, R a plaidé coupable à plusieurs accusations. La juge chargée de déterminer la peine a infligé une peine d'emprisonnement et la confiscation du droit de R sur un appartement, mais elle a refusé d'imposer une amende en remplacement de la confiscation égale au montant des fonds restitués déjà dépensés par R pour ses frais juridiques comme le demandait le ministère public en vertu du par. 462.37(3) du *Code criminel*. Le ministère public s'est pourvu en appel. La Cour d'appel a modifié l'ordonnance relative à la détermination de la peine en y ajoutant une amende en remplacement de la confiscation de 41 976,39 \$, équivalente au montant des fonds restitués, et une peine d'emprisonnement de 12 mois si R ne payait pas son amende.

*Arrêt* (le juge en chef Wagner et les juges Moldaver et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée.

*Les* juges Abella, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : En général, le juge chargé de déterminer la peine ne doit pas infliger une amende en remplacement de la confiscation à l'égard de fonds qui ont été restitués par un tribunal pour le paiement des frais juridiques raisonnables associés à la défense d'un accusé. Le pouvoir discrétionnaire d'infliger une amende que confère le par. 462.37(3) du *Code criminel* doit s'exercer conformément aux objets des dispositions du régime des produits de la criminalité. L'ensemble de ce régime a pour objet de s'assurer que le crime ne paie pas ni ne bénéficie au contrevenant; toutefois, en adoptant la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques, soit le sous-al. 462.34(4)(c)(ii) du *Code criminel*, le législateur a non seulement prévu la possibilité que l'accusé ait besoin des fonds saisis pour préparer sa défense, mais a aussi permis explicitement que les fonds restitués soient consacrés à cette fin. La disposition sur la restitution vise la réalisation de deux objets secondaires : permettre l'accès aux services d'un avocat et accorder une importance suffisante à la présomption d'innocence. Ces objets secondaires assurent l'équité envers l'accusé dans les poursuites criminelles. Dans la plupart des cas, récupérer les sommes versées pour le paiement de frais juridiques raisonnables au moyen d'une amende en remplacement de la confiscation aura pour effet de miner la réalisation de ces objets. S'il s'avère que le contrevenant n'avait pas un véritable besoin financier ou que les fonds n'ont pas été utilisés pour atténuer ce besoin, il serait indiqué d'infliger une amende

ordering a fine undermines Parliament's intent in enacting the return provision. There is no evidence that R misrepresented his financial position, misused returned funds, or experienced any change in circumstances. Therefore, the sentencing judge's exercise of discretion was appropriate and should not be interfered with.

As the *Criminal Code* does not expressly indicate whether judicially returned funds ought to be subject to a fine instead of forfeiture, the resolution of this issue requires recourse to the rules of statutory interpretation. This analysis is guided by the words that Parliament has chosen to use, the way it intended to achieve its objectives, and the scheme it has put in place. Where the dispute involves multiple legislative objectives and the inter-relationship between two or more statutory provisions, the scheme of the Act and the objectives underlying each of the relevant provisions are particularly significant. Parliament had several objectives in mind when it enacted the proceeds of crime regime. Parliament's primary goal was to ensure that crime does not pay and that it does not benefit the offender. Forfeiture is intended to deprive offenders of the proceeds of their crime. Seizure allows the state to take control of property believed to be proceeds of crime before trial and sentencing, to ensure it remains available for possible forfeiture. The fine instead of forfeiture provision ensures that, if accused persons are able to keep proceeds of crime throughout criminal proceedings, they must in the end pay a fine equivalent to the value of the property that is not available to be forfeited.

The legal expenses return provision shows that Parliament intended that the secondary objectives underpinning it — providing access to counsel and giving meaningful weight to the presumption of innocence — must be balanced against the primary objective of ensuring that crime does not pay. The wording and the elaborate and detailed nature of the return provision indicates that Parliament clearly and deliberately sought to address an accused's need for legal counsel, in the limited and narrow

en remplacement de la confiscation, car cela concorderait avec l'intention du législateur. Cela pourrait survenir en présence d'agissements répréhensibles relativement à la demande de restitution ou à l'occasion de l'exécution de l'ordonnance de restitution ou si la situation de l'accusé change de façon imprévue après la restitution des fonds. Dans le contexte de la présente affaire, l'infliction d'une amende aurait pour conséquence de miner l'intention qu'avait le législateur en édictant la disposition sur la restitution. Aucune preuve n'établit que R a présenté faussement sa situation financière, a fait un mauvais usage des fonds restitués ou connu un changement quelconque de situation. En conséquence, la juge chargée de déterminer la peine a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire et il n'y a pas lieu d'intervenir à cet égard.

Étant donné que le *Code criminel* n'indique pas explicitement si les fonds restitués par voie judiciaire doivent faire l'objet d'une amende en remplacement de la confiscation, il faut s'en remettre aux règles d'interprétation législative pour trancher cette question. Cette analyse est guidée par les mots que le législateur a choisi d'employer, par la façon dont il souhaitait atteindre ses objectifs et par le régime qu'il a mis en place. Lorsque le litige concerne de multiples objets de la loi et l'interaction entre au moins deux dispositions législatives, l'économie de la loi et les objectifs qui sous-tendent chacune des dispositions applicables revêtent une importance particulière. Le législateur avait plusieurs objectifs en tête au moment où il a instauré le régime des produits de la criminalité. Le législateur avait pour objectif premier de s'assurer que le crime ne paie pas et qu'il ne bénéficie pas au contrevenant. La confiscation vise à priver les contrevenants des produits de leur crime. La saisie permet à l'État de prendre le contrôle des biens qu'il croit être des produits de la criminalité avant le procès et la détermination de la peine, afin de veiller à ce qu'ils demeurent confisqués. La disposition relative à l'infliction d'une amende en remplacement de la confiscation fait en sorte que l'accusé qui a pu conserver des produits de la criminalité hors de la portée de l'État tout au long de l'instance criminelle est tenu, en fin de compte, de payer une amende égale à la valeur du bien qui ne peut plus être confisqué.

La disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques démontre que le législateur voulait que l'on pondère les objectifs secondaires qui la sous-tendent — permettre l'accès aux services d'un avocat et accorder une importance suffisante à la présomption d'innocence — au regard de l'objectif premier de s'assurer que le crime ne paie pas. La formulation ainsi que la complexité et le caractère détaillé de la disposition sur la restitution indiquent que le législateur a clairement et délibérément

circumstances where the accused has no other assets or means and no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property. The secondary objectives reflect an underlying intention to promote fairness in criminal prosecutions that runs through the proceeds of crime scheme. They constrain the pursuit of the primary objective. The return provision was intended to respect the principle of fairness in criminal prosecutions, including concepts of fair notice and reliance. It can be expected that accused people will rely on a court order authorized by a specific statutory scheme and those accused persons cannot reasonably know that doing so will lead to additional punishment. Also, accused persons who understand that judicially returned funds will be clawed back later may not apply for the return of funds and represent themselves instead. When an accused person cannot access legal counsel, the presumption of innocence suffers because it is difficult for lay persons to effectively navigate the complexity of criminal cases. Imposing retroactive penalties on accused persons who rely on the presumption of innocence undermines the presumption and the protections it affords.

The judicial return of funds to pay for a lawyer is not the type of benefit that Parliament sought to take away by way of a fine. It is a tightly controlled benefit Parliament expressly intended for a narrow category of accused persons in need. In the instant case, the return provision allowed R, who had no other assets or means to pay for his defence, an opportunity to access seized funds under close judicial scrutiny and tight conditions. It is undeniable that there is less money available to be forfeited to the Crown but a fundamental purpose of the criminal justice system is to provide a fair process to achieve just results, not to extract maximum retribution at any cost. Seized property returned pursuant to a judicial order is not thematically analogous to the reasons listed in s. 462.37(3) of the *Criminal Code* for ordering a fine instead of forfeiture. All of the circumstances listed reflect Parliament's concern that an accused person might hide, dissipate or distribute property that may later be determined to be proceeds of crime. The accused's lawyer is not some unknown person receiving funds by way of an uncontrolled, private transaction. They have been specifically authorized by a judge to be paid in aid of the accused's defence. Further, Parliament has set out its desired statutory requirements for the judicial return of seized funds. Nothing indicates any intention

tenté de traiter la question de la nécessité pour l'accusé d'obtenir les services d'un avocat, dans des circonstances circonscrites où l'accusé ne possède pas d'autres biens ou moyens et où nulle autre personne ne semble être le propriétaire légitime de ces biens ou avoir droit à leur possession légitime. Les objectifs secondaires témoignent de l'intention sous-jacente de promouvoir l'équité dans les poursuites criminelles qui se dégage du régime des produits de la criminalité. Ils viennent restreindre la poursuite de l'objectif premier. La disposition sur la restitution visait à faire respecter le principe de l'équité dans les poursuites criminelles, y compris les notions d'avis suffisant et de fiabilité. On peut s'attendre à ce que l'accusé se fonde sur une ordonnance judiciaire autorisée par un régime légal en particulier et que cet accusé ne puisse raisonnablement pas savoir qu'en faisant cela, il s'expose à une sanction additionnelle. De plus, les accusés qui comprennent que les fonds restitués par voie judiciaire seront récupérés plus tard pourraient renoncer complètement à solliciter la restitution de fonds et se représenter plutôt eux-mêmes. Lorsqu'un accusé ne peut avoir accès aux services d'un avocat, la présomption d'innocence en souffre parce qu'il est difficile pour le profane inculpé d'apprécier correctement la complexité des affaires criminelles. Imposer des sanctions rétroactives à des accusés qui invoquent la présomption d'innocence sape cette présomption et les protections qu'elle confère.

Les fonds restitués par voie judiciaire aux fins de paiement des frais d'avocat ne constituent pas le type d'avantage que le législateur souhaitait retirer aux contrevenants au moyen d'une amende. Il s'agit plutôt d'un avantage strictement contrôlé que le législateur souhaitait expressément accorder à un groupe restreint d'accusés dans le besoin. En l'espèce, la disposition sur la restitution offrait à R, qui ne possédait pas d'autres biens ou moyens de payer les frais de sa défense, une possibilité d'avoir accès à des fonds saisis qui étaient assujettis à une surveillance judiciaire étroite et à des conditions rigoureuses. Il reste indéniablement moins d'argent qui pourrait être confisqué au profit de Sa Majesté mais l'un des objectifs fondamentaux du système de justice pénale est d'offrir un processus équitable permettant d'arriver à des résultats justes et non d'imposer le plus de représailles à tout prix. Les biens saisis restitués en vertu d'une ordonnance judiciaire ne relèvent pas non plus d'un sujet semblable à ceux figurant à la liste des raisons énumérées au par. 462.37(3) du *Code criminel* permettant l'infliction d'une amende en remplacement de la confiscation. Toutes les circonstances énumérées traduisent la crainte du législateur que l'accusé dissimule, dilapide ou distribue des biens dont on pourrait conclure plus tard qu'il s'agit de produits de la criminalité.

to require the accused to demonstrate, in order to avoid the imposition of a fine instead of forfeiture, that the nature of the proceedings are such that it is essential to have counsel. Accordingly, not imposing a fine instead of forfeiture in relation to funds that have been judicially returned for the payment of reasonable legal expenses associated with an accused's criminal defence will generally be most faithful to Parliament's intent.

*Per Wagner C.J. and Moldaver and Côté JJ. (dissenting in part):* Imposing a fine in lieu of forfeiture where an offender has used proceeds of crime to pay for his or her own defence achieves the forfeiture regime's primary objective of ensuring crime does not pay; and it does not undermine the utility of the legal expenses restoration provision, which facilitates access to counsel in a manner that is both fair and consistent with the presumption of innocence. There is nothing inconsistent about allowing accused persons, who are presumed innocent, to access seized funds to pay for legal counsel but requiring offenders, who are proven guilty, to pay them back in the event that they are determined to be proceeds of crime. However, there is an important exception to this general rule: where a sentencing judge is satisfied that representation by counsel was essential to the offender's constitutional right to a fair trial, the judge should exercise his or her limited discretion not to impose a fine in lieu of forfeiture. This interpretation gives proper effect to Parliament's objective of ensuring an effective forfeiture regime while still vindicating the constitutionally protected right to counsel, and more particularly, the constitutional right to state-funded counsel in limited circumstances.

Part XII.2 of the *Criminal Code*, which governs the seizure, restraint, and forfeiture of proceeds of crime, seeks to ensure that crime does not pay. To further this objective, it permits the state to seize and detain property believed on reasonable grounds to be proceeds of crime, thereby preserving it and facilitating the enforcement of any future forfeiture order. At the same time, Parliament recognized that the seizure and detention of property that

L'avocat de l'accusé n'est pas une personne inconnue qui reçoit les fonds dans le cadre d'une transaction privée non supervisée. Il a été spécifiquement autorisé par un juge à être rémunéré pour assurer la défense de l'accusé. De plus, le législateur a précisé les exigences légales qu'il souhaitait appliquer à la restitution de fonds saisis par voie judiciaire. Rien ne révèle une intention d'obliger l'accusé à prouver, afin d'éviter l'infliction d'une amende en remplacement de la confiscation, que la nature des procédures est telle qu'il est essentiel qu'il obtienne l'assistance d'un avocat. Par conséquent, s'abstenir d'infliger une amende en remplacement de la confiscation à l'égard de fonds qui ont été restitués par un tribunal pour le paiement des frais juridiques raisonnables associés à la défense d'un accusé sera généralement la solution la plus fidèle à la volonté du législateur.

*Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver et Côté (dissidents en partie) :* L'imposition d'une amende en remplacement de la confiscation au contrevenant qui s'est servi de produits de la criminalité pour payer sa propre défense permet d'atteindre l'objectif premier du régime de confiscation de s'assurer que le crime ne paie pas; et elle ne sape pas l'utilité de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques, soit de faciliter l'accès aux services d'un avocat de manière équitable et conforme à la présomption d'innocence. Permettre aux accusés, qui sont présumés innocents, d'accéder à des fonds saisis pour payer les services de leur avocat n'a rien d'incompatible avec le fait d'exiger des contrevenants, qui ont été reconnus coupables, qu'ils remboursent ces fonds s'il est établi que ce sont des produits de la criminalité. Il y a toutefois une exception importante à la règle générale : lorsque le juge chargé de déterminer la peine est convaincu que la représentation du contrevenant par avocat est essentielle pour assurer le respect de son droit constitutionnel à un procès équitable, le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'infliger une amende en remplacement de la confiscation. Cette interprétation donne l'effet voulu à l'objectif du législateur d'assurer l'efficacité du régime de confiscation tout en respectant le droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat et, plus particulièrement, le droit constitutionnel aux services d'un avocat rémunéré par l'État dans quelques situations.

La partie XII.2 du *Code criminel*, qui régit la saisie, le blocage et la confiscation des produits de la criminalité, vise à s'assurer que le crime ne paie pas. Afin d'atteindre cet objectif, elle permet à l'État de saisir et de retenir des biens que l'on croit, pour des motifs raisonnables, être des produits de la criminalité, de manière à préserver ces biens et à faciliter la mise à exécution d'éventuelles ordonnances de confiscation. En revanche, le législateur a

is reasonably believed, though not yet proven, to be proceeds of crime may have a significant financial impact on accused persons, including by limiting their ability to access counsel. To address this concern, s. 462.34 of the *Criminal Code* permits accused persons to apply for a restoration order authorizing the release of seized property to pay for various expenses — one being reasonable legal expenses — where they have no other means available and no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the seized property. In creating this provision, Parliament struck a balance between ensuring an effective forfeiture regime and permitting otherwise impecunious accused persons to access funds for certain legitimate purposes. However, a court must, when sentencing an offender for an indictable offence, order the forfeiture of property determined to be proceeds of crime. Alternatively, where a court is satisfied that a forfeiture order should be made in respect of any “property of an offender”, but the property cannot be made subject to such an order, the court “may” order a fine in lieu under s. 462.37(3) of the *Criminal Code*.

Offenders who have used proceeds of crime to pay for their own defence derive a benefit from their crime and should generally be required to repay that benefit through a fine in lieu of forfeiture. This follows from a straightforward application of the primary objective of the proceeds of crime regime — namely, ensuring that crime does not pay. The proper interpretation of s. 462.37(3) of the *Criminal Code* reveals that where seized funds are released to an offender and then transferred to a lawyer, both prerequisites to imposing a fine in lieu are met. First, these funds are captured in the broad definition of “property of an offender”, which includes property originally in the possession or under the control of any person. Second, a transfer of released funds to a lawyer cannot be made subject to a forfeiture order. Section 462.37(3) sets out a non-exhaustive list of example circumstances where this criterion is met, one of which is where property has been “transferred to a third party”. Parliament could have limited this class of transfers but did not. In the absence of any limiting language, the grammatical and ordinary sense of “transfer” — to move a thing from one place to another — must prevail. A judicially authorized transfer of released funds to a lawyer is therefore a “transfer to a third party”. This also fits comfortably within the consistent

reconnu que la saisie et la rétention des biens dont on croit pour des motifs raisonnables, mais dont on n’a pas encore prouvé, qu’il s’agit de produits de la criminalité pouvaient avoir d’importantes répercussions financières sur les accusés, notamment en limitant leur capacité d’avoir accès à l’assistance d’un avocat. Afin de répondre à cette préoccupation, l’art. 462.34 du *Code criminel* permet aux accusés de solliciter une ordonnance de restitution autorisant la mainlevée des biens saisis pour payer différentes dépenses — dont des frais juridiques raisonnables — lorsqu’ils ne possèdent pas d’autres moyens de le faire et que personne d’autre ne semble être le propriétaire légitime des biens saisis ou avoir droit à leur possession légitime. En adoptant cette disposition, le législateur a établi un équilibre entre la nécessité d’assurer un régime de confiscation efficace et celle de permettre aux accusés par ailleurs impécunieux d’avoir accès à des fonds à certaines fins légitimes. Toutefois, lorsqu’il est appelé à déterminer la peine à infliger au contrevenant reconnu coupable d’un acte criminel, le tribunal doit ordonner la confiscation des biens dont il a été conclu qu’il s’agit de produits de la criminalité. Ou encore, lorsque le tribunal est convaincu qu’une ordonnance de confiscation devrait être rendue à l’égard d’« un bien [. . .] d’un contrevenant », mais que le bien ne peut pas faire l’objet d’une telle ordonnance, il « peut », en vertu du par. 462.37(3) du *Code criminel*, infliger une amende en remplacement de celle-ci.

Les contrevenants qui se sont servis de produits de la criminalité pour payer leur propre défense tirent profit de leur crime et devraient généralement être tenus de rembourser ce profit au moyen d’une amende en remplacement de la confiscation. Cette mesure découle d’une simple application de l’objectif premier du régime des produits de la criminalité, à savoir garantir que le crime ne paie pas. L’interprétation juste du par. 462.37(3) du *Code criminel* montre que lorsque les fonds saisis sont restitués à un contrevenant, puis remis à un avocat, les deux conditions préalables à l’imposition d’une amende de remplacement sont réunies. Premièrement, ces fonds sont visés par la définition large de « bien [. . .] d’un contrevenant », ce qui englobe les biens originellement en la possession ou sous le contrôle d’une personne. Deuxièmement, la remise à un avocat de fonds restitués ne peut faire l’objet d’une ordonnance de confiscation. Le paragraphe 462.37(3) dresse une liste non exhaustive de circonstances dans lesquelles ce critère est satisfait, l’une d’entre elles étant en cas de « remise à un tiers » de tout bien. Le législateur aurait pu restreindre cette catégorie de remises, mais il ne l’a pas fait. À défaut de formulation restrictive, c’est le sens grammatical et ordinaire du mot « remise » — action de remettre, de transférer quelque chose à quelqu’un — qu’il

theme running through the examples listed in s. 462.37(3), which is simply that the property cannot be made subject to a forfeiture order.

There is an exception to the general rule that a fine in lieu should be imposed where an offender has used proceeds of crime to pay for his or her own defence. Where a sentencing judge is satisfied, applying the test set out in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), that representation by counsel was essential to the offender's constitutional right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the judge should exercise his or her limited discretion not to impose a fine in lieu in respect of the released funds. The language of s. 462.37(3) is permissive and confers a limited discretion not to impose a fine. This limited discretion must be exercised in a manner consistent with the spirit of Part XII.2 as a whole. Part XII.2 seeks to balance the need to ensure an effective forfeiture regime and the constitutionally protected right to counsel. To properly understand this balance, however, it is first necessary to examine what the constitutionally protected right to counsel does — and does not — entail. Neither s. 10(b) nor any other *Charter* right postulates a general right to legal assistance. The right to state-funded legal counsel in criminal proceedings grounded in ss. 7 and 11(d) of the *Charter* is limited to circumstances where legal aid has been denied, the accused lacks other means, and representation by counsel is essential to the accused's constitutional right to a fair trial. Thus, where an offender can show that he or she was constitutionally entitled to state-funded legal counsel, it would be inconsistent to order the offender to pay back his or her legal expenses through a fine in lieu. This approach gives proper effect to Parliament's objective of ensuring an effective forfeiture regime while still vindicating the constitutionally protected right to counsel. To go further would not only upset the careful balance struck by Parliament, it would effectively grant a constitutional entitlement where none exists.

Contrary to the majority's approach, the primary objective of the proceeds of crime regime need not be sacrificed to achieve the restoration provision's "secondary

faut retenir. La remise autorisée par voie judiciaire de fonds restitués à un avocat constitue donc une « remise à un tiers ». Cela s'inscrit également fort bien dans le sujet récurrent dans les exemples énumérés au par. 462.37(3), qui dispose simplement que le bien en question ne peut faire l'objet d'une ordonnance de confiscation.

Il y a une exception importante à la règle générale voulant qu'une amende de remplacement soit imposée au contrevenant qui s'est servi de produits de la criminalité pour payer sa propre défense. Lorsque le juge chargé de déterminer la peine est convaincu, en appliquant le test énoncé dans l'arrêt *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), que la représentation du contrevenant par avocat est essentielle pour assurer le respect de son droit constitutionnel à un procès équitable garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'infliger une amende de remplacement à l'égard des fonds restitués. Le texte du par. 462.37(3) a un caractère permissif et confère un pouvoir discrétionnaire limité de ne pas infliger une amende. Il faut exercer ce pouvoir discrétionnaire limité conformément à l'esprit de l'ensemble de la partie XII.2. La partie XII.2 vise à atteindre un équilibre entre la nécessité d'assurer un régime de confiscation efficace et celle de respecter le droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. Cependant, afin de bien comprendre cet équilibre, il est impératif d'examiner d'abord ce que ce droit protégé par la Constitution suppose et ce qu'il ne suppose pas. Ni l'al. 10b) ni quelque autre droit garanti par la *Charte* ne crée un droit général à l'assistance juridique. Le droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État dans un procès criminel qui repose sur l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* n'existe que dans les cas où l'aide juridique a été refusée, où l'accusé n'a pas d'autres moyens et où le fait d'être représenté par un avocat est essentiel pour assurer le respect du droit constitutionnel de l'accusé à un procès équitable. Donc, si le contrevenant arrive à démontrer qu'il avait le droit constitutionnel d'obtenir l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État, l'infliction d'une amende de remplacement pour le contraindre à rembourser ses frais juridiques serait incompatible avec ce droit constitutionnel. Cette conception donne l'effet voulu à l'objectif du législateur d'assurer à la fois un régime de confiscation efficace et le respect du droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. Aller plus loin non seulement perturberait le juste équilibre que le législateur a établi, mais conférerait en fait aussi un droit constitutionnel alors qu'il n'en existe aucun.

Contrairement à l'approche de la majorité, il n'est pas nécessaire de sacrifier l'objectif premier du régime des produits de la criminalité pour pouvoir réaliser les « objets

purposes” of providing access to counsel, giving meaningful weight to the presumption of innocence, and giving effect to the underlying intention to ensure fairness in criminal prosecutions. Once the respective roles of the restoration provision and the fine in lieu provision are properly understood, it becomes clear that all of the statutory scheme’s objectives can be achieved. The restoration provision facilitates access to counsel in a manner that is both fair and consistent with the presumption of innocence. But where a restoration order is followed by a conviction, an “accused” becomes an “offender”, and a fine in lieu should be ordered because the primary objective of ensuring that crime does not pay takes centre stage. While Parliament intended to give accused persons the benefit of having access to seized funds to pay for reasonable legal expenses, it did not intend to give offenders the benefit of never having to pay them back. Had that been Parliament’s intent, it could easily have enacted such a provision.

In this instance, the funds transferred to R’s lawyer qualified as R’s property and were determined to be proceeds of crime. They could not be made subject to a forfeiture order. Consequently, the authority to order a fine in lieu was engaged. In exercising her limited discretion not to invoke this authority, the sentencing judge did not consider whether representation by counsel was essential to R’s constitutional right to a fair trial and the record is insufficient to decide this issue. The Court of Appeal’s order should therefore be set aside and the case remitted to the sentencing judge for determination.

## Cases Cited

By Martin J.

**Distinguished:** *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; **considered:** *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392; **referred to:** *R. v. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134; *R. v. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645; *R. v. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45; *R. v. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26; *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *R. v.*

secondaires » de la disposition sur la restitution de fournir l’accès aux services d’un avocat, d’accorder une importance suffisante à la présomption d’innocence et de donner effet à l’intention sous-jacente d’assurer l’équité dans les poursuites criminelles. Une fois les rôles respectifs de la disposition sur la restitution et de celle sur l’amende de remplacement bien compris, il est évident que tous les objectifs du régime légal peuvent être atteints. La disposition sur la restitution facilite l’accès aux services d’un avocat de manière équitable et conforme à la présomption d’innocence. Mais lorsque l’ordonnance de restitution est suivie d’une déclaration de culpabilité, « l’accusé » devient un « contrevenant », et il y a lieu d’imposer une amende de remplacement parce que l’objectif premier du régime légal consistant à s’assurer que le crime ne paie pas passe au premier plan. Bien que le législateur ait voulu donner aux accusés l’avantage d’avoir accès à des fonds saisis afin de payer leurs frais juridiques raisonnables, il n’avait pas l’intention de donner aux contrevenants l’avantage de ne jamais avoir à les rembourser. Si cela avait été l’intention du législateur, il aurait pu aisément édicter une telle disposition.

Dans la présente affaire, les fonds remis à l’avocat de R constituaient un bien de R et on a jugé qu’il s’agissait de produits de la criminalité. Ils ne pouvaient pas faire l’objet d’une ordonnance de confiscation. En conséquence, le pouvoir d’infliger une amende de remplacement était en jeu. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire limité de ne pas invoquer cette prérogative, la juge chargée de déterminer la peine ne s’est pas demandé si le fait d’être représenté par un avocat était essentiel pour assurer le respect du droit constitutionnel de R à un procès équitable et le dossier n’est pas suffisamment étoffé pour permettre de trancher cette question. Il convient donc d’annuler l’ordonnance de la Cour d’appel et de renvoyer l’affaire à la juge chargée de déterminer la peine pour qu’elle rende une nouvelle décision.

## Jurisprudence

Citée par la juge Martin

**Distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; **arrêt examiné :** *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392; **arrêts mentionnés :** *R. c. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134; *R. c. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645; *R. c. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45; *R. c. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26; *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6,

*Davidson*, 2016 ONSC 7440; *R. v. Alves*, 2015 ONSC 4489; *R. v. Borean*, 2007 NBQB 335, 321 N.B.R. (2d) 309; *R. v. Gagnon* (1993), 80 C.C.C. (3d) 508; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *Greenshields v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204; *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495; *R. v. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357; *R. v. Hobeika*, 2014 ONSC 5453; *R. v. Kizir*, 2014 ONSC 1676, 304 C.R.R. (2d) 287; *R. v. Ro*, [2006] O.J. No. 3347 (QL).

By Moldaver J. (dissenting in part)

*R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *United States v. Monsanto*, 491 U.S. 600 (1989); *R. v. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216; *R. v. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575; *R. v. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94; *R. v. Bourque* (2005), 193 C.C.C. (3d) 485; *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *R. v. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134; *R. v. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645; *R. v. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26; *R. v. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45; *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520.

### Statutes and Regulations Cited

*Act for enabling Persons indicted of Felony to make their Defence by Counsel or Attorney* (U.K.), 1836, 6 & 7 Will. 4, c. 114, s. 1.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 10(b), 11(d), 24(1).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 2.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 354(1), Part XII.2 [ad. c. 42 (4th Supp.), s. 2], 462.3(1), 462.32, 462.33, 462.34, 462.37(1), (2), (3), (4), 730.

[2013] 1 R.C.S. 271; *R. c. Davidson*, 2016 ONSC 7440; *R. c. Alves*, 2015 ONSC 4489; *R. c. Borean*, 2007 NBQB 335, 321 N.B.R. (2d) 309; *R. c. Gagnon* (1993), 80 C.C.C. (3d) 508; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *Greenshields c. The Queen*, [1958] R.C.S. 216; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204; *R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495; *R. c. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357; *R. c. Hobeika*, 2014 ONSC 5453; *R. c. Kizir*, 2014 ONSC 1676, 304 C.R.R. (2d) 287; *R. c. Ro*, [2006] O.J. No. 3347 (QL).

Citée par le juge Moldaver (dissident en partie)

*R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *United States c. Monsanto*, 491 U.S. 600 (1989); *R. c. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216; *R. c. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575; *R. c. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94; *R. c. Bourque* (2005), 193 C.C.C. (3d) 485; *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *R. c. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134; *R. c. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645; *R. c. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26; *R. c. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45; *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520.

### Lois et règlements cités

*Act for enabling Persons indicted of Felony to make their Defence by Counsel or Attorney* (R.-U.), 1836, 6 & 7 Will. 4, c. 114, art. 1.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 10(b), 11(d), 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2, 354(1), partie XII.2 [aj. c. 42 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 2], 462.3(1), 462.32, 462.33, 462.34, 462.37(1), (2), (3), (4), 730.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 2.

**Authors Cited**

- Canada. House of Commons. *Debates*, vol. 14, 2nd Sess., 33rd Parl., July 7, 1988, pp. 17258-59.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61: An Act to amend the Criminal Code, the Food and Drugs Act and the Narcotic Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 5, 1987, p. 1:8.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61: An Act to amend the Criminal Code, the Food and Drugs Act and the Narcotic Act*, No. 5, 2nd Sess., 33rd Parl., May 10, 1988, pp. 5:5 and 5:9.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61: An Act to amend the Criminal Code, the Food and Drugs Act and the Narcotic Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., June 1, 1988, pp. 9:22-9:24.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61: An Act to amend the Criminal Code, the Food and Drugs Act and the Narcotic Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., June 2, 1988, pp. 10:17-10:18.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- German, Peter M. *Proceeds of Crime and Money Laundering*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2018 (loose-leaf updated April 2019, release 1).
- Hubbard, Robert W. et al. *Money Laundering and Proceeds of Crime*, Toronto: Irwin Law, 2004.
- Langbein, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Croft Michaelson. *Drug Offences in Canada*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated April 2019, release 2).
- Rose, Gregory J. “Non-Part XII.2 Warrants and Proceeds of Crime” (1996), 38 *Crim. L.Q.* 206.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Hourigan and Pardu JJ.A.) 2017 ONCA 634, 137 O.R. (3d) 81, 353 C.C.C. (3d) 293, [2017] O.J. No. 4064 (QL), 2017 CarswellOnt 11968 (WL Can.), varying a sentencing decision of Croll J., 2013 ONSC 7293, [2013] O.J. No. 5421 (QL), 2013 CarswellOnt 16580 (WL Can.). Appeal allowed, Wagner C.J. and Moldaver and Côté JJ. dissenting in part.

**Doctrine et autres documents cités**

- Canada. Chambre des communes. *Débats*, vol. 14, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 7 juillet 1988, p. 17258-17259.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, n<sup>o</sup> 1, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 5 novembre 1987, p. 1:8.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, n<sup>o</sup> 5, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 10 mai 1988, p. 5:5 et 5:9.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, n<sup>o</sup> 1, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> juin 1988, p. 9:22-9:24.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, n<sup>o</sup> 1, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 2 juin 1988, p. 10:17-10:18.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- German, Peter M. *Proceeds of Crime and Money Laundering*, vol. 1, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2018 (loose-leaf updated April 2019, release 1).
- Hubbard, Robert W. et al. *Money Laundering and Proceeds of Crime*, Toronto, Irwin Law, 2004.
- Langbein, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Croft Michaelson. *Drug Offences in Canada*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated April 2019, release 2).
- Rose, Gregory J. « Non-Part XII.2 Warrants and Proceeds of Crime » (1996), 38 *Crim. L.Q.* 206.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Hourigan et Pardu), 2017 ONCA 634, 137 O.R. (3d) 81, 353 C.C.C. (3d) 293, [2017] O.J. No. 4064 (QL), 2017 CarswellOnt 11968 (WL Can.), qui a modifié la décision sur la peine de la juge Croll, 2013 ONSC 7293, [2013] O.J. No. 5421 (QL), 2013 CarswellOnt 16580 (WL Can.). Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner et les juges Moldaver et Côté sont dissidents en partie.

*Gregory Lafontaine and Carly Eastwood*, for the appellant.

*Bradley Reitz and Sarah Egan*, for the respondent.

*Brett Cohen and Melissa Adams*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Michael W. Lacy and Bryan Badali*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Alan D. Gold and Deepa Negandhi*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Gregory DelBigio, Q.C.*, and *Alison M. Latimer*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of Abella, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

MARTIN J. —

## I. Introduction

[1] Do the proceeds of crime provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”), require courts to give with one hand, only to take away with the other? The appellant, Yulik Rafilovich, applied for and was returned funds that the state had initially seized from him as potential proceeds of crime, because he needed the funds to pay for his legal defence to charges related to drug trafficking. After he pled guilty, the Crown asked the sentencing judge to impose a fine on Mr. Rafilovich under the forfeiture provisions of the *Code*, on the basis that by using his returned funds for his defence, he had thereby benefitted from the proceeds of crime. In my view, Parliament did not intend these provisions to operate in such an inconsistent manner.

[2] In 1988, Parliament enacted a comprehensive and distinct legal regime to address proceeds of crime, which now forms Part XII.2 of the *Code*. The overall

*Gregory Lafontaine et Carly Eastwood*, pour l’appelant.

*Bradley Reitz et Sarah Egan*, pour l’intimée.

*Brett Cohen et Melissa Adams*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Michael W. Lacy et Bryan Badali*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Alan D. Gold et Deepa Negandhi*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

*Gregory DelBigio, c.r.*, et *Alison M. Latimer*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Version française du jugement des juges Abella, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin rendu par

LA JUGE MARTIN —

## I. Introduction

[1] Les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *Code* »), relatives aux produits de la criminalité obligent-elles les tribunaux à retirer d’une main ce qu’ils donnent de l’autre? L’appelant, Yulik Rafilovich, a réclamé les fonds que l’État lui avait saisis au départ parce qu’il s’agissait peut-être de produits de la criminalité et a obtenu leur restitution, car il en avait besoin pour payer sa défense contre des accusations liées au trafic de drogue. Après qu’il eut plaidé coupable, le ministère public a demandé à la juge chargée de déterminer la peine d’infliger à M. Rafilovich une amende en vertu des dispositions du *Code* en matière de confiscation, au motif qu’en se servant des fonds qui lui ont été restitués pour assurer sa défense, il avait bénéficié par le fait même des produits de la criminalité. À mon avis, le législateur ne souhaitait pas que ces dispositions s’appliquent de façon aussi incohérente.

[2] En 1988, le législateur a adopté un régime juridique exhaustif et distinct pour traiter des produits de la criminalité, lequel régime constitue maintenant

goal of this complex and multi-factored regime was to ensure that “crime does not pay”, and to deter offenders by depriving them of their ill-gotten gains.

[3] Under this regime, the state may seize property from accused persons where the property is believed, on reasonable and probable grounds, to be proceeds of crime.<sup>1</sup> The seized property is then held for possible forfeiture to the Crown at a future sentencing hearing (ss. 462.32(1), 462.33(1), 462.33(2) and 462.33(3)).<sup>2</sup> This initial seizure means that accused persons, who are presumed innocent and have not been found guilty of any crime, may nevertheless have their property taken away and held by the state prior to and throughout trial. If their property had not been seized, these accused persons would have had unfettered access to their property to finance their defence. But, when some or all of their assets have been seized, many accused persons will not be able to afford to hire lawyers to answer the charges against them. Parliament was alive to the serious problems created by such a situation and recognized the need to alleviate them.

[4] In response, Parliament created a specific procedure within the *Code*'s proceeds of crime regime that allows accused persons to seek the return of some or all of the seized property for certain designated purposes if the accused has “no other assets

<sup>1</sup> The *Code* provides two mechanisms by which the state can take control of property believed to be the proceeds of crime. The mechanism at issue in this appeal — seizure — is authorized by warrant issued under s. 462.32 of the *Code*. The second mechanism is a restraint order issued under s. 462.33 of the *Code*, which prohibits “any person from disposing of, or otherwise dealing with any interest in, the property specified in the order otherwise than in the manner that may be specified in the order” (s. 462.33(3)). For simplicity, these reasons will use the term “seized” to mean “seized or restrained”.

<sup>2</sup> As discussed in para. 27, forfeiture can occur even if the accused is not convicted, if the Crown can prove beyond a reasonable doubt that property is the proceeds of crime. In this case, there will be a “forfeiture hearing” rather than a “sentencing hearing”. These reasons will use the term “sentencing hearing” to mean “sentencing or forfeiture hearing”.

la partie XII.2 du *Code*. Ce régime complexe et multidimensionnel avait pour objectif général de veiller à ce que le « crime ne paie pas » et de dissuader les contrevenants en les privant de leurs gains mal acquis.

[3] Suivant ce régime, l'État peut saisir les biens de l'accusé que l'on croit, pour des motifs raisonnables et probables, être des produits de la criminalité<sup>1</sup>. Le bien saisi est alors détenu en vue de sa possible confiscation au profit de Sa Majesté lors d'une éventuelle audience sur la détermination de la peine (par. 462.32(1), 462.33(1), 462.33(2) et 462.33(3))<sup>2</sup>. En raison de cette saisie initiale, l'accusé, qui est présumé innocent et n'a été reconnu coupable d'aucun crime, risque néanmoins de voir ses biens lui être enlevés par l'État, qui les conservera avant le procès et pendant toute la durée de celui-ci. Si ses biens n'avaient pas été saisis, cet accusé aurait pu les utiliser librement pour financer sa défense. Or, un grand nombre d'accusés dont tout ou partie des biens ont été saisis n'ont pas les moyens d'engager des avocats pour répondre aux accusations portées contre eux. Conscient des graves problèmes que posait une telle situation, le législateur a reconnu la nécessité d'y remédier.

[4] Le législateur a réagi en établissant une procédure précise dans le régime des produits de la criminalité prévu au *Code* qui permet à l'accusé de réclamer la restitution de quelques-uns ou de l'ensemble des biens saisis à certaines fins désignées

<sup>1</sup> Le *Code* prévoit deux mécanismes permettant à l'État de prendre le contrôle d'un bien que l'on croit être un produit de la criminalité. Le mécanisme en cause dans le présent pourvoi — la saisie — est autorisé par mandat délivré en vertu de l'art. 462.32 du *Code*. Le second mécanisme est l'ordonnance de blocage prévue à l'art. 462.33 du *Code*, qui interdit à « toute personne de se départir des biens mentionnés dans l'ordonnance ou d'effectuer des opérations sur les droits qu'elle détient sur ceux-ci, sauf dans la mesure où l'ordonnance le prévoit » (par. 462.33(3)). Pour simplifier les choses, j'utilise le terme « saisi » au sens de « saisi ou bloqué » dans les présents motifs.

<sup>2</sup> Tel qu'il est expliqué au par. 27, il peut y avoir confiscation malgré l'absence de déclaration de culpabilité si le ministère public réussit à prouver hors de tout doute raisonnable que le bien en question est un produit de la criminalité. Dans un tel cas, il y aura une « audience de confiscation » plutôt qu'une « audience de détermination de la peine ». J'emploie ce deuxième terme au sens d'« audience de détermination de la peine ou de confiscation » dans les présents motifs.

or means available” (s. 462.34(4)).<sup>3</sup> Parliament’s list of approved purposes expressly includes reasonable legal expenses (s. 462.34(4)(c)(ii)). Under this procedure, which occurs early in a criminal proceeding, an accused applies to a judge to ask for the return of seized property to pay for a lawyer (s. 462.34(1)). Thereafter, two separate hearings are held, evidence is tendered, and the judge determines: (1) whether the accused actually needs any of the seized property to pay for reasonable legal fees (ss. 462.34(4) and 462.34(5)); (2) what amount may be returned; and (3) the appropriate terms related to the return of the funds (s. 462.34(4)). The return of any seized funds is, therefore, done under the authority of a judicial order. Returned funds are normally held in trust by legal counsel, to be used only for the defence of the accused, and such funds are no longer considered to be seized property held by the state.

[5] The criminal process will then proceed. If the accused person is convicted or pleads guilty, there will be a sentencing hearing to impose a fit and proportionate criminal penalty. The sentencing judge will also determine what, if any, of the offender’s property (including property previously seized) has been proven to be proceeds of crime. As a general rule, property proven to be proceeds of crime must be forfeited to the Crown (s. 462.37(1)).

[6] Parliament has also addressed the situation in which property proven to be proceeds of crime at sentencing is not available for forfeiture to the Crown, such as situations where the money has been

s’il ne « possède pas d’autres biens ou moyens » (par. 462.34(4))<sup>3</sup>. La liste des fins approuvées par le législateur comprend expressément les frais juridiques raisonnables (sous-al. 462.34(4)(c)(ii)). Selon cette procédure, qui se déroule au début d’un procès criminel, l’accusé demande au juge la restitution des biens saisis pour se payer un avocat (par. 462.34(1)). Par la suite, deux audiences distinctes ont lieu, de la preuve est produite, et le juge décide : (1) si l’accusé a bel et bien besoin d’un des biens saisis pour payer des frais juridiques raisonnables (par. 462.34(4) et (5)); (2) de la somme à restituer; et (3) les conditions indiquées relativement à la restitution des fonds (par. 462.34(4)). La restitution des fonds saisis se fait donc en vertu d’une ordonnance judiciaire. Les fonds restitués sont normalement détenus en fiducie par un avocat et ils ne peuvent servir qu’à la défense de l’accusé, et ces fonds ne sont plus considérés comme des biens saisis que détient l’État.

[5] Le processus pénal suit ensuite son cours. Si l’accusé est reconnu ou plaide coupable, le tribunal tiendra une audience de détermination de la peine pour lui infliger une sanction pénale juste et proportionnelle. Le juge chargé de déterminer la peine décide aussi lesquels, s’il en est, des biens du contrevenant (y compris les biens saisis auparavant) s’avèrent être des produits de la criminalité. En règle générale, les biens dont il a été prouvé qu’il s’agit de produits de la criminalité doivent être confisqués au profit de Sa Majesté (par. 462.37(1)).

[6] Le législateur a également prévu la situation dans laquelle un bien dont il a été prouvé qu’il s’agit d’un produit de la criminalité à l’étape de la détermination de la peine ne peut être confisqué au

<sup>3</sup> Section 462.34(4) of the *Code* allows a judge to order the return of property that was seized under a warrant issued pursuant to s. 462.32. Where property was the subject of a restraint order made under s. 462.33(3), the judge may “revoke the order, vary the order to exclude the property or any interest in the property or part thereof from the application of the order or make the order subject to such reasonable conditions as the judge thinks fit”. For simplicity, these reasons will use the term “return” to refer to both situations. When referring specifically to the return provision for reasonable legal expenses under s. 462.34(4)(c)(ii), these reasons will use the term “legal expenses return provision”.

<sup>3</sup> Le paragraphe 462.34(4) du *Code* autorise le juge à ordonner la restitution de biens saisis au moyen d’un mandat délivré en vertu de l’art. 462.32. Dans le cas d’un bien faisant l’objet d’une ordonnance de blocage rendue en vertu du par. 462.33(3), le juge peut « annuler ou modifier l’ordonnance de blocage [...] de façon à soustraire, en totalité ou en partie, ces biens ou un droit sur ceux-ci à son application, selon le cas, ou rendre l’ordonnance de blocage sujette aux conditions qu’il estime indiquées ». Par souci de simplicité, j’emploie dans les présents motifs le terme « restitution » pour parler de ces deux situations. Quand je parle plus particulièrement de la disposition sur la restitution en vue du paiement de frais juridiques raisonnables au titre du sous-al. 462.34(4)(c)(ii), j’utilise le terme « disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques ».

spent or given to a third person. In such a case, the sentencing judge *may* order a “fine instead of forfeiture” equal to the amount proven to be proceeds of crime (s. 462.37(3)).<sup>4</sup> The offender’s failure to pay the fine may result in imprisonment (s. 462.37(4)).

[7] This case concerns the legal relationship between a judicial order returning funds to pay for reasonable legal fees and the sentencing judge’s discretion to order a fine instead of forfeiture. This Court is, for the first time, being asked to address when, if ever, a sentencing judge should use the statutory discretion to order a fine instead of forfeiture in respect of property that was used, with prior judicial authorization, to pay for the reasonable costs of an accused’s legal defence. Parliament has provided no express response to this question. The courts below have reached opposing conclusions and the limited jurisprudence across the country on these two provisions is similarly divided (*R. v. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134; *R. v. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645 (C.A.); *R. v. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45; *R. v. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26 (C.A.)).

[8] In my view, the application of the principles of statutory interpretation leads to the conclusion that, generally speaking, sentencing judges should not impose a fine instead of forfeiture in relation to funds that have been judicially returned for the payment of reasonable legal fees associated with an accused’s criminal defence. This approach is most faithful to Parliament’s intent.

[9] The statutory discretion afforded to sentencing judges to impose a fine must be exercised in

<sup>4</sup> Some of the jurisprudence refers to this as a “fine in lieu of forfeiture”. For clarity, these reasons use the word “instead”, which is consistent with the language of s. 462.37(3) of the *Code*.

profit de Sa Majesté, comme dans le cas où l’argent a été dépensé ou donné à un tiers. En pareil cas, le juge chargé de déterminer la peine *peut* infliger une « amende en remplacement de la confiscation » égale à la somme dont il a été prouvé qu’il s’agit d’un produit de la criminalité (par. 462.37(3))<sup>4</sup>. Le contrevenant qui ne paie pas l’amende est passible d’un emprisonnement (par. 462.37(4)).

[7] La présente affaire concerne le rapport juridique entre une ordonnance judiciaire portant restitution de fonds pour permettre à l’intéressé de payer des frais juridiques raisonnables et le pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine d’infliger une amende en remplacement de la confiscation. La Cour est appelée pour la première fois à déterminer les circonstances dans lesquelles, le cas échéant, le juge chargé de déterminer la peine devrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi pour infliger une amende en remplacement de la confiscation à l’égard de biens utilisés, avec l’autorisation préalable du tribunal, pour payer les frais juridiques raisonnables de la défense de l’accusé. Le législateur n’a donné aucune réponse explicite à cette question. Les juridictions inférieures sont parvenues à des conclusions opposées et la jurisprudence peu abondante partout au pays sur les deux dispositions en cause est tout aussi partagée (*R. c. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134; *R. c. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645 (C.A.); *R. c. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45; *R. c. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26 (C.A.)).

[8] À mon avis, l’application des principes d’interprétation législative mène à la conclusion qu’en général, le juge chargé de déterminer la peine ne doit pas infliger une amende en remplacement de la confiscation à l’égard de fonds qui ont été restitués par le tribunal pour le paiement des frais juridiques raisonnables associés à la défense d’un accusé. Cette approche est la plus fidèle à la volonté du législateur.

[9] Le pouvoir discrétionnaire d’infliger une amende que la loi accorde au juge chargé de déterminer la

<sup>4</sup> Dans certaines décisions, les tribunaux parlent d’« amende infligée au lieu de la confiscation ». Par souci de clarté, j’utilise dans les présents motifs les mots « en remplacement » qui font partie du texte du par. 462.37(3) du *Code*.

accordance with the purposes of the provisions in the proceeds of crime regime (*R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, at para. 28). Those purposes can be found by examining the *Code* to discern Parliament's intent about how the legal expenses return provision and the fine instead of forfeiture provision should operate together. By enacting the return provision, Parliament not only foresaw the possibility that seized funds may be needed to mount a defence, but explicitly allowed individuals to spend returned funds for this purpose. While it is true that the proceeds of crime regime as a whole seeks to ensure that crime does not pay or benefit the offender, the legal expenses return provision pursues secondary purposes, namely: (1) providing access to counsel and (2) giving meaningful weight to the presumption of innocence. Underlying both of these objectives is a desire to ensure fairness to the accused in criminal prosecutions. Clawing back reasonable legal fees as a fine instead of forfeiture would, in most cases, undermine these equally valid purposes.

[10] At the same time, where it turns out that the offender did not have a real financial need or the funds were not used to alleviate that need, it would be appropriate for a judge to impose a fine instead of forfeiture, as this would align with Parliament's intent. For example, this might occur where there is wrongdoing in the return of funds application, such as the misrepresentation of the accused's financial position. It might also occur where there is wrongdoing in the administration of the return order, such as funds not being applied in the manner contemplated, expenditures for purposes outside the scope of the return order, or fees in excess of judicially authorized limits. Further, it might occur where the accused experiences an unexpected change in circumstances after the funds have been returned but before sentencing, such that recourse to returned funds is no longer necessary after the accused became aware of the changed circumstances. These are examples of the kinds of situations that undermine the basis of

peine doit s'exercer conformément aux objets des dispositions du régime des produits de la criminalité (*R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, par. 28). Ces objets se dégagent d'un examen du *Code* visant à cerner l'intention du législateur quant à la coexistence de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques et de celle sur l'amende en remplacement de la confiscation. En adoptant la disposition sur la restitution, le législateur a non seulement prévu la possibilité que l'accusé ait besoin des fonds saisis pour préparer sa défense, mais a aussi permis explicitement que les fonds restitués soient consacrés à cette fin. S'il est vrai que l'ensemble du régime des produits de la criminalité a pour objet de s'assurer que le crime ne paie pas ni ne bénéficie au contrevenant, la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques vise la réalisation d'objets secondaires, à savoir : (1) permettre l'accès aux services d'un avocat et (2) accorder une importance suffisante à la présomption d'innocence. Le désir d'assurer l'équité à l'accusé dans les poursuites criminelles sous-tend ces deux objectifs. Dans la plupart des cas, récupérer les sommes versées pour le paiement de frais juridiques raisonnables au moyen d'une amende en remplacement de la confiscation aura pour effet de miner la réalisation de ces objets tout aussi valables.

[10] Par contre, s'il s'avère que le contrevenant n'avait pas un véritable besoin financier ou que les fonds n'ont pas été utilisés pour atténuer ce besoin, il serait indiqué pour le juge d'infliger une amende en remplacement de la confiscation, car cela concorderait avec l'intention du législateur. Par exemple, cela pourrait survenir en présence d'agissements répréhensibles relativement à la demande de restitution (telle la présentation inexacte de la situation financière de l'accusé) ou à l'occasion de l'exécution de l'ordonnance de restitution (p. ex., l'utilisation des fonds d'une manière non prévue dans l'ordonnance, pour des dépenses à des fins qui ne sont pas visées par l'ordonnance ou pour des dépenses qui dépassent les limites autorisées par le tribunal). En outre, cela pourrait se produire si la situation financière de l'accusé change de façon imprévue après la restitution des fonds, mais avant la détermination de la peine, de sorte qu'il ne soit plus nécessaire d'avoir recours aux fonds restitués dès que l'accusé prend connaissance

the return order such that Parliament would have intended to recover the returned monies by way of a fine.

[11] In the context of this case, because ordering a fine would undermine Parliament's intent in enacting the legal expenses return provision, I would allow the appeal and set aside the Court of Appeal's order, which imposed a fine and imprisonment in default of payment.

## II. Facts and Judicial History

[12] The appellant, Mr. Rafilovich, was arrested for possession of cocaine for the purpose of trafficking twice in fourteen months. The police searched Mr. Rafilovich's car and two apartments, and seized, among other things, a fake Social Insurance Number identification card, about \$47,000 worth of cocaine, and about \$42,000 in cash. The cash was seized by the Crown as potential proceeds of crime.

[13] In 2009, before his trial, Mr. Rafilovich's counsel brought an application under s. 462.34 of the *Code* for the return of some of the seized funds to pay for reasonable legal fees associated with the case. Justice MacDonald of the Ontario Superior Court of Justice granted the application pursuant to s. 462.34(4)(c)(ii). He was satisfied that Mr. Rafilovich met the financial need requirement in s. 462.34(4) of the *Code* (A.R., vol. II, at p. 1). He ordered that the returned funds be held by Mr. Rafilovich's counsel in an interest-bearing trust account and imposed the following conditions: the returned funds were to be used only for the payment of legal fees and, before any fees could be paid, Mr. Rafilovich's counsel had to provide "an itemized account justifying such fees to Mr. Rafilovich and he [had to] sign that account acknowledging his agreement as to the reasonableness of the fees and his consent to payment" (A.R., vol. II, at p. 2). Justice MacDonald also determined the hourly rate and maximum court

de la nouvelle situation. Ce sont là des exemples du genre de situation qui mine le fondement même de l'ordonnance de restitution de telle sorte que le législateur aurait souhaité recouvrer les sommes d'argent restituées au moyen d'une amende.

[11] Dans le contexte de la présente affaire, puisque l'infliction d'une amende aurait pour conséquence de miner l'intention qu'avait le législateur en édictant la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel, qui a imposé une amende et une peine d'emprisonnement pour défaut de paiement.

## II. Faits et historique judiciaire

[12] L'appelant, M. Rafilovich, a été arrêté à deux reprises en quatorze mois pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Après avoir fouillé le véhicule de M. Rafilovich et perquisitionné ses deux appartements, la police a saisi entre autres une fausse carte d'assurance sociale, de la cocaïne valant environ 47 000 \$ et près de 42 000 \$ en argent comptant. L'argent a été saisi par Sa Majesté en tant que biens constituant peut-être des produits de la criminalité.

[13] En 2009, avant l'ouverture du procès de M. Rafilovich, son avocat a présenté en vertu de l'art. 462.34 du *Code* une demande visant à obtenir la restitution d'une partie des fonds saisis aux fins de paiement des frais juridiques raisonnables associés à l'affaire. Le juge MacDonald, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a fait droit à la demande en vertu du sous-al. 462.34(4)c)(ii). Il était convaincu que M. Rafilovich avait répondu à l'exigence du besoin financier énoncée au par. 462.34(4) du *Code* (d.a., vol. II, p. 1). Il a ordonné que les fonds restitués soient détenus par l'avocat de M. Rafilovich dans un compte en fiducie portant intérêt et a imposé les conditions suivantes : les fonds restitués devaient servir uniquement au paiement des frais juridiques et, avant que le moindre paiement de cette nature puisse être fait, l'avocat de M. Rafilovich devait fournir [TRADUCTION] « un relevé détaillé justifiant ces frais auprès de M. Rafilovich et il [devait] signer ce relevé pour reconnaître que les frais étaient raisonnables et consentir au paiement » (d.a., vol. II, p. 2). Le

hours that could be billed up to the conclusion of the preliminary inquiry.

[14] At trial, Mr. Rafilovich pled guilty to: possession of a counterfeit mark (a Social Insurance Number card); two counts of possession of cocaine for the purpose of trafficking; and two counts of possession of property exceeding \$5,000, knowing that it was obtained or derived directly or indirectly as a result of the commission in Canada of an offence punishable by indictment. The sentencing judge sentenced Mr. Rafilovich to 36 months in custody, which was reduced by 13 months for pretrial custody and by another 9 months to account for the terms of his interim release. In addition to this sentence, Mr. Rafilovich was required to forfeit to the Crown his 50 percent interest in an apartment that was “offence-related property” as defined in s. 2 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). Mr. Rafilovich’s term of imprisonment and the forfeiture of the interest in the apartment are not at issue in this appeal. While the interest in the apartment was forfeited under the CDSA, the parties agree that the forfeiture provisions applicable to the funds at issue in this case are those found in the *Code*. For the purposes of this appeal I accept, without deciding, that the governing provisions are those in the *Code*, not the CDSA.

[15] At the sentencing hearing, the Crown also sought a fine instead of forfeiture under s. 462.37(3), equal to the amount seized and then returned to Mr. Rafilovich to pay for his legal counsel. The sentencing judge declined to impose the discretionary fine for four reasons. First, as the application judge found, Mr. Rafilovich did not have any funds to pay for legal representation and did not qualify for legal aid. Therefore, “[i]t was necessary for the seized funds to be released” (2013 ONSC 7293, at p. 20 (CanLII)). Second, Mr. Rafilovich did not obtain a benefit from the returned funds except to have legal representation. This was not a situation where

juge MacDonald a également fixé le taux horaire et le nombre maximal d’heures d’audience qui pourraient être facturées jusqu’à la fin de l’enquête préliminaire.

[14] Au procès, M. Rafilovich a plaidé coupable à : un chef de possession d’une marque contrefaite (une carte d’assurance sociale); deux chefs de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic; et deux chefs de possession de biens de plus de 5 000 \$, sachant qu’ils avaient été obtenus ou qu’ils provenaient, directement ou indirectement, de la perpétration au Canada d’une infraction punissable sur acte d’accusation. La juge chargée de déterminer la peine a condamné M. Rafilovich à une peine d’emprisonnement de 36 mois, qui a été écourtée de 13 mois en raison de la période de détention préventive, ainsi que d’une autre période de 9 mois, eu égard aux conditions de sa mise en liberté provisoire. En plus de cette peine, la juge a ordonné que le droit de M. Rafilovich sur 50 p. 100 d’un appartement, qui constituait un « bien infractionnel » au sens de l’art. 2 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« LRCDas »), soit confisqué au profit de Sa Majesté. La peine d’emprisonnement infligée à M. Rafilovich et la confiscation du droit sur l’appartement ne sont pas en litige dans le présent pourvoi. Bien que le droit sur l’appartement ait été confisqué en application de la LRCDas, les parties conviennent que les dispositions sur la confiscation qui s’appliquent aux fonds en cause dans la présente affaire sont celles qui figurent dans le *Code*. Pour les besoins du présent pourvoi, j’accepte, sans trancher la question, que les dispositions déterminantes sont celles du *Code* et non celles de la LRCDas.

[15] À l’audience de détermination de la peine, le ministère public a également sollicité, en vertu du par. 462.37(3), une amende en remplacement de la confiscation, soit une amende égale à la somme saisie, puis restituée à M. Rafilovich pour qu’il puisse payer son avocat. La juge chargée de déterminer la peine a refusé d’infliger l’amende discrétionnaire, et ce, pour quatre raisons. Premièrement, comme l’a conclu le juge saisi de la demande, M. Rafilovich n’avait pas les moyens d’être représenté par un avocat et il n’était pas admissible à l’aide juridique. En conséquence, [TRADUCTION] « [i]l était nécessaire d’accorder la mainlevée de la saisie des fonds »

an offender profited from criminal conduct. Third, Mr. Rafilovich did not squander or divert any of his other assets. Fourth, the non-payment of the fine would lead to the imposition of a further sentence of imprisonment of 12 to 18 months — an outcome that offenders who have access to funds or legal aid would not have to face.

[16] The Crown appealed. The Court of Appeal for Ontario unanimously held that the sentencing judge's exercise of discretion in this case was inappropriate. While it recognized that sentencing judges have a statutory discretion to not impose a fine, the exercise of this discretion, according to *Lavigne*, cannot hinder the achievement of the objectives that the proceeds of crime regime seeks to achieve. One of these objectives is that offenders cannot profit from their criminal conduct, and the Court of Appeal considered Mr. Rafilovich to be profiting from his criminal conduct by having access to seized funds to pay for his legal fees. It viewed the fact that the *Code* allows judges to return seized funds for payment of reasonable legal fees as compatible with the imposition of a fine instead of forfeiture at a later stage in the criminal proceedings.

[17] The Court of Appeal also held that the sentencing judge erred in considering the possibility of imprisonment for non-payment of a fine. It considered that, according to this Court's decision in *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530, an offender cannot be imprisoned for failing to pay a fine if the offender has a reasonable excuse. Since inability to pay constitutes a reasonable excuse, Mr. Rafilovich would not face any risk of additional imprisonment if he were ultimately unable to pay the fine.

(2013 ONSC 7293, p. 20 (CanLII)). Deuxièmement, M. Rafilovich n'avait retiré aucun bénéfice de la restitution des fonds, si ce n'est la possibilité d'être représenté par un avocat. Il ne s'agissait pas d'une situation où le contrevenant avait tiré profit d'une conduite criminelle. Troisièmement, M. Rafilovich n'avait pas dilapidé ou détourné l'un de ses autres biens. Quatrièmement, le défaut de payer l'amende mènerait à l'imposition d'une nouvelle peine d'emprisonnement de 12 à 18 mois — conséquence que ne subiraient pas les contrevenants disposant de fonds ou ayant droit à l'aide juridique.

[16] Le ministère public s'est pourvu en appel. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé à l'unanimité que la juge chargée de déterminer la peine avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en l'espèce. Même si elle a reconnu que les juges chargés de déterminer la peine sont investis par la loi du pouvoir discrétionnaire de ne pas infliger d'amende, la cour a rappelé que ce pouvoir ne peut, suivant l'arrêt *Lavigne*, être exercé de manière à faire obstacle à la réalisation des objectifs que le régime des produits de la criminalité cherche à atteindre. Un de ces objectifs consiste à empêcher les contrevenants de tirer profit de leur conduite criminelle, et la Cour d'appel a estimé que M. Rafilovich avait bénéficié de sa conduite criminelle en disposant de fonds saisis pour payer ses frais juridiques. De l'avis de la Cour d'appel, le fait que le *Code* autorise les juges à restituer les fonds saisis pour le paiement de frais juridiques raisonnables était compatible avec l'infliction d'une amende en remplacement de la confiscation plus tard au cours de la poursuite criminelle.

[17] La Cour d'appel a également décidé que la juge chargée de déterminer la peine avait commis une erreur en envisageant la possibilité d'une peine d'emprisonnement en cas de défaut de paiement d'une amende. Elle a considéré que, selon l'arrêt de notre Cour dans *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530, le contrevenant ne peut être incarcéré pour défaut de paiement d'une amende s'il a une excuse raisonnable. Étant donné que l'incapacité de payer constitue une excuse raisonnable, M. Rafilovich ne risquerait aucunement de se voir infliger une autre peine d'emprisonnement s'il était incapable en fin de compte de payer l'amende.

[18] On the basis of the above analysis, the Court of Appeal imposed a fine instead of forfeiture of \$41,976.39, equal to the amount of the seized and returned funds. It further ordered that, in the event that Mr. Rafilovich did not pay the fine and did not have a reasonable excuse, he would be sentenced to an additional 12 months of imprisonment over and above the 14 months that remained in his prison sentence. Mr. Rafilovich now appeals to this Court by leave.

### III. Issue

[19] The issue before this Court is: how should a sentencing judge, who has discretion whether to impose a fine instead of forfeiture under s. 462.37(3) for property proven to be proceeds of crime, treat property that has been judicially returned for the payment of reasonable legal expenses under s. 462.34(4)(c)(ii)? Stated otherwise, what is the intended relationship between the return provision and the fine instead of forfeiture provision in the context of reasonable legal fees?

### IV. Analysis

[20] As the *Code* does not expressly indicate whether judicially returned funds ought to be subject to a fine instead of forfeiture, the resolution of this issue requires recourse to well-established rules of statutory interpretation. This analysis, which is concerned with legislative intent, is guided by the words that Parliament has chosen to use, the way it intended to achieve its objectives, and the scheme it has put in place (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21). Under the modern approach to statutory interpretation, the meaning of words and phrases are interpreted in their context and within the scheme of the Act in which they are found (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 48). Parliament also is presumed to intend for its provisions to be read

[18] En se fondant sur l'analyse qui précède, la Cour d'appel a infligé une amende de 41 976,39 \$, soit le montant des fonds saisis et restitués, en remplacement de la confiscation. Elle a également ordonné qu'à défaut de payer cette amende sans excuse raisonnable, M. Rafilovich serait condamné à une autre peine de 12 mois d'emprisonnement en sus des 14 mois de la peine qu'il lui restait à purger. Après avoir obtenu l'autorisation de notre Cour, M. Rafilovich se pourvoit de cette décision devant nous.

### III. Question en litige

[19] La question que notre Cour doit trancher est la suivante : comment le juge chargé de déterminer la peine, qui est investi du pouvoir discrétionnaire d'infliger ou non une amende en remplacement de la confiscation en vertu du par. 462.37(3) à l'égard du bien dont il est démontré qu'il s'agit d'un produit de la criminalité, devrait-il traiter le bien qui a été restitué par voie judiciaire pour le paiement de frais juridiques raisonnables aux termes du sous-al. 462.34(4)c)(ii)? En d'autres termes, quelle est l'interaction souhaitée entre la disposition sur la restitution et celle concernant l'amende en remplacement de la confiscation dans le contexte de frais juridiques raisonnables?

### IV. Analyse

[20] Étant donné que le *Code* n'indique pas expressément si les fonds restitués par voie judiciaire doivent faire l'objet d'une amende en remplacement de la confiscation, il faut s'en remettre aux règles bien établies d'interprétation législative pour trancher cette question. Cette analyse, qui s'intéresse à l'intention du législateur, est guidée par les mots que le législateur a choisi d'employer, par la façon dont il souhaitait atteindre ses objectifs et par le régime qu'il a mis en place (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Selon la méthode moderne d'interprétation législative, le sens des mots et expressions est interprété en contexte et eu égard à l'économie de la loi dans laquelle ils sont employés (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 48). De plus, le législateur est

harmoniously, and to be interpreted and applied so they fit together in a way that respects Parliament's multiple objectives and gives purpose and meaning to each provision. In the present case, where the dispute involves multiple legislative objectives and the inter-relationship between two or more statutory provisions, the scheme of the Act and the objectives underlying each of the relevant provisions are particularly significant.

[21] To engage in that analysis, I will therefore proceed as follows. First, I summarize the overall framework in which this narrow issue arises and highlight the two provisions at the heart of the controversy. Second, I review the multiple objectives of the proceeds of crime regime, the return process, and the fine instead of forfeiture provision, and discuss how courts should interpret schemes with multiple purposes. Third, I consider whether interpreting the return provision as something akin to a loan to the accused person would honour and uphold those objectives. Fourth, I examine whether returned property constitutes the kind of benefit targeted by the regime. Fifth, I consider whether judicially returned funds are analogous to the examples listed in the fine instead of forfeiture provision. Sixth, I suggest when the discretion to impose a fine instead of forfeiture should be exercised. Finally, I respond to the suggestion that this Court should impose the criteria for providing state-funded counsel set out in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), on judges' discretion to order a fine instead of forfeiture for reasonable legal expenses, over and above Parliament's requirements for the return of funds for reasonable legal expenses.

présupposé vouloir que les dispositions qu'il adopte soient interprétées de façon harmonieuse et qu'elles soient interprétées et appliquées de manière à former un tout cohérent qui respecte les multiples objectifs du législateur et donne un objet et un sens à chacune d'elles. Dans la présente affaire, où le litige concerne de multiples objets de la loi et l'interaction entre au moins deux dispositions législatives, l'économie de la loi et les objectifs qui sous-tendent chacune des dispositions applicables revêtent une importance particulière.

[21] Pour entreprendre cette analyse, je procéderai donc ainsi. En premier lieu, je résumerai le cadre général dans lequel se pose cette question restreinte et exposerai les deux dispositions au cœur de la controverse. En deuxième lieu, j'examinerai les multiples objectifs du régime des produits de la criminalité, la procédure de restitution ainsi que la disposition sur l'amende en remplacement de la confiscation, et j'expliquerai la façon dont les tribunaux devraient interpréter les régimes aux objets multiples. En troisième lieu, je me demanderai si le fait d'interpréter la disposition sur la restitution comme quelque chose de semblable à un prêt à l'accusé permettrait d'atteindre et de protéger ces objectifs. En quatrième lieu, je m'attarderai à la question de savoir si les biens restitués constituent le genre d'avantage visé par le régime. En cinquième lieu, je me demanderai si les fonds restitués par voie judiciaire s'apparentent aux exemples énumérés dans la disposition sur l'amende en remplacement de la confiscation. En sixième lieu, j'indiquerai dans quel cas le pouvoir discrétionnaire d'infliger une amende en remplacement de la confiscation devrait être exercé. Enfin, je répondrai à l'affirmation selon laquelle notre Cour devrait imposer les critères de prestation des services d'un avocat rémunéré par l'État qui sont énoncés dans *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), à l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire d'infliger une amende en remplacement de la confiscation pour le paiement de frais juridiques raisonnables en sus des exigences fixées par le législateur pour la restitution de fonds servant à payer des frais juridiques raisonnables.

A. *The Statutory Scheme, the Return Process and the Fine Instead of Forfeiture Provision*

[22] Under the scheme of the proceeds of crime regime in the *Code*, the issue before this Court only arises in limited circumstances when five pre-conditions are met.

[23] First, the accused is charged with a “designated offence”, as defined under s. 462.3(1).

[24] Second, property is seized. Parliament has allowed the state to take property from an accused on the basis of reasonable and probable grounds that the property may eventually be proven to be proceeds of crime (ss. 462.32(1) and 462.33(1)). This seizure occurs at a time when the accused is presumed innocent and, in law, remains the legal owner of the seized property unless and until the property is forfeited at sentencing. The seizure of property from persons still presumed to be innocent was quite extraordinary at the time the proceeds of crime regime was enacted in 1988 (G. J. Rose, “Non-Part XII.2 Warrants and Proceeds of Crime” (1996), 38 *Crim. L.Q.* 206, at pp. 210-11).

[25] Third, the accused makes an application for the return of the seized property to pay for reasonable legal fees under s. 462.34(4) to (6). For our purposes, the relevant portions of the section read:

(4) On an application made to a judge under paragraph (1)(a) in respect of any property and after hearing the applicant and the Attorney General and any other person to whom notice was given pursuant to paragraph (2)(b), the judge may order that the property or a part thereof be returned to the applicant or, in the case of a restraint order made under subsection 462.33(3), revoke the order, vary the order to exclude the property or any interest in the property or part thereof from the application of the order or make the order subject to such reasonable conditions as the judge thinks fit,

...

A. *L'économie de la loi, la procédure de restitution et la disposition sur l'amende en remplacement de la confiscation*

[22] Selon l'économie du régime des produits de la criminalité établi dans le *Code*, la question dont la Cour est saisie se pose uniquement dans des circonstances limitées lorsque cinq conditions préalables sont réunies.

[23] Premièrement, l'inculpé est accusé d'une « infraction désignée » au sens du par. 462.3(1).

[24] Deuxièmement, un bien est saisi. Le législateur a permis à l'État d'enlever un bien à l'accusé sur le fondement de motifs raisonnables et probables de croire qu'il sera éventuellement prouvé qu'il s'agit d'un produit de la criminalité (par. 462.32(1) et 462.33(1)). Cette saisie survient alors que l'accusé est présumé innocent et qu'il demeure légalement, aux yeux de la loi, le propriétaire du bien saisi, tant que celui-ci n'est pas confisqué lors de la détermination de la peine. Le fait de saisir les biens de personnes encore présumées innocentes constituait une mesure vraiment extraordinaire lors de la création du régime des produits de la criminalité en 1988 (G. J. Rose, « Non-Part XII.2 Warrants and Proceeds of Crime » (1996), 38 *Crim. L.Q.* 206, p. 210-211).

[25] Troisièmement, l'accusé demande, au titre des par. 462.34(4) à (6), la restitution des biens saisis en vue de payer ses frais juridiques raisonnables. Pour les besoins du présent dossier, voici le texte des dispositions pertinentes du paragraphe :

(4) Le juge saisi d'une demande d'ordonnance présentée en vertu du paragraphe (1) peut, après avoir entendu le demandeur, le procureur général et, éventuellement, les personnes à qui le préavis mentionné au paragraphe (2) a été remis, ordonner que les biens soient restitués en tout ou en partie au demandeur, annuler ou modifier l'ordonnance de blocage rendue en vertu du paragraphe 462.33(3) de façon à soustraire, en totalité ou en partie, ces biens ou un droit sur ceux-ci à son application, selon le cas, ou rendre l'ordonnance de blocage sujette aux conditions qu'il estime indiquées dans les cas suivants :

...

(c) for the purpose of

...

(ii) meeting the reasonable business and legal expenses of a person referred to in subparagraph (i) . . .

...

if the judge is satisfied that the applicant has no other assets or means available for the purposes set out in this paragraph and that no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property.

[26] In these return provisions, Parliament has allowed for tight judicial control over if, when, and how seized property may be returned to pay for reasonable legal expenses. Seized property can only be returned “if the judge is satisfied that the applicant has no other assets or means available” to pay for legal expenses (s. 462.34(4)(c)(ii)). These return provisions and process, as well as Parliament’s purpose in enacting them, will be explored in further detail in a subsequent section.

[27] Fourth, the Crown proves that certain property meets the statutory definition of proceeds of crime under ss. 462.37(1) or 462.37(2). Only property determined to be “proceeds of crime” at the end of the process, whether at sentencing or a forfeiture hearing, is subject to forfeiture or a fine instead of forfeiture.

[28] Fifth, some or all of the property proven to be proceeds of crime at sentencing is no longer available for forfeiture to the Crown. In such cases, the sentencing judge may order a “fine instead of forfeiture” according to s. 462.37(3) and (4). The imposition of a fine is a discretionary decision and s. 462.37(3) sets out a non-exhaustive list of circumstances when a fine may be imposed instead of forfeiture, including

c) afin de permettre :

...

(ii) à l’une des personnes mentionnées au sous-alinéa (i) de faire face à ses dépenses commerciales courantes et de payer ses frais juridiques dans la mesure où ces dépenses et frais sont raisonnables,

...

lorsque le juge est convaincu que l’auteur de la demande ne possède pas d’autres biens ou moyens pour ce faire et que nulle autre personne ne semble être le propriétaire légitime de ces biens ou avoir droit à leur possession légitime.

[26] En adoptant ces dispositions sur la restitution, le législateur a ouvert la voie à un encadrement judiciaire rigoureux des modalités pour ce qui est de savoir si, quand et comment les biens saisis peuvent être restitués en vue du paiement de frais juridiques raisonnables. Les biens saisis ne peuvent être restitués que « lorsque le juge est convaincu que l’auteur de la demande ne possède pas d’autres biens ou moyens » pour payer ses frais juridiques (sous-al. 462.34(4)c)(ii)). Ces dispositions et cette procédure en matière de restitution, ainsi que le but qu’avait le législateur en les adoptant, seront étudiés plus en détail dans une prochaine section.

[27] Quatrièmement, le ministère public prouve que certains biens sont visés par la définition légale de produits de la criminalité au sens du par. 462.37(1) ou (2). Seuls les biens dont on a jugé qu’ils constituent des « produits de la criminalité » à l’issue de l’instance, qu’il s’agisse d’une audience de détermination de la peine ou de confiscation, peuvent faire l’objet d’une confiscation ou d’une amende en remplacement de la confiscation.

[28] Cinquièmement, une partie ou la totalité des biens dont il est prouvé qu’ils constituent des produits de la criminalité à l’étape de la détermination de la peine n’est plus confiscable au profit de Sa Majesté. En pareil cas, le juge chargé de déterminer la peine peut infliger une « amende en remplacement de la confiscation » en conformité avec les par. 462.37(3) et (4). L’infliction d’une amende participe d’une

where property “has been transferred to a third party” (s. 462.37(3)(b)). Subsection 462.37(3) reads:

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

- (a) cannot, on the exercise of due diligence, be located;
- (b) has been transferred to a third party;
- (c) is located outside Canada;
- (d) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or
- (e) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty.

When imposed, the fine must be equal to the amount proven to be proceeds of crime. An offender who fails to pay the fine is liable to an additional term of imprisonment (s. 462.37(4)).

## B. *The Multiple Purposes of the Proceeds of Crime Regime*

### (1) General Principles

[29] I accept that Parliament had several objectives in mind when it enacted this comprehensive proceeds of crime regime: what Professor Sullivan refers to as “the desired mix of goals” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 409).

décision discrétionnaire et le par. 462.37(3) dresse une liste non exhaustive de circonstances dans lesquelles il est possible d’infliger une amende en remplacement de la confiscation, notamment en cas de « remise [du bien] à un tiers » (al. 462.37(3)b)). Le paragraphe 462.37(3) est rédigé ainsi :

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

- a) impossibilité, malgré des efforts en ce sens, de retrouver le bien;
- b) remise à un tiers;
- c) situation du bien à l’extérieur du Canada;
- d) diminution importante de valeur;
- e) fusion avec un autre bien qu’il est par ailleurs difficile de diviser.

L’amende infligée, le cas échéant, doit être égale au montant des fonds dont il a été prouvé qu’ils constituent des produits de la criminalité. Le contrevenant qui ne paie pas l’amende est passible d’une peine d’emprisonnement supplémentaire (par. 462.37(4)).

## B. *Les multiples objets du régime des produits de la criminalité*

### (1) Principes généraux

[29] Je reconnais que le législateur avait plusieurs objectifs en tête au moment où il a instauré ce régime exhaustif des produits de la criminalité, ce que la professeure Sullivan qualifie de [TRADUCTION] « combinaison souhaitée d’objectifs » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 409).

[30] When interpreting a complex scheme such as this one, it is necessary to avoid fixating on one objective to the exclusion of others. As Professor Sullivan explains, secondary purposes must be given an active role in the statutory interpretation analysis:

While legislation may be enacted to promote a primary policy or principle, the primary goals of legislation are almost never pursued single-mindedly or whole-heartedly; various secondary principles and policies are inevitably included in a way that qualifies or modifies the pursuit of the primary goals. Observing the principles of fairness or natural justice, for example, may preclude adopting the most efficient and cost-effective means of pursuing a policy like national security . . . .

Secondary purposes are not often mentioned in the preamble to legislation or in formal purpose statements. It is through analysis of the legislative scheme, and more particularly through analysis of the relation of each provision to the others in the Act, that these secondary purposes are revealed. [Footnotes omitted; p. 271.]

Likewise, in *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, Cromwell J. cautioned that primary legislative purposes, however important, “are not pursued at all costs and are clearly intended to be balanced with other important interests within the context of a carefully calibrated scheme” (para. 174). In other words, the overarching purpose of a legislative *scheme* informs, but need not be the decisive factor in the interpretation of a particular *provision* within that scheme.

[31] Keeping these principles in mind, it is necessary to: address both the decision of this Court in *Lavigne* and how it does not provide the answer to the issue in this case; assess how the return process was intended to work given that a sentencing judge subsequently has a discretion to impose a fine instead of forfeiture; and canvass the particular purposes animating the return provisions.

[30] Pour interpréter un régime complexe tel que celui qui nous intéresse en l’espèce, il est essentiel de ne pas s’attarder à un seul objectif au détriment des autres. Comme l’explique la professeure Sullivan, les objets secondaires doivent jouer un rôle actif dans une entreprise d’interprétation législative :

[TRADUCTION] Bien que la promulgation d’un texte législatif puisse viser une politique ou un principe premier, les objectifs premiers d’une loi que vise le législateur ne le sont presque jamais de façon absolue ou résolue; diverses politiques ou divers principes secondaires sont inévitablement inclus de telle sorte que la poursuite des objectifs premiers s’en voit nuancée ou modifiée. Par exemple, le respect des principes d’équité ou de justice naturelle pourrait empêcher l’adoption de la mesure la plus efficace et la moins coûteuse permettant de mettre en œuvre une politique générale comme la sécurité nationale . . .

Les objets secondaires sont rarement mentionnés dans le préambule de la loi ou dans l’énoncé de l’objet qu’elle renferme. C’est grâce à une analyse de l’économie de la loi, et plus particulièrement du rapport qu’entretiennent ses différentes dispositions, qu’il est possible de dégager ces objets secondaires. [Notes en bas de page omises; p. 271.]

De même, dans l’arrêt *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, le juge Cromwell a signalé que, tout aussi importants soient-ils, « le législateur n’entend pas atteindre [les objectifs premiers de la loi] à n’importe quel prix, son intention étant clairement de [les] mettre en balance avec d’autres intérêts importants dans le cadre d’un régime soigneusement conçu » (par. 174). Autrement dit, sans que cela doive être un facteur déterminant, l’objet prépondérant d’un régime législatif éclaire l’interprétation d’une *disposition* donnée de ce régime.

[31] Eu égard à ces principes, il faut traiter de l’arrêt *Lavigne* de notre Cour et du fait qu’il ne fournit pas la réponse à la question en litige dans la présente affaire, et examiner la façon dont était censée fonctionner la procédure de restitution vu que le juge chargé de déterminer la peine jouit par la suite du pouvoir discrétionnaire d’infliger une amende en remplacement de la confiscation. Il faut également passer en revue les objectifs précis qui sous-tendent les dispositions sur la restitution.

(2) The Lavigne decision

[32] This Court addressed the general objectives of the proceeds of crime regime and the fine instead of forfeiture provision in *Lavigne*. The legal issue in *Lavigne* was whether sentencing judges could take an offender's ability to pay into account when determining whether to impose a fine instead of forfeiture, and the amount of the fine. Mr. Lavigne admitted he had received \$150,000 from his criminal enterprise, but argued that he did not benefit from the money because it was spent "on his friends and family" (para. 3). This Court held that Parliament had not intended for Mr. Lavigne's inability to pay a fine to be a factor considered by the sentencing judge when deciding whether to impose a fine instead of forfeiture. To allow him to claim impecuniosity, and to reduce the amount of that fine by what he chose to spend on gifts and other purchases for his friends and family, would effectively allow Mr. Lavigne to benefit from his crimes in a manner that would defeat the purposes underlying the proceeds of crime regime.

[33] In *Lavigne*, this Court found that sentencing judges should exercise their discretion to order a fine instead of forfeiture in a way that does not undermine the objectives of the proceeds of crime regime. This Court held that Parliament's primary, or overall, goal in the proceeds of crime regime was to ensure that profit-generating offences do not "benefit the offender", and "to ensure that crime does not pay" (para. 10). The forfeiture provision was intended "to deprive the offender and the criminal organization of the proceeds of their crime and to deter them from committing crimes in the future" (*Lavigne*, at para. 16; also see para. 23). In order to accomplish this, it was necessary to prevent accused persons from avoiding forfeiture by hiding or dissipating property. Thus, the seizure provisions allow the state to take control of property believed to be proceeds of crime before trial and sentencing, to ensure it remains available for possible forfeiture. Likewise, the fine instead of forfeiture provision ensures that, if accused persons were able to keep proceeds of crime from the state throughout the criminal proceedings,

(2) L'arrêt Lavigne

[32] Notre Cour a examiné dans l'arrêt *Lavigne* les objectifs généraux du régime des produits de la criminalité ainsi que de l'amende en remplacement de la confiscation. La question de droit à trancher dans cette affaire était de savoir si le juge chargé de déterminer la peine pouvait tenir compte de la capacité de payer d'un contrevenant au moment d'infliger une amende en remplacement de la confiscation et de fixer le montant de l'amende. Monsieur Lavigne a admis avoir reçu 150 000 \$ de son entreprise criminelle, mais il a fait valoir qu'il n'avait pas bénéficié personnellement de l'argent, « mais en aurait fait profiter ses proches » (par. 3). Notre Cour a conclu que le législateur ne souhaitait pas que ce juge tienne compte de l'incapacité de payer de M. Lavigne lorsqu'il a décidé d'infliger une amende en remplacement de la confiscation. Autoriser ce contrevenant à invoquer l'impécuniosité et retrancher au montant de l'amende l'argent qu'il a choisi de dépenser en cadeaux ou autres achats pour ses proches équivaldrait effectivement à lui permettre de tirer profit de ses crimes d'une manière qui irait à l'encontre des objets sous-jacents du régime des produits de la criminalité.

[33] Dans l'arrêt *Lavigne*, notre Cour a conclu que les juges chargés de déterminer la peine doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire d'infliger une amende en remplacement de la confiscation sans miner les objectifs du régime des produits de la criminalité. Elle a statué qu'en adoptant le régime des produits de la criminalité, le législateur avait pour objectif premier — ou global — de s'assurer que l'infraction génératrice d'un profit ne « bénéfici[e] [pas] au contrevenant » et que « le crime ne paie pas » (par. 10). La disposition sur la confiscation avait pour objectif de « priver le contrevenant et l'organisation criminelle des produits de leur crime et de les dissuader de perpétrer d'autres infractions » (*Lavigne*, par. 16; voir également par. 23). Pour y arriver, il fallait empêcher les accusés de se soustraire à la confiscation en dissimulant ou en dilapidant les biens. Ainsi, les dispositions sur la saisie permettent à l'État de prendre le contrôle des biens qu'il croit être des produits de la criminalité avant le procès et la détermination de la peine, afin de veiller à ce qu'ils demeurent confiscables. Dans le même ordre

they must in the end pay a fine equivalent to the value of the property that is not available to be forfeited. As observed in *Lavigne*, this ensures “that the proceeds of a crime do not indirectly benefit those who committed it” (para. 18).

[34] However, *Lavigne* did not involve the return provision at all. Thus, for our purposes, *Lavigne* addressed some of Parliament’s objectives, and did not consider the separate purposes underpinning the return provision. This appeal, in contrast, turns on the return provision and its interaction with the other parts of the proceeds of crime regime; especially its relationship with the fine instead of forfeiture provision. It is therefore necessary in this case for the Court to determine how a judge’s discretion should be exercised in order to balance the objectives underlying the proceeds of crime regime as a whole and the specific additional objectives of the legal expenses return provision. The return provision shows that Parliament intended that other secondary objectives would have to be balanced against the primary objective of ensuring that “crime does not pay”. As a result, the purposes behind the express and distinct return provision are now of crucial significance as they will inform how the return provision can be read harmoniously with the fine instead of forfeiture provision.

(3) The Return Process for Reasonable Legal Expenses

[35] Through the return provision, Parliament created a distinct and special process that allows an accused to reclaim seized property for specific purposes listed in s. 462.34(4), which include reasonable legal expenses. Parliament prescribed a particular application procedure, which involves two hearings

d’idées, la disposition relative à l’infliction d’une amende en remplacement de la confiscation fait en sorte que l’accusé qui a pu conserver des produits de la criminalité hors de la portée de l’État tout au long de l’instance criminelle est tenu, en fin de compte, de payer une amende égale à la valeur du bien qui n’est pas confiscable. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Lavigne*, cela permet d’éviter « que le produit d’un crime profite indirectement à ses auteurs » (par. 18).

[34] Cependant, il n’était pas du tout question de la disposition sur la restitution dans l’arrêt *Lavigne*. Donc, pour les besoins du présent dossier, cet arrêt ne portait que sur certains des objectifs du législateur et il ne traitait pas des objets distincts qui sous-tendent la disposition sur la restitution. Le présent pourvoi, en revanche, porte sur la disposition relative à la restitution et sur son interaction avec les autres parties du régime des produits de la criminalité, surtout son rapport avec la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation. Il est donc nécessaire en l’espèce que la Cour décide de la manière dont un juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour concilier les objectifs qui sous-tendent le régime des produits de la criminalité dans son ensemble et les objectifs supplémentaires particuliers de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques. La disposition sur la restitution démontre que le législateur voulait que l’on pondère les autres objectifs secondaires au regard de l’objectif premier de s’assurer que « le crime ne paie pas ». En conséquence, les objectifs de la disposition expresse et distincte sur la restitution revêtent aujourd’hui une importance cruciale car elles indiquent de quelle manière on peut l’interpréter en harmonie avec la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation.

(3) La procédure de restitution pour le paiement de frais juridiques raisonnables

[35] En édictant la disposition sur la restitution, le législateur a créé un mécanisme distinct et particulier qui permet à l’accusé de récupérer un bien saisi aux fins énumérées au par. 462.34(4), notamment pour les frais juridiques raisonnables. Le législateur a prescrit une procédure de demande

before a judge; required applicants to show that they had no other assets or means; prohibited the return of the funds where a third party appeared to be the lawful owner or lawfully entitled to possession of the property; allowed a judge to decide what amount should be returned; ensured that any return is effected by judicial order that can specify amounts, number of counsel, etc.; and provided for a subsequent review of these amounts to ensure they were in fact reasonable.

[36] Often, a proposed budget is submitted to the court *in camera* (as in *R. v. Davidson*, 2016 ONSC 7440, at para. 21 (CanLII)), but where this is not done, the judge may fix the allowable hours and incidental fees (*R. v. Alves*, 2015 ONSC 4489, at paras. 46-51 (CanLII)). Further, s. 462.34(5) requires the judge to “take into account the legal aid tariff of the province” and, under s. 462.34(5.2), the legal fees may be taxed (that is, reviewed or audited). The judge’s inquiry into the financial situation of the accused “must be more than cursory” and “[a] significant and in-depth review of the facts is required” (*R. v. Borean*, 2007 NBQB 335, 321 N.B.R. (2d) 309, at para. 8). The seized funds will then be returned in accordance with the terms of the judicial order.

[37] The wording of the relevant provisions and the elaborate and detailed nature of the return provision indicate that Parliament clearly and deliberately sought to address an accused’s need for legal counsel, but only in limited and narrow circumstances: (1) where the accused has “no other assets or means” and, therefore, access to the funds is truly necessary; and (2) where “no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property” (s. 462.34(4)). The return provision is thus intended to provide a safety net for those accused persons who are in financial need.

particulière, qui comporte la tenue de deux audiences devant un juge; il a obligé les demandeurs à prouver qu’ils ne possédaient pas d’autres biens ou moyens; il a interdit la restitution de fonds dans le cas du tiers qui semble être le propriétaire légitime des biens ou avoir droit à leur possession légitime; il a autorisé le juge à décider du montant à restituer; il s’est assuré que toute restitution soit effectuée par la voie d’une ordonnance judiciaire susceptible de préciser les montants, le nombre d’avocats, etc.; et il a prévu le réexamen subséquent de ces montants pour s’assurer qu’ils sont effectivement raisonnables.

[36] Dans bien des cas, un projet de budget est présenté à huis clos au tribunal (comme dans l’affaire *R. c. Davidson*, 2016 ONSC 7440, par. 21 (CanLII)); sinon, le juge peut fixer le nombre d’heures admissibles et les frais accessoires (*R. c. Alves*, 2015 ONSC 4489, par. 46-51 (CanLII)). En outre, le par. 462.34(5) oblige le juge à « [enir] compte du barème d’aide juridique de la province » et, aux termes du par. 462.34(5.2), les frais juridiques peuvent être taxés (c.-à-d. qu’ils peuvent être contrôlés ou vérifiés). Le juge doit faire [TRADUCTION] « davantage qu’un examen rapide » de la situation financière de l’accusé; de plus, un « examen approfondi des faits est nécessaire » (*R. c. Borean*, 2007 NBQB 335, 321 N.B.R. (2d) 309, par. 8). Les fonds saisis seront ensuite restitués conformément aux modalités de l’ordonnance judiciaire.

[37] La formulation des dispositions pertinentes ainsi que la complexité et le caractère détaillé de la disposition sur la restitution indiquent que le législateur a clairement et délibérément tenté de traiter la question de la nécessité pour l’accusé d’obtenir les services d’un avocat, mais seulement dans des circonstances circonscrites : (1) lorsque l’accusé « ne possède pas d’autres biens ou moyens » et, par conséquent, qu’il est absolument essentiel d’avoir recours aux fonds; et (2) lorsque « nulle autre personne ne semble être le propriétaire légitime de ces biens ou avoir droit à leur possession légitime » (par. 462.34(4)). La disposition sur la restitution vise donc à offrir un filet de sûreté aux accusés qui ont besoin d’une aide financière.

(4) The Purposes of the Return Provision

[38] A review of the Parliamentary debates during the enactment of the proceeds of crime regime reveals two objectives that underpin the legal expenses return provision under s. 462.34(4)(c)(ii): (1) providing access to counsel; and (2) giving meaningful weight to the presumption of innocence. These objectives reflect an underlying intention to promote fairness in criminal prosecutions that runs through the proceeds of crime scheme established by Parliament.

[39] In testimony before the legislative committee studying the bill that introduced the proceeds of crime regime in the *Code*, the Minister of Justice indicated that:

[T]hese measures guarantee the rights of innocent third parties and ensure safeguards for the accused person. . . . There is nothing in the bill to change the guarantees of the presumption of innocence or the requirement that guilt be established beyond a reasonable doubt at the time of trial.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61: An Act to amend the Criminal Code, the Food and Drugs Act and the Narcotic Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 5, 1987, at p. 1:8)

In later testimony, the Minister underscored the goal of fairness:

[T]his proposal is intended to be a tough and effective tool against enterprise crime. I would, however, remind everyone of my continued intention to create a fair procedure in relation to accused persons as well as to innocent third parties who become involved with crime proceeds.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61: An Act to amend the Criminal Code, the Food and Drugs Act and the Narcotic Act*, No. 5, 2nd Sess., 33rd Parl., May 10, 1988, at p. 5:5)

(4) Les objectifs de la disposition sur la restitution

[38] Une revue des débats parlementaires sur le régime des produits de la criminalité permet de constater que deux objectifs sous-tendent la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques qui figure au sous-al. 462.34(4)c)(ii) : (1) permettre l'accès aux services d'un avocat; et (2) accorder une importance suffisante à la présomption d'innocence. Ces objectifs témoignent de l'intention sous-jacente de promouvoir l'équité dans les poursuites criminelles qui se dégage du régime des produits de la criminalité établi par le législateur.

[39] Lorsqu'il a témoigné devant le comité législatif chargé d'étudier le projet de loi qui incorpore le régime des produits de la criminalité au *Code*, le ministre de la Justice a fait remarquer ce qui suit :

La loi garantira [. . .] les droits des tiers innocents et assurera certaines protections aux accusés. [. . .] Ce projet de loi n'entame en rien les garanties de présomption d'innocence ni la nécessité de prouver la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, n° 1, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 5 novembre 1987, p. 1:8)

Dans un témoignage livré à une date subséquente, le ministre a souligné le but de l'équité :

[L]e projet de loi vise à nous permettre de lutter énergiquement et efficacement contre la criminalité organisée. Toutefois, j'aimerais vous rappeler que j'entends instituer une procédure qui soit juste pour les accusés et les tiers innocents touchés par les produits de la criminalité.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, n° 5, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 10 mai 1988, p. 5:5)

[40] The Minister went on to explain the legal expenses return provision:

I believe that this provision does strike a reasonable balance between the right to counsel of choice and the interest of state and forfeiture of the illicit proceeds of crime. . . . The provision of allowing an application for reasonable legal fees is in fact a notable improvement to the present law, and one which I think we have to acknowledge will ensure the constitutional right to retain and instruct counsel.

(House of Commons, *Minutes*, May 10, 1988, at p. 5:9)

[41] At third reading, the Minister of Justice explained how these objectives underpinned the return and fine instead of forfeiture provisions:

A process of immediate judicial review of these powers [of seizure and restraint], upon application by the persons concerned, has been provided for and includes an opportunity for an accused person to claim the payments of reasonable living, business, and legal expenses out of the seized or restrained property.

I must point out that these types of safeguards are unprecedented in Canadian law. In addition, the rights of third parties are recognized throughout the entire process of seizure, restraint, and forfeiture. The legislation has balanced an effective forfeiture mechanism with the constitutionally protected right to counsel in a manner that is characteristic of the Government's approach to criminal matters and avoids the criticisms that have been levied at similar American legislation in this area.

(House of Commons, *Debates*, vol. 14, 2nd Sess., 33rd Parl., July 7, 1988, at p. 17258)

[42] The “criticisms . . . levied at similar American legislation” referred to provisions that retroactively vested proceeds of crime in the state with no exception for legal fees. As Justice Veit observed in *R. v. Gagnon* (1993), 80 C.C.C. (3d) 508 (Alta. Q.B.), at p. 512:

It is noteworthy that Parliament, presumably knowing of the American model using blanket seizures and the

[40] Par la suite, le ministre a expliqué la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques :

Je crois que cette disposition établit un juste équilibre entre le droit à un avocat de son choix et l'intérêt de l'État dans la confiscation des produits de la criminalité. [. . .] Cette disposition [permettant de réclamer des fonds pour les frais juridiques raisonnables] est une amélioration du droit actuel et aidera à concrétiser la garantie constitutionnelle du recours à l'aide d'un avocat.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux*, 10 mai 1988, p. 5:9)

[41] Lors de la troisième lecture, le ministre de la Justice a expliqué que les dispositions sur la restitution et celles sur l'amende en remplacement de la confiscation s'appuyaient sur ces objectifs :

Les intéressés peuvent demander une révision judiciaire immédiate de cette action judiciaire [en saisie ou blocage] pour se faire rembourser des dépenses personnelles, commerciales et légales raisonnables qu'ils ont subies.

Je rappelle que ces moyens de protection sont uniques dans notre droit pénal. Sans compter que les droits des tierces parties sont reconnus pendant toute la procédure de saisie, de blocage et de confiscation. L'équilibre qu'on a pris soin d'apporter entre cette procédure de confiscation et le droit constitutionnel aux services d'un avocat est typique de la politique du gouvernement actuel qui ne tient pas à s'exposer aux critiques que des mesures analogues ont soulevées aux États-Unis.

(Chambre des communes, *Débats*, vol. 14, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 7 juillet 1988, p. 17258)

[42] Les mots « critiques que des mesures analogues ont soulevées aux États-Unis » évoquaient les dispositions qui attribuaient rétroactivement les produits de la criminalité à l'État, sans prévoir d'exception pour les frais juridiques. Comme la juge Veit l'a fait remarquer dans la décision *R. c. Gagnon* (1993), 80 C.C.C. (3d) 508 (B.R. Alb.), p. 512 :

[TRADUCTION] Il convient de souligner que le législateur, connaissant sans doute le modèle américain fondé

American case-law, modified the American approach by allowing moneys to be spent by an accused person for such expenses as reasonable living expenses, reasonable business expenses, lawyers' fees and recognizances.

[43] The Minister's statements indicate that ensuring an accused's ability to access legal counsel is a main objective of the legal expenses return provision. While seizing funds helps protect the state's contingent interest in the property, Parliament has signalled that this contingent interest should take a back seat where it imperils an accused's ability to access counsel.

[44] Parliament's chosen safeguard builds upon the fact that the ability of accused persons to hire a lawyer to defend themselves in criminal proceedings has been a part of English law since 1836 (*An Act for enabling Persons indicted of Felony to make their Defence by Counsel or Attorney* (U.K.), 1836, 6 & 7 Will. 4, c. 114, s. 1), although it existed in a more limited form for treason and some other serious crimes much earlier (J. H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2003), at pp. 101-2). It is undoubtedly a fundamental tenet of the criminal justice system.

[45] The Minister's statements indicate that Parliament was also concerned with the presumption of innocence, "the cornerstone of our criminal justice system" (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1368). The return provision reflects the fact that, in Canada, property can be seized based only on a reasonable belief it may be proceeds of crime, and it presumptively belongs to a person who is presumed to be innocent (B. A. MacFarlane, R. J. Frater and C. Michaelson, *Drug Offences in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), § 14:180.40.120). Indeed, the accused may never be convicted, or the property may never be proven to be proceeds of crime. Thus, when accused persons spend returned funds on reasonable legal fees, they are spending their own money on their legal defence. Parliament was clearly concerned with the harshness of a scheme that seized the property of

sur l'utilisation des saisies générales, ainsi que la jurisprudence américaine correspondante, a choisi pour sa part d'adapter ce modèle afin de permettre à l'accusé d'avoir accès à des fonds pour le paiement de ses frais de subsistance raisonnables, de ses dépenses d'entreprise raisonnables, de ses frais d'avocats et de ses engagements.

[43] Il appert des propos tenus par le ministre que garantir à l'accusé la possibilité d'avoir accès aux services d'un avocat est un objectif principal de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques. Bien que la saisie des fonds aide l'État à protéger son éventuel droit sur les biens, le législateur a voulu que ce droit éventuel passe au second plan lorsqu'il met en péril la capacité d'un accusé à avoir accès aux services d'un avocat.

[44] La protection choisie par le législateur s'appuie sur le fait que la capacité d'un accusé de retenir les services d'un avocat pour se défendre dans un procès criminel fait partie du droit anglais depuis 1836 (*An Act for enabling Persons indicted of Felony to make their Defence by Counsel or Attorney* (R.-U.), 1836, 6 & 7 Will. 4, c. 114, art. 1) même si ce droit existait bien avant, dans une forme plus limitée, dans le cas de la trahison ou d'autres crimes graves (J. H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (2003), p. 101-102). Il s'agit sans aucun doute d'un précepte fondamental de notre système de justice pénale.

[45] Les propos du ministre donnent à penser que le législateur se souciait également de la présomption d'innocence, « la clé de voûte de notre système de justice pénale » (*R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1368). La disposition sur la restitution tient également compte du fait qu'au Canada, les biens peuvent être saisis sur le seul fondement d'une croyance raisonnable qu'il pourrait s'agir de produits de la criminalité, alors que ces biens appartiennent en principe à une personne présumée innocente (B. A. MacFarlane, R. J. Frater et C. Michaelson, *Drug Offences in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), § 14:180.40.120). En effet, il se peut que l'accusé ne soit jamais reconnu coupable ou qu'il ne soit jamais prouvé que les biens en cause sont des produits de la criminalité. Par conséquent, lorsqu'un accusé utilise les fonds restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables, il dépense

persons still presumed to be innocent, and took steps to protect their interests.

[46] Finally, the Minister’s statements reflect an underlying concern for fairness to the accused in criminal prosecutions. The principle of fairness in criminal trials is foundational to our justice system (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 121; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 15; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 18). The Minister emphasized the importance of the “fair procedure” that was being created via the “safeguar[d]” of access to counsel. Further, the Minister stated that “[t]his Bill is a balanced and fair piece of legislation which does not contain some of the excesses seen in previous legislation. . . . We want to make sure, when we are attacking the proceeds of crime, that we do so in a fair way” (*Debates*, at p. 17259).

[47] As Justice Doherty put it, the return provision “recognizes that the state should not be allowed to beggar a person who will often need to retain the assistance of counsel in order to defend himself or herself against state action directed at depriving that person of their property and liberty” (*Wilson*, at p. 659). The return provision was intended to respect the principle of fairness in criminal prosecutions: an individual should not be left unable to hire legal representation because the state seized the funds with which they could have paid counsel.

[48] Parliament’s intention was to create a “fair procedure” to allow for accused people to apply for the judicially authorized return of seized funds for specific purposes. This principle of fairness, including concepts of fair notice and reliance, should therefore inform the interpretation of the return provision, especially recognizing its designated role in the larger proceeds of crime regime.

[49] This review illustrates that, while Parliament was clearly motivated by the desire to remove the

son propre argent pour payer sa défense. Le législateur était manifestement préoccupé par la sévérité d’un régime qui emporterait la saisie des biens de personnes encore présumées innocentes, et il a pris des mesures pour protéger leurs droits.

[46] Enfin, les propos tenus par le ministre témoignent d’une préoccupation sous-jacente à l’égard de l’équité procédurale envers l’accusé dans les poursuites criminelles. Le principe de l’équité procédurale dans les procès criminels est à la base de notre système de justice (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 121; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, p. 15; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 18). Le ministre a souligné l’importance de la « procédure [. . .] juste » que l’on était en train d’instaurer au moyen de la « protection » de l’accès aux services d’un avocat. De plus, le ministre a mentionné que « [le projet de loi] est une mesure équilibrée et juste qui ne contient pas de dispositions excessives comme c’était le cas d’autres lois. [. . .] Nous tenons à nous assurer que lorsque nous cherchons à nous emparer des produits de la criminalité, nous le faisons d’une façon équitable » (*Débats*, p. 17259).

[47] Ainsi que l’a affirmé le juge Doherty, la disposition sur la restitution [TRADUCTION] « reconnaît que l’État ne devrait pas être autorisé à appauvrir une personne qui aura souvent besoin de retenir les services d’un avocat afin de se défendre contre une mesure de l’État visant à la priver de ses biens et de sa liberté » (*Wilson*, p. 659). La disposition sur la restitution visait donc à faire respecter le principe de l’équité dans les poursuites criminelles : il ne faut pas priver une personne de la possibilité d’embaucher un avocat pour la représenter au motif que l’État a saisi les fonds avec lesquels elle aurait payé son avocat.

[48] Le législateur voulait créer une « procédure [. . .] juste » pour permettre aux accusés de demander au tribunal d’autoriser à certaines fins la restitution des fonds saisis. Ce principe d’équité, y compris les notions d’avis suffisant et de fiabilité, devrait par le fait même éclairer l’interprétation de la disposition sur la restitution, surtout compte tenu du rôle qui lui est attribué dans le régime plus large des produits de la criminalité.

[49] L’examen qui précède montre que, même si le législateur souhaitait indéniablement supprimer

financial incentive from certain crimes, it also wanted to ensure that accused persons would have access to legal representation and that the presumption of innocence would be protected, in order to maintain a procedure that is fair to the accused. These purposes constrain the pursuit of the primary objective. Judicial interpretation should foster, not frustrate, the balance of rights and interests in this part of the *Code*. In my view, the correct interpretation does not ignore or minimize the secondary purposes in order to achieve the primary goal of ensuring crime does not pay. Rather, all parts of Parliament's scheme and its multiple objectives must be read together, "construed as a whole, each portion throwing light, if need be, on the rest" (*Greenshields v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216, at p. 225).

[50] Although the appellant and two interveners, the British Columbia Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association of Ontario, made arguments in constitutional terms, it is unnecessary to delineate the parameters of a constitutional right of accused persons to spend their own money on legal counsel in order to decide this appeal. This Court has stated that access to effective legal representation is anchored in the presumption of innocence, the principle of fair criminal prosecutions, and the principles of fundamental justice (*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at paras. 24-25). It suffices to say that Parliament crafted its proceeds of crime regime to establish fair safeguards for the accused, notably the opportunity to pay legal expenses out of seized or restrained property when necessary.

[51] With these purposes in mind, I turn now to the fine instead of forfeiture provision itself.

*C. Imposing a Fine Instead of Forfeiture on Judicially Returned Funds Would Undermine the Purposes of the Return Provision*

[52] The appellant, Mr. Rafilovich, argues that the fine instead of forfeiture provision does not apply

l'attrait financier de certains crimes, il voulait aussi s'assurer que les accusés puissent être représentés par un avocat et que la présomption d'innocence soit protégée afin de maintenir une procédure qui est juste envers l'accusé. Ces objets viennent restreindre la poursuite de l'objectif premier. L'interprétation judiciaire devrait favoriser la conciliation des droits et intérêts en jeu dans cette partie du *Code*, et non la compromettre. À mon avis, l'interprétation juste ne néglige pas les objets secondaires, ni n'en minimise l'importance, dans le but de réaliser l'objectif premier de s'assurer que le crime ne paie pas. Le régime établi par le législateur, ainsi que ses multiples objectifs, doivent plutôt être lus ensemble, [TRADUCTION] « interprétés globalement, chaque partie de ce texte ou article éclairant au besoin le reste de celui-ci » (*Greenshields c. The Queen*, [1958] R.C.S. 216, p. 225).

[50] Bien que l'appelant et deux intervenantes, la British Columbia Civil Liberties Association et la Criminal Lawyers' Association of Ontario, aient formulé des arguments constitutionnels, il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de délimiter les paramètres du droit constitutionnel d'un accusé de dépenser son propre argent pour retenir les services d'un avocat. Notre Cour a mentionné que l'accès à une bonne représentation par avocat est ancrée dans la présomption d'innocence, le principe des poursuites criminelles équitables et les principes de justice fondamentale (*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 24-25). Il suffit de dire que le législateur a conçu son régime des produits de la criminalité pour établir des mesures de protection équitables envers l'accusé, notamment la possibilité de payer les frais juridiques à même les biens saisis ou bloqués lorsque cela est nécessaire.

[51] En gardant ces objets à l'esprit, je me penche maintenant sur la disposition relative à l'infliction d'une amende en remplacement de la confiscation comme telle.

*C. L'infliction d'une amende en remplacement de la confiscation à l'égard de fonds restitués par voie judiciaire minerait les objectifs de la disposition sur la restitution*

[52] L'appelant, M. Rafilovich, soutient que la disposition relative à l'infliction d'une amende en

to funds returned under a court order by a judge for the payment of reasonable legal fees. The respondent Crown says that unless the judge imposes a fine instead of forfeiture for amounts returned for legal fees, the accused benefits in a manner that undermines the goals of forfeiture. The Crown advanced the theory that the return provision was meant to provide only interim relief to an accused person, to be recouped later as a fine instead of forfeiture. On this reasoning, the return of seized funds is a temporary advance of funds, to be recovered as a fine at a subsequent sentencing hearing. At the hearing the respondent Crown characterized a return order as “something akin to a loan, the source of the loan being the tainted funds” (transcript, at p. 78).

[53] Overall, I agree with Mr. Rafilovich. The judge’s exercise of discretion to impose a fine instead of forfeiture should be “consistent with the spirit” and “compatible with the objectives” of the scheme as a whole (*Lavigne*, at paras. 28 and 52). The objectives of the legal expenses return provision are to ensure access to counsel and uphold the presumption of innocence and such must be balanced with the primary objective of the proceeds of crime regime, which is to ensure that crime does not pay. Applying these objectives to this exercise of judicial discretion results in the conclusion that, generally, judges should not impose a fine for amounts returned under judicial authorization for the payment of reasonable legal fees.

[54] Conversely, the Crown’s interpretation undermines the objectives of the return provision for reasonable legal expenses — providing access to counsel and giving meaningful weight to the presumption of innocence — and fails to promote Parliament’s intention of establishing a “fair procedure”.

remplacement de la confiscation ne s’applique pas aux fonds restitués en application d’une ordonnance qu’un juge a rendue pour permettre le paiement de frais juridiques raisonnables. Le ministère public intimé répond qu’à moins que le juge n’inflige une amende en remplacement de la confiscation à l’égard des sommes restituées pour le paiement des frais juridiques, l’accusé est avantagé d’une façon qui mine les objectifs de la confiscation. Le ministère public a formulé la théorie que la disposition sur la restitution visait à accorder à l’accusé une avance provisoire qui sera récupérée plus tard par l’infliction d’une amende en remplacement de la confiscation. D’après ce raisonnement, la restitution des fonds saisis constitue une avance temporaire de fonds, qui seront récupérés par l’infliction d’une amende lors d’une audience subséquente sur la détermination de la peine. À l’audience, l’avocat du ministère public intimé a qualifié l’ordonnance de restitution de [TRADUCTION] « mesure semblable à un prêt, lequel provient de fonds associés à la criminalité » (transcription, p. 78).

[53] Tout compte fait, je partage l’avis de M. Rafilovich. L’exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire d’infliger une amende en remplacement de la confiscation doit être « conforme à l’esprit » et « compatible avec les objectifs » du régime dans son ensemble (*Lavigne*, par. 28 et 52). La disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques a pour objectifs d’assurer l’accès aux services d’un avocat et de faire respecter la présomption d’innocence, lesquels doivent être pondérés au regard de l’objectif premier du régime des produits de la criminalité, qui consiste à s’assurer que le crime ne paie pas. L’application de ces objectifs dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire mène à la conclusion qu’en général, les juges ne doivent pas infliger une amende correspondant à la somme restituée en vertu d’une autorisation judiciaire pour le paiement de frais juridiques raisonnables.

[54] À l’inverse, l’interprétation du ministère public aurait pour effet de miner les objectifs de la disposition sur la restitution en vue du paiement de frais juridiques raisonnables — soit permettre l’accès aux services d’un avocat et accorder une importance suffisante à la présomption d’innocence — et ne

In so doing, it fails to properly balance the rights and interests in this part of the *Code* and should not, therefore, be adopted. For this reason, and to respect the multiplicity of Parliament's objectives, generally speaking, sentencing judges should not impose a fine instead of forfeiture in relation to funds that have been judicially returned for the payment of reasonable legal fees associated with an accused's criminal defence.

[55] Access to legal counsel is a main objective of the legal expenses return provision. If the return order is viewed as a loan, and a fine instead of forfeiture is imposed on judicially returned funds as a matter of course, then the accused's ability to access legal counsel is largely illusory. Fearing a fine or additional imprisonment, accused persons may choose not to apply for the return of funds at all and to represent themselves instead. Thus, instead of facilitating an accused person's access to legal counsel, the provision would do precisely the opposite: it would dissuade accused persons from accessing legal representation. The return provision was intended to ensure that individuals whose funds have been seized by the state will not be left unable to hire legal counsel. However, accused persons who understand that the judicially returned funds will be clawed back later, through the imposition of a fine, and possibly imprisonment, will likely choose to represent themselves. As a result, individuals whose funds have been seized by the state *will* often be without the benefit of legal counsel.

[56] When an accused person cannot access legal counsel, the presumption of innocence suffers. This is because, in facilitating the accused's right to make full answer and defence, defence counsel helps to ensure that the case remains the Crown's to prove. It is difficult for lay persons accused of criminal offences

favorise pas la réalisation de l'intention du législateur d'établir une « procédure [. . .] juste ». Ce faisant, cette interprétation ne permet pas d'établir un juste équilibre entre les droits que prévoit cette partie du *Code* et elle ne devrait pas être adoptée pour cette raison. C'est pourquoi, et afin de respecter la multiplicité des objectifs du législateur, en général le juge chargé de déterminer la peine ne devrait pas infliger une amende en remplacement de la confiscation à l'égard de fonds qui ont été restitués par voie judiciaire pour le paiement de frais juridiques raisonnables liés à la défense de l'accusé en matière criminelle.

[55] L'accès aux services d'un avocat est un objectif principal de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques. Si l'on voit l'ordonnance de restitution comme un prêt et une amende en remplacement de la confiscation est infligée automatiquement à l'égard de fonds restitués par voie judiciaire, la capacité d'un accusé d'avoir accès aux services d'un avocat devient largement illusoire. Craignant une amende ou une peine d'emprisonnement additionnelle, les accusés pourraient renoncer complètement à solliciter la restitution de fonds et se représenter plutôt eux-mêmes. Par conséquent, au lieu d'aider les accusés à avoir accès aux services d'un avocat, la disposition aurait exactement l'effet contraire : elle les découragerait de retenir les services d'un avocat. La disposition sur la restitution était censée faire en sorte que les personnes dont les fonds ont été saisis par l'État ne soient pas incapables d'embaucher un avocat. Toutefois, les accusés qui comprennent que les fonds restitués par voie judiciaire seront récupérés plus tard, par l'infliction d'une amende, voire d'un emprisonnement, risquent fort bien de choisir de se représenter eux-mêmes. En conséquence, les personnes dont les fonds ont été saisis par l'État *se verront* souvent dans l'impossibilité de retenir les services d'un avocat.

[56] Lorsqu'un accusé ne peut avoir accès aux services d'un avocat, la présomption d'innocence en souffre. Il en est ainsi puisqu'en favorisant l'exercice du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, l'avocat de la défense fait en sorte que la preuve à établir incombe toujours au ministère

to effectively navigate “the increased complexity of criminal cases” that this Court has described as affecting “most cases” in our criminal justice system (*R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at paras. 53 and 83).

[57] Nor is the importance of the presumption of innocence “spent” once an accused person is found guilty (at para. 159). The criminal justice system does not, and should not, retroactively dilute the presumption of innocence after an accused is found guilty, nor does it attach preconditions or penalties to reliance on the presumption. Imposing retroactive penalties on accused persons who rely on the presumption of innocence can have no effect but to undermine the presumption and the protections it affords to accused persons. For example, the presumption of innocence underlies the concept of bail (*R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509, at para. 1). The time spent free on bail is not added back at sentencing; to the contrary, restrictive bail conditions can be a mitigating factor at sentencing.

[58] Just as there is no statutory mechanism to “recover” time spent free on bail in the judicial interim release regime because such a mechanism would be at cross-purposes with the regime’s entrenchment of the presumption of innocence, the fine instead of forfeiture provision cannot represent, as a matter of course, a retroactive dilution of the presumption of innocence in respect of property that has been judicially returned for the payment of reasonable legal expenses. Although there is a statutory mechanism to recover spent proceeds of crime through the fine instead of forfeiture regime, this analogy to bail emphasizes that offenders generally are not punished for reliance on the presumption of innocence. By enacting the legal expenses return provision, Parliament sought to give meaningful weight to the fundamental principle of the presumption of innocence, in part by ensuring that accused persons could access counsel. Interpreting the return provision as merely temporary, thereby dissuading accused persons from

public. Il est difficile pour le profane inculpé d’apprécier correctement « la complexité accrue des affaires criminelles » qui, selon ce qu’a affirmé la Cour, touche « la plupart des causes » dans notre système de justice pénale (*R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 53 et 83).

[57] L’importance de la présomption d’innocence n’est pas non plus « épuisé[e] » dès qu’il y a déclaration de culpabilité (par. 159). Le système de justice pénale ne limite pas rétroactivement la présomption d’innocence — et il ne doit pas le faire —, pas plus qu’il en assortit l’exercice de conditions préalables ou de sanctions. Imposer des sanctions rétroactives à des accusés qui invoquent la présomption d’innocence ne peut avoir d’autre effet que de saper cette présomption et les protections qu’elle confère aux accusés. Par exemple, la présomption d’innocence sous-tend le concept de mise en liberté sous caution (*R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509, par. 1). Le temps passé en liberté sous caution n’est pas ajouté au moment de la détermination de la peine; au contraire, des conditions de mise en liberté sous caution rigoureuses peuvent être un facteur atténuant lorsque vient le moment de déterminer la peine.

[58] Tout comme la loi ne prévoit aucun mécanisme de « récupération » du temps passé en liberté sous caution en vertu du régime de mise en liberté provisoire parce qu’un tel mécanisme irait à l’encontre de la présomption d’innocence consacrée par ce régime, la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation ne saurait représenter, en temps normal, une dilution rétroactive de la présomption d’innocence à l’égard des biens que le tribunal a restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables. Bien que la loi prévoit un mécanisme permettant de récupérer les produits de la criminalité dépensés par le truchement du régime de l’amende en remplacement de la confiscation, cette analogie avec la mise en liberté sous caution fait ressortir que les contrevenants en général ne sont pas punis pour avoir invoqué la présomption d’innocence. En adoptant la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques, le législateur voulait accorder une importance significative au principe fondamental de la présomption d’innocence, notamment en veillant à

retaining and instructing counsel, undermines the very objective that Parliament sought to achieve.

[59] Further, imposing a fine on judicially returned funds raises concerns of notice and reliance that are rooted in the principle of fairness to the accused in criminal prosecutions. It can be expected that accused people will rely on a court order authorized by a specific statutory scheme. Those accused persons cannot reasonably know that doing so will lead to additional punishment. Yet “[t]he rule of law requires that laws provide in advance what can and cannot be done” (*R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 14; *R. v. Levkovic*, 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204, at para. 3). The general imposition of a fine instead of forfeiture on judicially returned funds would not respect principles of fair notice, further undermining Parliament’s intent to create a fair procedure that enables access to counsel and ensures the presumption of innocence.

[60] My colleague minimizes these concerns by stating that while the “choice” to retain counsel in the face of having a fine imposed on the judicially returned funds “may not be an easy one, our criminal justice system does not promise an experience free of difficult choices” (para. 142). With respect, there is a difference between a difficult choice and no real choice at all. The “choice” faced by an accused person in this instance is a Hobson’s choice — an apparently free choice in which there is effectively only one option. In this case, that option is to go without legal representation. This Court has cautioned against creating a Hobson’s choice like this in the criminal law context (*R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495, at para. 40).

[61] For all of the above reasons, interpreting the judicially authorized return of funds as a loan from the

ce que l’accusé puisse retenir les services d’un avocat. Considérer que la disposition sur la restitution est simplement temporaire et dissuade par le fait même l’accusé de recourir aux services d’un avocat mine l’objectif même que le législateur cherchait à atteindre.

[59] De plus, l’imposition d’une amende à l’égard de fonds restitués par voie judiciaire suscite des préoccupations de préavis et de fiabilité qui sont ancrées dans le principe de l’équité envers l’accusé dans les poursuites criminelles. On peut s’attendre à ce que l’accusé se fonde sur une ordonnance judiciaire autorisée par un régime légal en particulier. Cet accusé ne peut raisonnablement pas savoir qu’en faisant cela, il s’expose à une sanction additionnelle. Pourtant, « [l]a règle de droit exige que les lois délimitent à l’avance ce qui est permis et ce qui est interdit » (*R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 14; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204, par. 3). L’imposition générale d’une amende en remplacement d’une confiscation à l’égard de fonds restitués par voie judiciaire ne respecterait pas les principes de notification raisonnable, ce qui mine davantage l’intention du législateur de créer une procédure équitable qui permet le recours aux services d’un avocat et assure la présomption d’innocence.

[60] Mon collègue minimise ces préoccupations en affirmant que même si le « choix » de retenir les services d’un avocat quitte à faire face à une amende à l’égard des fonds restitués en application d’une ordonnance judiciaire « peut ne pas s’avérer facile à faire, mais notre système de justice criminelle ne garantit à personne une expérience exempte de choix difficiles » (par. 142). Soit dit en tout respect, il y a une différence entre un choix difficile et un choix qui n’en est pas un du tout. Le « choix » auquel est confronté un accusé en pareille situation est un faux choix : un choix apparemment libre quand il n’existe en réalité qu’une seule option. Dans ce cas, l’option est de ne pas être représenté par avocat. La Cour a souligné qu’il faut se garder de donner un faux choix dans le contexte du droit criminel (*R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495, par. 40).

[61] Pour l’ensemble des raisons qui précèdent, traiter la restitution de fonds autorisée par le tribunal

state to the accused of the accused's own money — effectively turning it into a baited trap — would dissuade its use and ultimately frustrate Parliament's objectives in enacting the legal expenses return provision.

*D. Is the Return of Funds for Reasonable Legal Expenses a Benefit?*

[62] The Crown also argues that Mr. Rafilovich received a “benefit” — the payment of his legal fees — that he must be deprived of through the imposition of a fine instead of forfeiture in order to uphold the purpose of the proceeds of crime regime (R.F., at para. 49). I disagree.

[63] Although this Court in *Lavigne* found that the primary purpose of the proceeds of crime regime and the fine instead of forfeiture provision is to prevent offenders from directly or indirectly benefitting from crime (paras. 10 and 18), this purpose is not undermined by allowing for accused persons to use seized funds to pay for reasonable legal expenses.

[64] In one limited sense, an accused person with access to funds for legal counsel has a benefit that other accused persons may not have. In my view, however, the judicial return of funds to pay for a lawyer is not the type of benefit that Parliament sought to take away from offenders by way of a fine. Rather, it is a benefit that Parliament expressly intended them to have, which is evident from the very existence of the return provision. As discussed above, the alternative, which would amount to a temporary loan of the seized funds, would tilt the balance sharply towards the state and marginalize Parliament's important secondary purposes behind the protections and principles of the legal expenses return provision.

comme étant l'argent de l'accusé prêté à ce dernier par l'État — faisant ainsi de la restitution un piège à appât — découragerait ceux tentés de s'en prévaloir et, au final, compromettrait les objectifs que visait le législateur lorsqu'il a édicté la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques.

*D. Les fonds restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables constituent-ils un avantage?*

[62] Le ministère public soutient par ailleurs que M. Rafilovich a néanmoins reçu un [TRADUCTION] « avantage » — le paiement de ses frais juridiques — dont il doit être privé par l'infliction d'une amende en remplacement de la confiscation pour assurer le respect de l'objectif du régime des produits de la criminalité (m.i., par. 49). Je ne suis pas de cet avis.

[63] Bien que notre Cour ait conclu dans l'arrêt *Lavigne* que l'objectif premier du régime des produits de la criminalité et de la disposition sur l'amende en remplacement de la confiscation est d'empêcher les contrevenants de tirer profit directement ou non de leur crime (par. 10 et 18), on ne compromet pas cet objectif en permettant aux accusés d'utiliser les fonds saisis pour payer des frais juridiques raisonnables.

[64] En un sens restreint, l'accusé qui a accès à des fonds pour retenir les services d'un avocat jouit d'un avantage qu'un autre accusé pourrait ne pas avoir. Cependant, les fonds restitués par voie judiciaire aux fins de paiement des frais d'avocat ne constituent pas, à mon avis, le type d'avantage que le législateur souhaitait retirer aux contrevenants au moyen d'une amende. Il s'agit plutôt d'un avantage que le législateur souhaitait expressément leur accorder, comme en témoigne l'existence même de la disposition sur la restitution. Comme il est indiqué ci-dessus, l'autre option — qui serait en réalité un prêt temporaire des fonds saisis — avantagerait grandement l'État et marginaliserait les objets secondaires importants du législateur sur lesquels prennent appui les protections et les principes de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques.

[65] Instead of a temporary loan, Parliament balanced the multiple objectives by tightly controlling the extent of any benefit. The *Code* requires applicants to show that they have no other means to pay a lawyer before a judge returns funds for that purpose. “Other means” has been interpreted broadly to include support entitlements or other sources of financial assistance (*R. v. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.), at para. 28), help from family members (*R. v. Hobeika*, 2014 ONSC 5453, at para. 24 (CanLII); *R. v. Kizir*, 2014 ONSC 1676, 304 C.R.R. (2d) 287, at paras. 16-18), as well as the accused’s access to credit, so long as that credit is capable of being serviced (*R. v. Ro*, [2006] O.J. No. 3347 (QL) (Sup. Ct.), at paras. 35-39). Even if an accused has no other means, funds cannot be returned unless the judge is satisfied that “no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property”. As well, accused persons often cannot receive legal aid because the seized property is attributed to them and effectively disqualifies them from receiving assistance, even though they cannot actually access their seized property.<sup>5</sup> This occurred with Mr. Rafilovich. The legal expenses return provision, therefore, achieves a balance by providing a safety valve for a narrow category of accused persons in need while still depriving offenders from accessing the proceeds of crime in most other cases.

[66] This conclusion is consistent with *Lavigne*’s statements on how a sentencing judge should exercise discretion to impose a fine. In *Lavigne*, imposing a fine instead of forfeiture advanced the purpose of the proceeds of crime regime; in Mr. Rafilovich’s case, imposing a fine would undermine the purpose of the legal expenses return provision that Parliament included in that same regime.

<sup>5</sup> There is debate in the jurisprudence about whether an accused must apply for legal aid before obtaining a return order. This issue was not argued on this appeal and I do not intend to resolve it here.

[65] Au lieu de consentir un prêt temporaire, le législateur a pondéré les multiples objectifs en contrôlant strictement la portée de tout avantage. Selon le *Code*, le demandeur doit prouver qu’il ne possède pas d’autres moyens de s’offrir les services d’un avocat avant qu’un juge ordonne la restitution de fonds à cette fin. Les mots « autres moyens » ont reçu une interprétation large qui englobe le droit à des aliments ou à d’autres sources d’aide financière (*R. c. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.), par. 28), l’aide de membres de la famille (*R. c. Hobeika*, 2014 ONSC 5453, par. 24 (CanLII); *R. c. Kizir*, 2014 ONSC 1676, 304 C.R.R. (2d) 287, par. 16-18), ainsi que l’accès de l’accusé au crédit, pourvu que ce crédit puisse être consenti (*R. c. Ro*, [2006] O.J. No. 3347 (QL) (C.S.), par. 35-39). Même si l’accusé n’a pas d’autres moyens, les fonds ne peuvent être restitués que si le juge est convaincu que « nulle autre personne ne semble être le propriétaire légitime [des] biens ou avoir droit à leur possession légitime ». De plus, dans bien des cas, les accusés ne peuvent pas recevoir de l’aide juridique, parce que le bien saisi leur est attribué et les rend inadmissibles à recevoir cette aide, même s’ils ne peuvent effectivement avoir accès au bien saisi en question<sup>5</sup>. C’est ce qui s’est produit dans le cas de M. Rafilovich. La disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques permet donc d’atteindre un équilibre entre le fait d’offrir une soupape à un groupe restreint d’accusés dans le besoin et celui de priver les contrevenants d’un accès aux produits de leurs crimes dans la plupart des autres cas.

[66] Cette conclusion s’accorde avec les énoncés de l’arrêt *Lavigne* sur la manière dont le juge chargé de déterminer la peine devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour infliger une amende. Dans l’arrêt *Lavigne*, l’infliction d’une amende en remplacement de la confiscation favorisait la réalisation de l’objectif du régime qui était en jeu; dans le cas de M. Rafilovich, cette mesure minerait l’objet de la disposition sur la restitution que le législateur a intégrée à ce même régime.

<sup>5</sup> Des décisions contradictoires ont été rendues quant à savoir si l’accusé doit présenter une demande d’aide juridique avant d’obtenir une ordonnance de restitution. La question n’a pas été débattue en l’espèce et je n’ai pas l’intention d’y répondre.

[67] In my view, the Court of Appeal over-emphasized the broad objective of the fine instead of forfeiture provision to prevent indirect benefit to the accused and gave inadequate attention to the important objectives in the detailed return process enacted by Parliament. The legal expenses return provision allowed Mr. Rafilovich, who had no other assets or means to pay for his defence, an opportunity to access seized funds (which remained his property) under close judicial scrutiny and tight conditions. This “benefit” is not the kind of benefit that the fine instead of forfeiture provision is aimed at preventing. As Veit J. observed in *Gagnon*,

I do not agree with the Crown’s contention that lawyers’ fees are like hairdressers’ fees: that they represent the exercise by an accused of discretion in relation to disposable income. Although Parliament’s intention is to strip a convict of the right to exercise that general kind of discretion, it characterized lawyers’ fees as a special type of expenditure . . . . [p. 512]

[68] It is undeniable that because Mr. Rafilovich used the returned funds to finance his legal defence, there is less money available to be forfeited to the Crown. But this by-product of accused persons exercising their rights is not unusual. A fundamental purpose of the criminal justice system is to provide a fair process to achieve just results, not to extract maximum retribution at any cost.

E. *The Payment of Reasonable Legal Fees Is Not the Kind of Transfer to a Third Party Contemplated in Section 462.37(3)*

[69] The purposes of the fine instead of forfeiture provision further support the interpretation that judges are not to use their discretion to generally impose fines on funds returned by court order for reasonable legal expenses. Section 462.37(3) sets out two conditions before a fine may be imposed. First, there must be “property or any part of or interest

[67] À mon avis, la Cour d’appel a accordé trop d’importance à l’objectif général de la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation pour empêcher que l’accusé obtienne indirectement un avantage et n’a pas suffisamment tenu compte des objectifs importants du mécanisme de restitution détaillé adopté par le législateur. La disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques offrait à M. Rafilovich, qui ne possédait pas d’autres biens ou moyens de payer les frais de sa défense, une possibilité d’avoir accès à des fonds saisis (qui lui appartenaient toujours) qui étaient assujettis à une surveillance judiciaire étroite et à des conditions rigoureuses. Il ne s’agit pas là du type d’« avantage » que la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation vise à prévenir. Ainsi que l’a fait remarquer la juge Veit dans *Gagnon*,

[TRADUCTION] contrairement au ministère public, je ne crois pas que les honoraires d’avocats s’apparentent à ceux des coiffeurs et que leur paiement découle de l’exercice par l’accusé d’un pouvoir discrétionnaire relativement à un revenu disponible. Même si l’intention du législateur était de retirer au contrevenant le droit d’exercer ce type général de pouvoir discrétionnaire, il a considéré les frais d’avocat comme un type spécial de dépense . . . [p. 512]

[68] Comme M. Rafilovich a affecté les fonds restitués au paiement de sa défense, il reste indéniablement moins d’argent qui pourrait être confisqué au profit de Sa Majesté. Cette conséquence du fait pour les accusés d’exercer leurs droits n’a toutefois rien d’inhabituel. L’un des objectifs fondamentaux du système de justice pénale est d’offrir un processus équitable permettant d’arriver à des résultats justes et non d’imposer le plus de représailles à tout prix.

E. *Le paiement de frais juridiques raisonnables ne constitue pas le type de remise à un tiers visé par le par. 462.37(3)*

[69] Les objectifs de la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation renforcent la thèse que les juges ne doivent pas utiliser leur pouvoir discrétionnaire pour imposer généralement des amendes à l’égard des fonds restitués par ordonnance judiciaire pour le paiement de frais juridiques raisonnables. Le paragraphe 462.37(3) énonce deux

in the property [that] cannot be made subject to an order”. If this precondition is met, the analysis continues to the list of examples:

. . . In particular, a court may order the offender to pay a fine if the property or any part of or interest in the property

- (a) cannot, on the exercise of due diligence, be located;
- (b) has been transferred to a third party;
- (c) is located outside Canada;
- (d) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or
- (e) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty.

The phrase “in particular” implies a non-exhaustive list of circumstances in which a fine may be appropriate.

[70] In *Lavigne*, Justice Deschamps acknowledged that the use of “in particular” in s. 462.37(3) suggests there “are other circumstances that do not appear on the list. However, those circumstances must be similar in nature to the ones that are expressly mentioned” (para. 24). This determination requires us to consider the unifying features behind the examples that Parliament has provided as situations that would attract the imposition of a fine instead of forfeiture.

[71] In this case, the Crown’s argument focussed on the notion that the property judicially returned to the accused for legal expenses had “been transferred to a third party” — Mr. Rafilovich’s lawyer — and thus fell within s. 462.37(3)(b). Even if the judicial return of funds to pay legal fees constitutes a “transfe[r]” to a third party, judges retain a discretion to nevertheless decline to order the fine where it would be contrary to the objectives of the return provision.

conditions à l’imposition d’une amende. En premier lieu, il doit s’agir « d’un bien — d’une partie d’un bien ou d’un droit sur celui-ci — [qui] ne peut pas faire l’objet d’une telle ordonnance ». Si cette condition est remplie, l’analyse passe à une série d’exemples :

Le tribunal [. . .] peut [. . .] infliger au contrevenant une amende [. . .] notamment dans les cas suivants :

- a) impossibilité, malgré des efforts en ce sens, de retrouver le bien;
- b) remise à un tiers;
- c) situation du bien à l’extérieur du Canada;
- d) diminution importante de valeur;
- e) fusion avec un autre bien qu’il est par ailleurs difficile de diviser.

Le mot « notamment » implique une liste non exhaustive de circonstances dans lesquelles il est indiqué d’infliger une amende.

[70] Dans l’arrêt *Lavigne*, la juge Deschamps a reconnu que l’emploi du mot « notamment » au par. 462.37(3) laisse entendre que « d’autres circonstances ne sont pas énumérées. Ces circonstances doivent cependant être de même nature que celles qui sont explicitement mentionnées » (par. 24). Pour établir s’il est question d’une telle circonstance non énumérée, il nous faut analyser les traits qu’ont en commun les exemples donnés par le législateur quant aux situations qui donneraient lieu à l’infliction d’une amende en remplacement de la confiscation.

[71] Dans la présente affaire, l’argumentation du ministère public portait en grande partie sur le fait que les biens restitués à l’accusé par voie judiciaire aux fins du paiement des frais juridiques avaient été « remi[s] à un tiers », l’avocat de M. Rafilovich, de sorte qu’ils étaient visés par l’al. 462.37(3)b). Même si la restitution de fonds par voie judiciaire pour permettre le paiement de frais juridiques raisonnables constitue une « remise » à un tiers, les

In my view, the judicially authorized payment of reasonable legal fees is not the kind of “transfer” that Parliament intended to capture in this subsection.

[72] The key distinguishing feature here is judicial authorization. The returned funds are never held or transferred by the accused person: they are sent directly from the state — with judicial permission — to a designated person for permitted purposes under strict judicial supervision. The accused’s lawyer is not some unknown person receiving the funds by way of an entirely uncontrolled, private transaction, as was the case in *Lavigne*. Rather, they have been specifically authorized by a judge through a return order to be paid at a stipulated hourly rate for specified services in aid of the accused’s defence. As the Newfoundland and Labrador Court of Appeal held in *Appleby*, it is inappropriate “to treat the transfer of funds upon the order of a judge, specifically authorized to so order for a purpose and in the limited circumstances expressly authorized by the statute, as being activities of the same character as” funds that are transferred privately to third parties with no judicial oversight (para. 53).

[73] Nor is the judicially authorized use of property for reasonable legal fees thematically analogous to any of the other listed reasons for ordering a fine instead of forfeiture. All of the circumstances listed in s. 462.37(3) reflect Parliament’s concern that an accused person — not a judge — might hide, dissipate or distribute property that may later be determined to be proceeds of crime. Indeed, this was the prevailing interpretation at the time the provision was enacted. In his testimony before the legislative committee, the Minister of Justice explained the concern that underpins the fine instead of forfeiture provision:

To encourage offenders to deliver up their proceeds of crime, courts will be entitled to impose special fines with

juges ont quand même le pouvoir discrétionnaire de refuser d’infliger l’amende si cette sanction va à l’encontre des objectifs de la disposition sur la restitution. À mon avis, le paiement des frais juridiques raisonnables autorisé par le tribunal n’est pas le type de « remise » à laquelle ce paragraphe était censé s’appliquer.

[72] La principale distinction ici est l’autorisation judiciaire. Les fonds restitués ne sont jamais détenus ou remis par l’accusé : l’État les envoie directement (sur autorisation judiciaire) à une personne désignée pour des fins précises sous la supervision stricte du tribunal. L’avocat de l’accusé n’est pas une personne inconnue qui reçoit les fonds dans le cadre d’une transaction privée non supervisée, comme c’était le cas dans l’affaire *Lavigne*. Il a plutôt été spécifiquement autorisé, par un juge au moyen d’une ordonnance de restitution, à être rémunéré à un taux horaire établi en échange de services précis visant à assurer la défense de l’accusé. Ainsi qu’en a décidé la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador dans l’arrêt *Appleby*, il ne convient pas [TRADUCTION] « de considérer les fonds transférés suivant l’ordonnance d’un juge précisément autorisé à ordonner ce transfert pour une fin et dans les circonstances restreintes expressément prévues par le texte législatif, comme des fonds de même nature » que ceux qui auraient été remis à un tiers sans la supervision du tribunal (par. 53).

[73] L’utilisation de biens pour le paiement de frais juridiques raisonnables avec l’autorisation du tribunal ne relève pas non plus d’un sujet semblable à ceux figurant à la liste des raisons d’infliger une amende en remplacement de la confiscation. Toutes les circonstances énumérées au par. 462.37(3) traduisent la crainte du législateur que l’accusé — et non un juge — dissimule, dilapide ou distribue des biens dont on pourrait conclure plus tard qu’il s’agit de produits de la criminalité. En effet, il s’agit de l’interprétation couramment admise au moment de l’édiction de la disposition. Dans son témoignage devant le comité législatif, le ministre de la Justice a expliqué la préoccupation à l’origine de la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation :

Pour encourager les criminels à renoncer aux produits de leur crime, les tribunaux pourront imposer des amendes

jail terms in default representing the value of illicit assets intentionally placed beyond the reach of the authorities.

(House of Commons, *Minutes*, November 5, 1987, at p. 1:8)

Later, in third reading debate, the Minister said:

The Bill also provides that a court may order the payment of a fine when forfeiture is impossible either because the offender has hidden his [or her] illicit gains or has removed them from the jurisdiction of Canadian courts.

(House of Commons, *Debates*, at p. 17258)

[74] Thus, in my view, the payment of judicially returned funds to the accused’s lawyer is not the kind of “transfer” that Parliament intended to capture with the fine instead of forfeiture provision. Therefore, even if the transfer of funds to a lawyer is technically a transfer to a third party, judges generally should not exercise their discretion to fine an accused for their use of returned funds to pay for their reasonable legal expenses.

F. *A Fine Instead of Forfeiture Can Be Imposed When the Rationale for the Return Provision Is Undermined*

[75] If, generally speaking, Parliament did not intend to impose a fine instead of forfeiture in respect of judicially returned funds spent on reasonable legal expenses, how should the discretion provided in s. 462.37(3) be exercised? This Court in *Lavigne* held that the discretion must be exercised in a manner consistent with the objectives of the proceeds of crime regime. Justice Deschamps acknowledged in *Lavigne* that “a court may face circumstances in which the objectives of the provisions do not call for a fine to be imposed” (para. 28). For example, a fine would be inappropriate if “the offender did not profit from the crime and if it was an isolated crime

spéciales et, si elles ne sont pas payées, des peines d’emprisonnement en rapport avec la valeur des biens illicitement obtenus et qui ont été intentionnellement mis hors de la portée des autorités.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux*, 5 novembre 1987, p. 1:8)

Plus tard, lors du débat en troisième lecture, le ministre a ajouté ce qui suit :

Le projet de loi prévoit également l’imposition d’une amende lorsque la confiscation est impossible, soit parce que le contrevenant a caché ses gains illicites, soit parce qu’il les a retirés de la juridiction des tribunaux canadiens.

(Chambre des communes, *Débats*, p. 17258)

[74] C’est pourquoi, à mon avis, la remise à l’avocat de l’accusé de fonds restitués par voie judiciaire n’est pas le type de « remise » à laquelle le législateur voulait que la disposition sur l’amende en remplacement de la confiscation s’applique. Par conséquent, même si la remise de fonds à un avocat constitue, techniquement parlant, une remise à un tiers, les juges ne doivent généralement pas exercer leur pouvoir discrétionnaire pour infliger une amende à un accusé qui s’est servi de fonds restitués pour payer ses frais juridiques raisonnables.

F. *Il est possible d’infliger une amende en remplacement de la confiscation lorsque la raison d’être de la disposition sur la restitution n’est pas respectée*

[75] Si, d’une manière générale, le législateur n’avait pas l’intention d’imposer une amende en remplacement de la confiscation à l’égard des fonds restitués par voie judiciaire qui ont été dépensés en frais juridiques raisonnables, de quelle façon le pouvoir discrétionnaire prévu au par. 463.37(3) devrait-il être exercé? Dans l’arrêt *Lavigne*, notre Cour a statué que ce pouvoir discrétionnaire doit s’exercer conformément aux objectifs du régime des produits de la criminalité. La juge Deschamps a reconnu dans l’arrêt *Lavigne* que « le tribunal pourrait être en présence de circonstances où la poursuite des objectifs de ces dispositions ne requiert pas l’infliction d’une amende »

committed by an offender acting alone” (para. 28). Based on the foregoing analysis, I add the further example: that the accused was authorized by court order to spend returned funds on reasonable legal expenses.

[76] The circumstances under which it is possible to impose a fine instead of forfeiture on funds returned for reasonable legal expenses must be anchored to Parliament’s intent, and sentencing judges must consider whether the offender’s use of funds advanced or undermined the purposes of the return provision. If it turns out that the financial need was not real, or the funds were not used to alleviate that need, the imposition of a fine instead of forfeiture might be appropriate. I can foresee three situations where this could occur, although there may be others.

[77] The first is some kind of wrongdoing in the return of funds application, such as the misrepresentation of the accused’s financial position. The second is wrongdoing by the offender in the administration of the return order, such as funds not being applied in the manner contemplated, expenditures for purposes outside the scope of the return order, or fees in excess of judicially authorized limits. The third is where the accused experiences an unexpected change in financial circumstances after the funds have been returned but before sentencing, such that recourse to returned funds is no longer necessary after the accused became aware of the changed circumstances. Indeed, counsel for Mr. Rafilovich conceded that judicial discretion to impose a fine should be exercised “[i]f there had been an unforeseen enrichment in between the period of the making of the [return] order and the conclusion of the trial, [such as] the person wins the lottery” (transcript, at p. 24, lines 16-19).

(par. 28). Ainsi, l’amende serait inappropriée si « le contrevenant n’a pas bénéficié du crime et s’il s’agit d’un crime isolé commis par un contrevenant agissant seul » (par. 28). Compte tenu de l’analyse qui précède, j’ajoute l’exemple qui suit : l’accusé a été autorisé par ordonnance judiciaire à utiliser les fonds restitués pour payer des frais juridiques raisonnables.

[76] Les circonstances dans lesquelles il est possible d’infliger une amende en remplacement de la confiscation à l’égard des fonds restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables doivent être rattachées à l’intention du législateur, et le juge chargé de déterminer la peine doit se demander si l’utilisation des fonds par le contrevenant a favorisé ou miné la réalisation de l’objet de la disposition sur la restitution. S’il s’avère que le besoin financier n’était pas réel ou que les fonds n’ont pas servi à atténuer ce besoin, l’infliction d’une amende en remplacement de la confiscation pourrait être indiquée. J’envisage trois situations dans lesquelles l’infliction d’une amende serait indiquée, mais il pourrait y en avoir d’autres.

[77] La première serait le cas d’agissements répréhensibles commis dans le cadre de la présentation de la demande de restitution des fonds, comme la présentation inexacte de la situation financière de l’accusé. La deuxième serait le cas d’agissements répréhensibles du contrevenant lors de l’exécution de l’ordonnance de restitution, comme l’utilisation des fonds d’une manière non prévue dans l’ordonnance ou pour des dépenses à des fins dépassant la portée de celle-ci, ou le paiement d’honoraires dépassant les montants autorisés par cette même ordonnance. La troisième serait le cas où la situation financière de l’accusé change de façon imprévue après la restitution des fonds, mais avant la détermination de la peine, de telle sorte que les fonds restitués ne sont plus nécessaires après que l’accusé ait pris connaissance du changement de situation. En effet, l’avocat de M. Rafilovich a concédé que le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « [s]’il y avait eu enrichissement imprévu entre le prononcé de l’ordonnance [de restitution] et la fin du procès, comme un gain à la loterie » (transcription, p. 24, lignes 16-19).

[78] These are examples of situations where the accused has obtained something beyond what Parliament intended, and the sentencing judge may honour that intent by recovering the returned monies by way of a fine. By ordering a fine in such circumstances, courts will respect the balance between Parliament's objectives in ensuring access to counsel and protecting the presumption of innocence through the legal expenses return provision, and its objective of depriving offenders of proceeds of crime through the forfeiture provision.

#### G. *Rowbotham and Fines Instead of Forfeiture*

[79] My colleague holds that the discretion not to impose a fine instead of forfeiture can be exercised only if an offender was constitutionally entitled to state-funded legal counsel. This should be determined by “applying the test set out in *R. v. Rowbotham*” (para. 93). He says this approach gives “proper effect to Parliament’s objective of ensuring an effective forfeiture regime while still vindicating the constitutionally protected right to counsel” (para. 141). I disagree.

[80] *Rowbotham* is an exceptional constitutional regime that addresses when an accused can insist upon state-funded counsel because there would otherwise be a breach of the accused’s right to a fair trial. It operates only in very discrete circumstances, and leads to a stay of proceedings unless funding is provided by the state. Under *Rowbotham*, the right to a fair trial is not engaged unless three preconditions are met: (1) legal aid is denied, (2) the accused does not have other financial means, and (3) “representation of the accused by counsel is essential to a fair trial” (*Rowbotham*, at p. 66). To some extent, it might appear that the first and second elements of the *Rowbotham* test are conceptually similar to the s. 462.34(4) requirement that “the applicant has no other assets or means available”. However, the mere existence of seized funds will generally lead a court

[78] Ce sont là des exemples de situations dans lesquelles l’accusé a obtenu davantage que ce que le législateur voulait lui offrir, et le juge chargé de déterminer la peine peut donner suite à cette intention en recouvrant les sommes d’argent restituées au moyen d’une amende. En infligeant une amende en pareilles circonstances, les tribunaux respectent l’équilibre recherché entre les objectifs du législateur consistant à permettre l’accès aux services d’un avocat et à protéger la présomption d’innocence au moyen de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques, et son autre objectif de priver les contrevenants des produits de leurs crimes au moyen de la disposition sur la confiscation.

#### G. *L’arrêt Rowbotham et l’amende en remplacement de la confiscation*

[79] Mon collègue juge que le pouvoir discrétionnaire de refuser d’infliger une amende en remplacement de la confiscation ne peut être exercé que si le contrevenant avait le droit constitutionnel d’obtenir l’assistance d’un avocat financée par l’État. Pour établir si c’est le cas, il faut « appliqu[er] le test énoncé dans l’arrêt *R. c. Rowbotham* » (par. 93). Selon lui, cette approche donne « l’effet voulu à l’objectif du législateur d’assurer à la fois un régime de confiscation efficace et le respect du droit constitutionnel à l’assistance d’un avocat » (par. 141). Je ne suis pas de cet avis.

[80] L’arrêt *Rowbotham* prévoit un régime constitutionnel exceptionnel par lequel un accusé peut insister pour que l’État paie les services de son avocat à défaut de quoi il y aurait atteinte à son droit à un procès équitable. Ce régime ne s’applique que dans des cas restreints et il mène à un arrêt des procédures à moins que l’État ne fournisse des fonds. Suivant l’arrêt *Rowbotham*, le droit à un procès équitable n’entre en jeu que si trois conditions préalables sont réunies : (1) la demande d’aide juridique a été refusée, (2) l’accusé ne dispose d’aucun autre moyen financier et (3) [TRADUCTION] « il est essentiel à l’équité du procès que l’accusé soit représenté par un avocat » (*Rowbotham*, p. 66). Dans une certaine mesure, il semblerait que les deux premiers éléments du test de l’arrêt *Rowbotham* se rapprochent, sur le plan conceptuel,

to find an accused person ineligible for a *Rowbotham* order because the seized funds are available through the return provision. Most obviously, it is the third element, that legal counsel be “essential to a fair trial”, that my colleague would effectively import, as an additional requirement, into the proceeds of crime regime.

[81] In my view, Parliament has set out its desired statutory requirements for the judicial return of seized funds. Returning the funds only where it is “essential to a fair trial” is not one of them. Moreover, the *Rowbotham* criteria are designed to respond to a very different set of circumstances than the legal expenses return provision. The legal expenses return provision does not involve a request for state-funded counsel; rather, it allows a court to return seized monies, which still belong to the accused, when necessary to pay for reasonable legal expenses. The return provision respects the accused’s access to, and choice of, legal representation, which is very different from the right to state-funded counsel. *Rowbotham*, conversely, is geared towards the right to a fair trial (see *Rowbotham*, at pp. 65-67 and 69-70). There is nothing in the proceeds of crime regime that indicates any intention to also require the accused to demonstrate that the nature of the proceedings are such that it is “essential” to have counsel.

[82] While both *Rowbotham* orders and the legal expenses return provision operate to ensure proper representation, they do so in different contexts. In *Rowbotham*, judges are required to assess the complexity of the case and consider whether proceeding without counsel would jeopardize the accused’s fair trial rights. This is the high bar that triggers the state’s obligation to fund legal representation. Conversely,

de l’exigence prévue au par. 462.34(4) que « l’auteur de la demande ne possède pas d’autres bien ou moyens ». Toutefois, du simple fait qu’il existe des fonds saisis, les tribunaux vont généralement déclarer l’accusé inadmissible suivant le test de l’arrêt *Rowbotham* puisque les fonds saisis sont accessibles au moyen de la disposition relative à la restitution. De toute évidence, c’est le troisième élément du test, à savoir que la représentation par avocat soit « essentiel[le] à l’équité du procès », que mon collègue importerait effectivement, en guise de condition supplémentaire, dans le régime des produits de la criminalité.

[81] À mon avis, le législateur a précisé les exigences légales qu’il souhaitait appliquer à la restitution par voie judiciaire de fonds saisis. Et le fait de restituer les fonds seulement lorsque cela s’avère « essentiel à l’équité du procès » n’en fait pas partie. Par ailleurs, les critères de l’arrêt *Rowbotham* ont été conçus dans le but de répondre à des circonstances très différentes de celles visées par la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques. Cette disposition n’emporte pas présentation d’une demande en vue de faire payer les services d’un avocat par l’État; elle permet plutôt au tribunal de restituer des sommes saisies, qui appartiennent toujours à l’accusé, lorsque celles-ci sont nécessaires pour payer des frais juridiques raisonnables. La disposition sur la restitution respecte le droit de l’accusé de se faire représenter par l’avocat de son choix, ce qui est fort différent du droit aux services d’un avocat rémunéré par l’État. L’arrêt *Rowbotham*, quant à lui, s’intéresse au droit à un procès équitable (voir *Rowbotham*, p. 65-67 et 69-70). Rien dans le régime des produits de la criminalité n’indique que l’accusé est censé prouver que la nature des procédures est telle qu’il est « essentiel » qu’il obtienne l’assistance d’un avocat.

[82] Si les ordonnances fondées sur l’arrêt *Rowbotham* et la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques opèrent pour assurer une représentation convenable, elles le font dans des contextes différents. Selon *Rowbotham*, les juges doivent évaluer la complexité de l’affaire et se demander si le fait de poursuivre l’instance sans avocat mettrait en péril le droit de l’accusé à

in the legal expenses return provision, the judge is not directing the payment of public funds, but is ordering the return of presumptively *private* property to permit access to legal representation. This is a very different purpose, and if Parliament intended these further criteria to be a precondition for the exercise of the discretion not to impose a fine, it would have said so explicitly.

[83] My colleague’s approach would essentially limit the legal expenses return provision to those accused persons who can satisfy the stricter *Rowbotham* requirements. Because the determination of whether an accused would have qualified for a *Rowbotham* order is made at the sentencing stage, even an accused who believes that he or she could satisfy the *Rowbotham* criteria may shy away from applying for a return of the seized funds out of fear that the sentencing judge may ultimately disagree. This means that accused persons who cannot be certain that their *Rowbotham* application will be successful at some later time may act with even greater caution and represent themselves, even if legal counsel is in fact constitutionally “essential” to their fair trial rights.

#### H. Summary

[84] The discretion to order a fine must be exercised in a manner consistent with all of Parliament’s objectives of the proceeds of crime regime including, where applicable, the return provision. The purposes of the legal expenses return provision include providing access to counsel and giving meaningful weight to the presumption of innocence. Underlying these two purposes is an intent of Parliament to create a fair procedure for the return of funds for reasonable legal expenses while also allowing for the seizure, return, and forfeiture of proceeds of crime. In most cases, clawing back reasonable legal fees as a fine instead of forfeiture would undermine these purposes.

un procès équitable. Tel est le critère exigeant auquel il faut satisfaire pour obliger l’État à financer la représentation de l’accusé par avocat. En revanche, sous le régime de la disposition relative à la restitution, le juge n’ordonne pas l’affectation de fonds publics, mais bien celle de fonds réputés *privés* afin de permettre l’accès aux services d’un avocat. Il s’agit là d’un objectif fort différent, et si le législateur avait voulu imposer ces critères additionnels comme conditions préalables à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas imposer une amende, il l’aurait fait explicitement.

[83] Le raisonnement de mon collègue aurait essentiellement pour effet de limiter l’application de la disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques aux accusés qui peuvent répondre aux exigences plus strictes de l’arrêt *Rowbotham*. Puisque la question de savoir si un accusé a droit à une ordonnance de type *Rowbotham* est tranchée au stade de la détermination de la peine, même l’accusé qui croit satisfaire aux critères de l’arrêt *Rowbotham* pourrait s’abstenir de demander la restitution des fonds saisis de peur que, ultimement, le juge chargé de déterminer la peine refuse. Par conséquent, l’accusé qui ne peut être certain que sa demande fondée sur l’arrêt *Rowbotham* sera accueillie à un moment donné risque de se montrer encore plus prudent et de se représenter lui-même, même si les services d’un avocat sont en fait « essentiel[s] », sur le plan constitutionnel, au respect de son droit à un procès équitable.

#### H. Résumé

[84] Le pouvoir discrétionnaire d’infliger une amende doit être exercé conformément à tous les objectifs recherchés par le législateur au moyen du régime des produits de la criminalité, y compris la disposition sur la restitution lorsqu’elle s’applique. La disposition sur la restitution en vue du paiement des frais juridiques a notamment pour objet de permettre l’accès aux services d’un avocat et d’accorder suffisamment d’importance à la présomption d’innocence. Ces deux objectifs reposent sur l’intention du Parlement de créer une procédure équitable de restitution de fonds en vue du paiement de frais juridiques raisonnables tout en permettant

Moreover, the payment of reasonable legal fees is neither the type of benefit at which the provisions are aimed nor the kind of “transfer” to a third party contemplated in the fine instead of forfeiture provision.

[85] For all of these reasons, generally speaking, a fine instead of forfeiture should not be imposed on funds that have been judicially returned for the payment of reasonable legal expenses. There remains, however, discretion to order a fine in cases where the offender did not have a real financial need for the returned funds, or the offender did not use the funds to alleviate that need. In this way, courts can give full effect to Parliament’s intended purposes.

#### V. Application

[86] In this case, the sentencing judge exercised her discretion not to impose a fine instead of forfeiture. There is no evidence that Mr. Rafilovich misrepresented his financial position, misused the returned funds, or experienced any change in circumstances. Therefore, the sentencing judge’s exercise of discretion was appropriate and should not be interfered with.

#### VI. Conclusion

[87] I would, therefore, allow the appeal and set aside the Court of Appeal’s variance of the sentencing judge’s order adding a fine instead of forfeiture and 12 months imprisonment in default of payment of this fine. The appellant did not seek costs and none are ordered.

la saisie, la restitution et la confiscation des produits de la criminalité. Dans la plupart des cas, récupérer les sommes restituées pour le paiement de frais juridiques raisonnables au moyen d’une amende en remplacement de la confiscation minerait la réalisation de ces objets. Par ailleurs, le paiement de frais juridiques raisonnables ne constitue ni le type d’avantage visé par les dispositions, ni le type de « remise » à un tiers envisagée dans la disposition sur l’infliction d’une amende en remplacement de la confiscation.

[85] C’est pourquoi, d’une manière générale, il ne convient pas d’infliger une amende en remplacement de la confiscation à l’égard de fonds qui ont été restitués par voie judiciaire pour le paiement de frais juridiques raisonnables. Toutefois, les juges conservent le pouvoir discrétionnaire d’infliger une telle amende si le contrevenant n’avait pas réellement besoin, au plan financier, des fonds ou ne les a pas utilisés pour atténuer ce besoin. En agissant ainsi, les tribunaux peuvent donner pleinement effet aux objectifs recherchés par le législateur.

#### V. Application

[86] Dans la présente affaire, la juge chargée de déterminer la peine a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas infliger d’amende en remplacement de la confiscation. Aucune preuve n’établit que M. Rafilovich a présenté faussement sa situation financière, a fait un mauvais usage des fonds restitués ou a connu un changement quelconque de situation. En conséquence, la juge chargée de déterminer la peine a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire et il n’y a pas lieu d’intervenir à cet égard.

#### VI. Dispositif

[87] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi et d’écarter la modification de l’ordonnance de la juge chargée de déterminer la peine par la Cour d’appel imposant au surplus une amende en remplacement de la confiscation et une peine d’emprisonnement de 12 mois en cas de défaut de paiement. L’appellant n’a pas sollicité les dépens et aucuns ne sont adjugés.

The reasons of Wagner C.J. and Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting in part) —

### I. Overview

[88] Part XII.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46,<sup>6</sup> which governs the seizure, restraint, and forfeiture of proceeds of crime, seeks to ensure that crime does not pay (see *R. v. Lavigne*, 2006 SCC 10, [2006] 1 S.C.R. 392, at para. 10; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, 2002 SCC 72, [2002] 3 S.C.R. 708, at para. 25). To further this objective, it permits the state to seize and detain property believed on reasonable grounds to be proceeds of crime, thereby preserving it and facilitating the enforcement of any future forfeiture order. It also provides that a court must, when sentencing an offender for an indictable offence, order the forfeiture of property determined to be proceeds of crime. Alternatively, where the property cannot be made subject to a forfeiture order, the court may order a fine in lieu of forfeiture (“fine in lieu”).

[89] Parliament recognized, however, that the seizure and detention of property that is reasonably believed, though not yet proven, to be proceeds of crime may have a significant financial impact on accused persons, including by limiting their ability to access counsel. To address this concern, Part XII.2 permits accused persons to apply to a judge for a “restoration order” authorizing the release of seized property to pay for various expenses — one being reasonable legal expenses — where they have no other means available. In this way, Parliament struck a balance between ensuring an effective forfeiture regime and permitting otherwise impecunious accused persons to access funds for certain purposes.

<sup>6</sup> Unless otherwise indicated, all section number references are to the *Criminal Code*.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident en partie) —

### I. Aperçu

[88] La partie XII.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46<sup>6</sup>, qui régit la saisie, le blocage et la confiscation des produits de la criminalité, vise à s’assurer que le crime ne paie pas (voir *R. c. Lavigne*, 2006 CSC 10, [2006] 1 R.C.S. 392, par. 10; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, 2002 CSC 72, [2002] 3 R.C.S. 708, par. 25). Afin d’atteindre cet objectif, elle permet à l’État de saisir et de retenir des biens que l’on croit, pour des motifs raisonnables, être des produits de la criminalité, de manière à préserver ces biens et à faciliter la mise à exécution d’éventuelles ordonnances de confiscation. La partie XII.2 prévoit également que, lorsqu’il est appelé à déterminer la peine à infliger au contrevenant reconnu coupable d’un acte criminel, le tribunal doit ordonner la confiscation des biens dont il a été conclu qu’il s’agit de produits de la criminalité. Subsidiairement, lorsque les biens ne peuvent faire l’objet d’une ordonnance de confiscation, le tribunal peut infliger une amende en remplacement de la confiscation (« amende de remplacement »).

[89] Cependant, le législateur a reconnu que la saisie et la rétention des biens dont on croit pour des motifs raisonnables, mais sans l’avoir encore prouvé, qu’il s’agit de produits de la criminalité peuvent avoir d’importantes répercussions financières sur les accusés, notamment en limitant leur capacité d’avoir accès aux services d’un avocat. Afin de répondre à cette préoccupation, la partie XII.2 permet à l’accusé de demander au juge une « ordonnance de restitution » autorisant la mainlevée de la saisie pour lui permettre de payer différentes dépenses — dont des frais juridiques raisonnables — lorsqu’il ne possède pas d’autres moyens de s’en acquitter. En procédant ainsi, le législateur a établi un équilibre entre la nécessité d’assurer l’efficacité du régime de confiscation et celle de permettre à des accusés par ailleurs impecunieux d’avoir accès à des fonds pour certaines fins.

<sup>6</sup> Sauf indication contraire, toutes les dispositions législatives citées renvoient au *Code criminel*.

[90] But appellate courts have reached different conclusions about what this balance requires when seized funds that have been released to an accused to pay for reasonable legal expenses are later found to be proceeds of crime. Can a sentencing judge order a fine in lieu in respect of those funds? If so, under what circumstances should a judge decline to do so? These are the issues raised on appeal.

[91] My colleague Martin J. concludes that where a court has authorized the release of seized funds to pay for reasonable legal expenses, a fine in lieu should not “generally” be imposed, subject to two exceptions: “where it turns out that the offender did not have a real financial need or the funds were not used to alleviate that need” (paras. 8 and 10). She maintains that this conclusion flows from a combination of the two “secondary purposes” pursued by the restoration provision — providing access to counsel and giving meaningful weight to the presumption of innocence — and Parliament’s underlying intention to ensure fairness in criminal prosecutions (paras. 9 and 38). These purposes, she says, “constrain the pursuit of the primary objective” of ensuring that crime does not pay (para. 49).

[92] With respect, I reject this approach. Stripped of the legal niceties in which it is couched, the approach taken by my colleague sends a clear and unmistakable message — crime does indeed pay. For reasons that follow, I am of the view that the statutory regime’s primary objective of ensuring that crime does not pay need not and should not be sacrificed on the altar of the “secondary purposes” relied on by my colleague. Imposing a fine in lieu where an offender has used proceeds of crime to pay for his or her own defence achieves the regime’s primary objective of ensuring that crime does not pay; and it does not undermine the utility of the restoration provision, which facilitates access to counsel in a manner that is both fair and consistent with the presumption of innocence. In

[90] Cependant, les juridictions d’appel en sont arrivées à des conclusions différentes quant à la façon d’atteindre cet équilibre lorsqu’il est conclu par la suite que les fonds saisis qui ont été restitués à l’accusé pour lui permettre de payer ses frais juridiques raisonnables sont des produits de la criminalité. Le juge chargé de déterminer la peine peut-il infliger une amende de remplacement à l’égard de ces fonds? Dans l’affirmative, dans quelles circonstances le juge devrait-il refuser de le faire? Ce sont là les questions que soulève le présent pourvoi.

[91] Ma collègue la juge Martin arrive à la conclusion que, lorsque le tribunal a autorisé la restitution de fonds saisis pour le paiement de frais juridiques raisonnables, une amende de remplacement ne devrait, « en général », pas être infligée, sous réserve de deux exceptions : « s’il s’avère que le contrevenant n’avait pas un véritable besoin financier ou que les fonds n’ont pas été utilisés pour atténuer ce besoin » (par. 8 et 10). Elle soutient que cette conclusion découle d’une combinaison des deux « objets secondaires » visés par la disposition sur la restitution — fournir l’accès aux services d’un avocat et accorder une importance suffisante à la présomption d’innocence — ainsi que de l’intention sous-jacente du législateur d’assurer l’équité dans les poursuites criminelles (par. 9 et 38). Ces objectifs, selon elle, « viennent restreindre la poursuite de l’objectif premier » consistant à s’assurer que le crime ne paie pas (par. 49).

[92] En toute déférence, je rejette cette approche. Dépouillée des subtilités juridiques sur lesquelles elle repose, l’approche de ma collègue envoie un message clair et sans équivoque : le crime paie bel et bien. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis qu’il n’est ni nécessaire, ni opportun de sacrifier l’objectif premier du régime légal consistant à s’assurer que le crime ne paie pas sur l’autel des « objets secondaires » invoqués par ma collègue. L’imposition d’une amende de remplacement au contrevenant qui s’est servi de produits de la criminalité pour payer sa propre défense permet d’atteindre l’objectif premier du régime de s’assurer que le crime ne paie pas; en outre, elle ne sape pas l’utilité de la disposition sur la restitution, soit de faciliter l’accès aux services d’un avocat de manière équitable et conforme à la

this way, *all* of the statutory scheme's objectives can be achieved.

[93] However, there is in my view an important exception to the general rule that a fine in lieu should be imposed where an offender has used proceeds of crime to pay for his or her own defence. Where a sentencing judge is satisfied, applying the test set out in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), that representation by counsel was essential to the offender's constitutional right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the judge should exercise his or her limited discretion not to impose a fine in lieu in respect of the released funds. This interpretation gives proper effect to Parliament's objective of ensuring an effective forfeiture regime while still vindicating the constitutionally protected right to counsel, and more particularly, the constitutional right to state-funded counsel in limited circumstances.

[94] In this instance, the sentencing judge did not consider whether representation by counsel was essential to Mr. Rafilovich's constitutional right to a fair trial before exercising her limited discretion not to impose a fine in lieu. As the record before this Court is insufficient to decide this issue, I would remit the case to the sentencing judge for determination.

## II. Background

[95] My colleague has set out the relevant facts and judicial history, and I see no need to duplicate her work.

## III. Issue

[96] The issue on appeal centres on the relationship between the restoration provision and the fine in lieu provision in Part XII.2: under what circumstances, if any, should a fine in lieu be imposed in respect of

présomption d'innocence. De cette façon, *tous* les objectifs du régime légal peuvent être réalisés.

[93] J'estime toutefois qu'il y a une exception importante à la règle générale voulant qu'une amende de remplacement soit imposée au contrevenant qui s'est servi de produits de la criminalité pour payer sa propre défense. Lorsque le juge chargé de déterminer la peine est convaincu, en appliquant le test énoncé dans l'arrêt *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), que la représentation du contrevenant par avocat est essentielle pour assurer le respect de son droit constitutionnel à un procès équitable garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'infliger une amende de remplacement à l'égard des fonds restitués. Cette interprétation donne l'effet voulu à l'objectif du législateur d'assurer l'efficacité du régime de confiscation tout en respectant le droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat et, plus particulièrement, le droit constitutionnel aux services d'un avocat rémunéré par l'État dans quelques situations.

[94] En l'espèce, la juge chargée de déterminer la peine ne s'est pas demandé si le fait pour M. Rafilovich d'être représenté par avocat était essentiel pour assurer le respect de son droit constitutionnel à un procès équitable avant de refuser de lui infliger une amende de remplacement en vertu de son pouvoir discrétionnaire limité. Étant donné que le dossier soumis à la Cour n'est pas suffisamment étoffé pour nous permettre de trancher cette question, je renverrais l'affaire à la juge chargée de déterminer la peine pour qu'elle rende une nouvelle décision.

## II. Contexte

[95] Ma collègue a exposé les faits pertinents et l'historique judiciaire, et je ne vois pas la nécessité de répéter son travail.

## III. Question en litige

[96] La question à trancher dans le présent pourvoi est axée sur le lien qui unit la disposition sur la restitution et celle concernant l'amende de remplacement qui figurent à la partie XII.2 : dans quelles

seized funds that have been released to an accused to pay for reasonable legal expenses but later determined to be proceeds of crime?

#### IV. Analysis

##### A. *Statutory Interpretation — The Modern Approach*

[97] The issue on appeal is one of statutory interpretation. Accordingly, the analysis is to be guided by the modern approach to statutory interpretation: “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26).

##### B. *Overview of the Part XII.2 Regime*

###### (1) Overall Objective

[98] As this Court stated in *Lavigne*, the overall objective of the proceeds of crime regime under Part XII.2 is two-fold: (1) to deprive offenders and criminal organizations of the proceeds of crime; and (2) to deter them from committing crimes in the future (see paras. 16, 28, and 36). Stated succinctly, this regime seeks to ensure that crime does not pay (see *Lavigne*, at para. 10; *Laroche*, at para. 25).

###### (2) “Property” and “Proceeds of Crime” — Sections 2 and 462.3(1)

[99] “[P]roceeds of crime” is defined in s. 462.3(1) as “any property, benefit or advantage” obtained or derived directly or indirectly as a result of the commission of a “designated offence”, which includes any federal indictable offence. “[P]roperty” is defined in s. 2 as including “real and personal property of every description”, as well as “property originally in the possession or under the control of

circonstances, le cas échéant, une amende de remplacement devrait-elle être infligée à l’égard des fonds saisis qui ont été restitués à un accusé pour lui permettre de payer ses frais juridiques raisonnables mais dont il est plus tard conclu qu’il s’agit de produits de la criminalité?

#### IV. Analyse

##### A. *Interprétation législative — la méthode moderne*

[97] La question à trancher en l’espèce en est une d’interprétation législative. En conséquence, l’analyse doit être guidée par la méthode moderne d’interprétation législative : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26).

##### B. *Aperçu du régime de la partie XII.2*

###### (1) Objectif général

[98] Ainsi que la Cour l’a mentionné dans l’arrêt *Lavigne*, le régime des produits de la criminalité prévu à la partie XII.2 poursuit un double objectif général : (1) priver les contrevenants et les organisations criminelles des produits de leurs crimes et (2) les dissuader de perpétrer d’autres infractions (voir par. 16, 28 et 36). En résumé, ce régime vise à garantir que le crime ne paie pas (voir *Lavigne*, par. 10; *Laroche*, par. 25).

###### (2) « Biens » et « produits de la criminalité » — art. 2 et par. 462.3(1)

[99] Selon le par. 462.3(1), les « produits de la criminalité » s’entendent d’un « [b]ien, bénéfique ou avantage » qui est obtenu ou qui provient, directement ou indirectement, de la perpétration d’une « infraction désignée », ce qui comprend toute infraction punissable par mise en accusation sous le régime d’une loi fédérale. Suivant la définition énoncée à l’art. 2, le mot « biens » englobe les « biens meubles

any person, and any property into or for which it has been converted or exchanged and anything acquired at any time by the conversion or exchange”. As these definitions demonstrate, the proceeds of crime provisions apply to “the widest possible range of property” (*Lavigne*, at para. 15).

(3) The Seizure Provision — Section 462.32

[100] Section 462.32(1) and (4) permit the state to seize and detain property believed on reasonable grounds to be proceeds of crime. Like a restraint order (see *Laroche*, at para. 55), a warrant authorizing seizure and detention preserves the property and facilitates the enforcement of any future forfeiture order. In doing so, it furthers the objective of depriving offenders and criminal organizations of the proceeds of crime.

(4) The Restoration Provision — Section 462.34(4)

[101] Parliament recognized, however, that the seizure and detention of property that is reasonably believed, though not yet proven, to be proceeds of crime may have a significant financial impact on accused persons, including by limiting their ability to access counsel. To address this concern, s. 462.34 permits any person with an interest in the property, including accused persons, to apply for a “restoration order” authorizing the release of seized property to pay for various expenses — one being reasonable legal expenses — where they have no other means available and no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property:

**Application for review of special warrants and restraint orders**

**462.34 (1)** Any person who has an interest in property that was seized under a warrant issued pursuant to

et immeubles de tous genres », ainsi que « des biens originairement en la possession ou sous le contrôle d’une personne, et tous biens en lesquels ou contre lesquels ils ont été convertis ou échangés et tout ce qui a été acquis au moyen de cette conversion ou de cet échange ». Comme le montrent ces définitions, les dispositions sur les produits de la criminalité s’appliquent à « la plus vaste gamme possible de biens » (*Lavigne*, par. 15).

(3) La disposition sur la saisie — art. 462.32

[100] Les paragraphes 462.32(1) et (4) permettent à l’État de saisir et de retenir des biens que l’on croit, pour des motifs raisonnables, être des produits de la criminalité. À l’instar de l’ordonnance de blocage (voir *Laroche*, par. 55), le mandat autorisant la saisie et la rétention garantit la préservation des biens et facilite la mise à exécution d’éventuelles ordonnances de confiscation. Ce faisant, il favorise la réalisation de l’objectif consistant à priver les contrevenants et les organisations criminelles des produits de leurs crimes.

(4) La disposition sur la restitution — par. 462.34(4)

[101] Le législateur a reconnu toutefois que la saisie et la rétention des biens dont on croit pour des motifs raisonnables, mais dont on n’a pas encore prouvé, qu’il s’agit de produits de la criminalité pouvaient avoir d’importantes répercussions financières sur les accusés, notamment en limitant leur capacité d’avoir accès à l’assistance d’un avocat. Afin de répondre à cette préoccupation, l’art. 462.34 permet au détenteur d’un droit sur le bien saisi, y compris un accusé, de solliciter une « ordonnance de restitution » autorisant la mainlevée de la saisie afin d’utiliser les biens saisis pour payer différentes dépenses — dont des frais juridiques raisonnables — lorsqu’il ne possède pas d’autres moyens de le faire et que personne d’autre ne semble être le propriétaire légitime des biens ou avoir droit à leur possession légitime :

**Demande de révision**

**462.34 (1)** Le détenteur d’un droit sur un bien saisi en vertu d’un mandat délivré sous le régime de l’article 462.32

section 462.32 or in respect of which a restraint order was made under subsection 462.33(3) may, at any time, apply to a judge

- (a) for an order under subsection (4); or
- (b) for permission to examine the property.

...

#### **Order of restoration of property or revocation or variation of order**

(4) On an application made to a judge under paragraph (1)(a) in respect of any property and after hearing the applicant and the Attorney General and any other person to whom notice was given pursuant to paragraph (2)(b), the judge may order that the property or a part thereof be returned to the applicant or, in the case of a restraint order made under subsection 462.33(3), revoke the order, vary the order to exclude the property or any interest in the property or part thereof from the application of the order or make the order subject to such reasonable conditions as the judge thinks fit,

...

- (c) for the purpose of
  - (i) meeting the reasonable living expenses of the person who was in possession of the property at the time the warrant was executed or the order was made or any person who, in the opinion of the judge, has a valid interest in the property and of the dependants of that person,
  - (ii) meeting the reasonable business and legal expenses of a person referred to in subparagraph (i), or
  - (iii) permitting the use of the property in order to enter into a recognizance under Part XVI,

if the judge is satisfied that the applicant has no other assets or means available for the purposes set out in this paragraph and that no other person appears to be the lawful owner of or lawfully entitled to possession of the property.

ou d'un bien visé par une ordonnance de blocage rendue sous le régime du paragraphe 462.33(3) peut en tout temps demander à un juge de rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (4) ou de lui accorder l'autorisation d'examiner le bien.

...

#### **Restitution ou modification de l'ordonnance de blocage**

(4) Le juge saisi d'une demande d'ordonnance présentée en vertu du paragraphe (1) peut, après avoir entendu le demandeur, le procureur général et, éventuellement, les personnes à qui le préavis mentionné au paragraphe (2) a été remis, ordonner que les biens soient restitués en tout ou en partie au demandeur, annuler ou modifier l'ordonnance de blocage rendue en vertu du paragraphe 462.33(3) de façon à soustraire, en totalité ou en partie, ces biens ou un droit sur ceux-ci à son application, selon le cas, ou rendre l'ordonnance de blocage sujette aux conditions qu'il estime indiquées dans les cas suivants :

...

- c) afin de permettre :
  - (i) au détenteur des biens bloqués ou saisis — ou à toute autre personne qui, de l'avis du juge, a un droit valable sur ces biens — de prélever, sur les biens ou certains de ceux-ci, les sommes raisonnables pour ses dépenses courantes et celles des personnes à sa charge,
  - (ii) à l'une des personnes mentionnées au sous-alinéa (i) de faire face à ses dépenses commerciales courantes et de payer ses frais juridiques dans la mesure où ces dépenses et frais sont raisonnables,
  - (iii) à une personne d'utiliser ces biens pour contracter un engagement sous le régime de la partie XVI,

lorsque le juge est convaincu que l'auteur de la demande ne possède pas d'autres biens ou moyens pour ce faire et que nulle autre personne ne semble être le propriétaire légitime de ces biens ou avoir droit à leur possession légitime.

[102] In creating this provision, Parliament struck a balance between ensuring an effective forfeiture regime and permitting otherwise impecunious accused persons to access funds for certain purposes. More particularly, as the Minister of Justice explained when the bill that would later become Part XII.2 was introduced, “[t]he legislation has balanced an effective forfeiture mechanism with the constitutionally protected right to counsel in a manner that is characteristic of the Government’s approach to criminal matters and avoids the criticisms that have been levied at similar American legislation in this area” (House of Commons, *Debates*, vol. 14, 2nd Sess., 33rd Parl., July 7, 1988, at p. 17258). The “criticisms . . . levied at similar American legislation” refer to the fact that, at the time the bill was introduced, accused persons in the United States could not use seized funds to pay for legal fees under any circumstances (see R. W. Hubbard et al., *Money Laundering and Proceeds of Crime* (2004), at pp. 118-20; *United States v. Monsanto*, 491 U.S. 600 (1989)).

(5) The Forfeiture Provision — Section 462.37(1)

[103] Under s. 462.37(1), a court must, when sentencing<sup>7</sup> an offender for a designated offence, order the forfeiture of property determined to be proceeds of crime obtained through the commission of the designated offence. Alternatively, if the court is not satisfied that the property was obtained through the commission of the designated offence, but it is satisfied beyond a reasonable doubt that the property is proceeds of crime, then the court may order its forfeiture pursuant to s. 462.37(2).

(6) The Fine in Lieu Provision — Section 462.37(3)

[104] Where a court is satisfied that a forfeiture order should be made under s. 462.37(1) in respect

<sup>7</sup> A conviction is not a prerequisite to a forfeiture order, as such an order may also follow a discharge under s. 730.

[102] En adoptant cette disposition, le législateur a établi un équilibre entre la nécessité d’assurer un régime de confiscation efficace et celle de permettre aux accusés par ailleurs impecunieux d’avoir accès à des fonds à certaines fins. Plus précisément, ainsi que l’a expliqué le ministre de la Justice lors du dépôt du projet de loi qui deviendra plus tard la partie XII.2, « [l]’équilibre qu’on a pris soin d’apporter entre cette procédure de confiscation et le droit constitutionnel aux services d’un avocat est typique de la politique du gouvernement actuel qui ne tient pas à s’exposer aux critiques que des mesures analogues ont soulevées aux États-Unis » (Chambre des communes, *Débats*, vol. 14, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 7 juillet 1988, p. 17258). Les mots « critiques que des mesures analogues ont soulevées aux États-Unis » renvoient au fait qu’à l’époque où le projet de loi a été déposé, il était interdit aux accusés, aux États-Unis, d’utiliser des fonds saisis pour payer leurs frais juridiques, quelles que soient les circonstances (voir R. W. Hubbard et al., *Money Laundering and Proceeds of Crime* (2004), p. 118-120; *United States c. Monsanto*, 491 U.S. 600 (1989)).

(5) La disposition sur la confiscation — par. 462.37(1)

[103] Selon le par. 462.37(1), le tribunal doit, lorsqu’il détermine la peine<sup>7</sup> à infliger au contrevenant reconnu coupable d’une infraction désignée, ordonner la confiscation des biens dont on a établi qu’ils constituent des produits de la criminalité obtenus par la perpétration de cette infraction désignée. Subsidiairement, si le tribunal n’est pas convaincu que les biens ont été obtenus par la perpétration de l’infraction désignée en question, mais qu’il est convaincu, hors de tout doute raisonnable, qu’il s’agit de produits de la criminalité, il peut alors en ordonner la confiscation en vertu du par. 462.37(2).

(6) La disposition sur l’amende de remplacement — par. 462.37(3)

[104] Lorsque le tribunal est convaincu qu’une ordonnance de confiscation devrait être rendue en

<sup>7</sup> Une déclaration de culpabilité n’est pas une condition préalable au prononcé d’une ordonnance de confiscation, laquelle peut également être rendue après qu’une absolution ait été prononcée en vertu de l’art. 730.

of any “property of an offender”, but the property (or any part of or interest in the property) cannot be made subject to such an order, the court “may” order a fine in lieu under s. 462.37(3):

### Fine instead of forfeiture

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

- (a) cannot, on the exercise of due diligence, be located;
- (b) has been transferred to a third party;
- (c) is located outside Canada;
- (d) has been substantially diminished in value or rendered worthless; or
- (e) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty.

[105] This provision was considered in *Lavigne*, which examined whether an offender’s inability to pay a fine could be used as a basis for declining to impose a fine in lieu. Justice Deschamps, writing for a unanimous Court, stated that a fine in lieu “is not regarded as punishment specifically for the designated offence”; rather, “its purpose is to replace the proceeds of crime” (para. 25; see also *R. v. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216, at para. 88; *R. v. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575, at para. 39).

[106] Justice Deschamps clarified that although s. 462.37(3) provides that the court “may” order a fine in lieu, this permissive language does not confer

vertu du par. 462.37(1) à l’égard d’« un bien [. . .] d’un contrevenant », mais que le bien (ou une partie du bien ou un droit sur celui-ci) ne peut pas faire l’objet d’une telle ordonnance, il « peut », en vertu du par. 462.37(3), infliger une amende en remplacement de celle-ci :

### Amende

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

- a) impossibilité, malgré des efforts en ce sens, de retrouver le bien;
- b) remise à un tiers;
- c) situation du bien à l’extérieur du Canada;
- d) diminution importante de valeur;
- e) fusion avec un autre bien qu’il est par ailleurs difficile de diviser.

[105] Cette disposition a été examinée dans l’arrêt *Lavigne*, où notre Cour s’est demandé si l’incapacité du contrevenant de payer une amende pouvait constituer un motif valable pour refuser d’infliger une amende de remplacement. Dans un jugement unanime, la juge Deschamps a affirmé, au nom de la Cour, que l’amende de remplacement « n’est pas considérée comme la punition prévue spécifiquement pour l’infraction désignée »; « elle vise [plutôt] à remplacer le produit du crime » (par. 25; voir également *R. c. Dieckmann*, 2017 ONCA 575, 355 C.C.C. (3d) 216, par. 88; *R. c. Angelis*, 2016 ONCA 675, 133 O.R. (3d) 575, par. 39).

[106] La juge Deschamps a précisé que même si le par. 462.37(3) prévoit que le tribunal « peut » infliger une amende de remplacement, cette formulation

a broad discretion not to do so. Rather, the discretion is “limited” (paras. 1, 23, 27, 29, 34, and 44). In particular, it is limited by “the objective of the provision, the nature of the order and the circumstances in which the order is made” and must be exercised in a manner “consistent with the spirit of the whole of the provisions in question” (paras. 27-28).

[107] These considerations led Deschamps J. to conclude that an offender’s inability to pay cannot be taken into account when deciding whether to impose a fine (see paras. 1, 37, and 48).<sup>8</sup> Further, the mere fact that property has been used cannot justify a refusal to impose a fine (see para. 32). Nor does the provision leave any room to reduce the value of a fine; rather, the quantum is fixed at the value of the property (or the part of or interest in the property, as applicable) (see paras. 34-35).

[108] That said, Deschamps J. acknowledged that there may be cases where the objectives of Part XII.2 do not call for the imposition of a fine. An example would be “if the offender did not profit from the crime and if it was an isolated crime committed by an offender acting alone” (para. 28). In that case, “none of the objectives [of Part XII.2] would be furthered or frustrated by a decision not to impose a fine instead of forfeiture” (*ibid.*). Justice Deschamps did not expressly consider whether the objectives of Part XII.2 would call for the imposition of a fine in lieu where seized funds that have been released to pay for reasonable legal expenses are later determined to be proceeds of crime.

(7) The Default Provision — Section 462.37(4)

[109] If a fine in lieu is imposed, but the offender defaults on payment, then the court must order a term of imprisonment, which varies based on the amount owing (s. 462.37(4)(a)). This term of

<sup>8</sup> It can, however, be taken into account when determining how much time an offender should be given to pay the fine (see paras. 47-48).

optionnelle ne confère pas un large pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire. Le pouvoir discrétionnaire en question est plutôt « limité » (par. 1, 23, 27, 29, 34 et 44). Plus précisément, il est limité par « l’objectif de la disposition, par la nature de l’ordonnance et par les circonstances dans lesquelles celle-ci doit être rendue » et il doit être exercé d’une manière qui est « conforme à l’esprit de l’ensemble des dispositions concernées » (par. 27-28).

[107] Ces facteurs ont amené la juge Deschamps à conclure que l’incapacité de payer du contrevenant ne peut être prise en considération dans la décision d’infliger ou non l’amende (voir par. 1, 37 et 48)<sup>8</sup>. De plus, le simple fait que le bien a été utilisé ne peut justifier le refus d’infliger une amende (voir par. 32). La disposition ne permet pas non plus de diminuer le montant de l’amende, laquelle est égale à la valeur du bien (ou de la partie du bien ou du droit sur celui-ci, selon le cas) (voir par. 34-35).

[108] Cela dit, la juge Deschamps a reconnu qu’il peut y avoir des cas où la poursuite des objectifs de la partie XII.2 ne requiert pas l’infliction d’une amende. Il en serait ainsi, par exemple, « si le contrevenant n’a pas bénéficié du crime et s’il s’agit d’un crime isolé commis par un contrevenant agissant seul » (par. 28). Dans ce cas, « aucun des objectifs [de la partie XII.2] ne serait servi ou contrecarré par le refus d’infliger une amende de remplacement » (*ibid.*). La juge Deschamps ne s’est pas penchée sur la question de savoir si la poursuite des objectifs de la partie XII.2 nécessiterait l’infliction d’une amende de remplacement dans l’éventualité où les fonds saisis, dont on a jugé par la suite qu’ils constituaient des produits de la criminalité, seraient restitués pour permettre le paiement de frais juridiques raisonnables.

(7) La disposition sur le défaut de paiement — par. 462.37(4)

[109] Si une amende de remplacement est infligée, mais que le contrevenant ne la paie pas, le tribunal devra lui imposer une peine d’emprisonnement dont la durée varie en fonction du montant de l’amende

<sup>8</sup> Elle peut toutefois être prise en compte dans la détermination du délai accordé au contrevenant pour payer l’amende (voir par. 47-48).

imprisonment must be served consecutively to any other term of imprisonment imposed on the offender (s. 462.37(4)(b)).

[110] A term of imprisonment imposed for defaulting on a fine in lieu is not regarded as a punishment for the designated offence, but rather as an enforcement mechanism to encourage payment by those who have the resources (see *Angelis*, at para. 50, citing *R. v. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94, at paras. 55-56; *R. v. Bourque* (2005), 193 C.C.C. (3d) 485 (Ont. C.A.), at para. 20).

[111] Pursuant to this Court’s decision in *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530, a warrant of committal cannot be issued for a default on a fine if the offender has a genuine inability to pay (paras. 3 and 60-66; see also *Lavigne*, at para. 47). Thus, only an offender who has the means to pay, but refuses to do so in the time allotted (which is determined by reference to “what is reasonable in all the circumstances” (*Wu*, at para. 31)), can be imprisoned.

### C. *The Relationship Between the Restoration Provision and the Fine in Lieu Provision*

[112] The parties take different views of the relationship between the restoration provision and the fine in lieu provision. Mr. Rafilovich submits that where the court has authorized the release of seized funds to pay for reasonable legal expenses, those funds are presumptively exempt from a fine in lieu. He further submits that this presumption can be rebutted only where there has been a material change in circumstances between the release of the funds and sentencing (e.g., an unforeseen enrichment or new evidence of a fraud on the court). The Crown, by contrast, submits that the release of funds is of no moment from a sentencing perspective: the funds should generally be subject to a fine in lieu, subject only to a limited discretion.

(al. 462.37(4)a)). Cette peine d’emprisonnement doit être purgée consécutivement à toute autre peine d’emprisonnement infligée au contrevenant (al. 462.37(4)b)).

[110] La peine d’emprisonnement infligée pour défaut de paiement d’une amende n’est pas considérée comme une sanction pour l’infraction désignée, mais plutôt comme un mécanisme d’exécution visant à inciter les contrevenants qui en ont les moyens à payer l’amende (voir *Angelis*, par. 50, citant *R. c. Khatchatourov*, 2014 ONCA 464, 313 C.C.C. (3d) 94, par. 55-56; *R. c. Bourque* (2005), 193 C.C.C. (3d) 485 (C.A. Ont.), par. 20).

[111] Suivant l’arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530, un mandat d’incarcération pour défaut de paiement d’une amende ne peut être délivré lorsque le contrevenant est effectivement incapable de la payer (par. 3 et 60-66; voir également *Lavigne*, par. 47). En conséquence, seul le contrevenant qui a les moyens de payer l’amende, mais qui refuse de le faire dans le délai imparti (lequel est établi « selon ce qui est raisonnable eu égard à toutes les circonstances » (*Wu*, par. 31)), peut être incarcéré.

### C. *Rapport entre la disposition sur la restitution et celle sur l’amende de remplacement*

[112] Les parties interprètent différemment le rapport qui existe entre la disposition sur la restitution et celle concernant l’amende de remplacement. Monsieur Rafilovich soutient que, lorsque le tribunal a autorisé la restitution des fonds saisis pour le paiement de frais juridiques raisonnables, ces fonds sont réputés ne pas pouvoir faire l’objet d’une amende de remplacement. Il ajoute que cette présomption ne peut être réfutée que lorsqu’un changement important de situation survient entre la restitution des fonds et la détermination de la peine (p. ex., un enrichissement imprévu ou la présentation de nouveaux éléments de preuve établissant une fraude envers le tribunal). Pour sa part, le ministère public fait valoir que la restitution des fonds n’est envisagée à aucun moment sous l’angle de la détermination de la peine : les fonds devraient généralement pouvoir faire l’objet d’une amende de remplacement, sous réserve uniquement de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire limité.

[113] My colleague’s conclusion aligns with Mr. Rafilovich’s position. She concludes that where a court has authorized the release of seized funds to pay for reasonable legal expenses, a fine in lieu should not “generally” be imposed, subject to two exceptions: “where it turns out that the offender did not have a real financial need or the funds were not used to alleviate that need” (paras. 8 and 10).

[114] With respect, I would adopt a distinct approach. For reasons that follow, I conclude that offenders who have used proceeds of crime to pay for their own defence, thereby deriving a benefit from their crime, should generally be required to repay that benefit through a fine in lieu. This follows from a straightforward application of the primary objective of the proceeds of crime regime — namely, ensuring that crime does not pay. However, where a sentencing judge is satisfied that representation by counsel was essential to the offender’s constitutional right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, the judge should exercise his or her limited discretion not to impose a fine in lieu in respect of the released funds.

- (1) Released Funds Transferred to a Lawyer Are “Property of an Offender” Under Section 462.37(3)

[115] As indicated, s. 462.37(3) provides that a fine in lieu may be imposed in respect of any “property of an offender” that would ordinarily be made subject to a forfeiture order but cannot. In *R. v. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134, the Newfoundland and Labrador Court of Appeal concluded that where seized funds are transferred to a lawyer pursuant to a restoration order, they lose their character as “property of an offender” and therefore cannot be subject to a fine in lieu (see para. 65).

[113] La conclusion de ma collègue s’accorde avec la position de M. Rafilovich. Elle conclut que, lorsque le tribunal a autorisé la restitution de fonds saisis pour le paiement de frais juridiques raisonnables, une amende de remplacement ne devrait, « en général », pas être infligée, sous réserve de deux exceptions : « s’il s’avère que le contrevenant n’avait pas un véritable besoin financier ou que les fonds n’ont pas été utilisés pour atténuer ce besoin » (par. 8 et 10).

[114] En toute déférence, je préconise un raisonnement différent. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les contrevenants qui se sont servis de produits de la criminalité pour payer leur propre défense et, de ce fait, tiré profit de leur crime devraient généralement être tenus de rembourser ce profit au moyen d’une amende de remplacement. Cette mesure découle d’une simple application de l’objectif premier du régime des produits de la criminalité, à savoir garantir que le crime ne paie pas. Cependant, lorsque le juge chargé de déterminer la peine est convaincu que le fait d’être représenté par avocat était essentiel pour assurer le respect du droit constitutionnel du contrevenant à un procès équitable garanti par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire limité de refuser d’infliger une amende de remplacement à l’égard des fonds restitués.

- (1) Les fonds restitués qui sont remis à un avocat constituent un « bien [. . .] d’un contrevenant » visé par le par. 462.37(3)

[115] Comme je l’ai déjà indiqué, le par. 462.37(3) prévoit qu’une amende de remplacement peut être infligée à l’égard « d’un bien [. . .] d’un contrevenant » qui serait habituellement visé par une ordonnance de confiscation, mais qui ne peut faire l’objet d’une telle ordonnance. Dans l’arrêt *R. c. Appleby*, 2009 NLCA 6, 282 Nfld. & P.E.I.R. 134, la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a conclu que, lorsque les fonds saisis sont remis à un avocat en application d’une ordonnance de restitution, ils cessent de constituer un « bien [. . .] d’un contrevenant » et, par conséquent, ils ne peuvent faire l’objet d’une amende de remplacement (voir par. 65).

[116] With respect, I cannot agree. The definition of “property” in s. 2 includes “property originally in the possession or under the control of any person”. By virtue of this broad definition, seized funds that have been released to an offender, but then subsequently transferred to a lawyer, are still “property of an offender” because they were “originally” in the offender’s possession or control.

[117] This conclusion finds support in the jurisprudence. Courts have interpreted “property of an offender” under s. 462.37(3) as requiring that, *at some point*, the offender must have had possession or control of the property (see P. M. German, *Proceeds of Crime and Money Laundering* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at § 9.6(a.2); see, e.g., *R. v. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193, at para. 24). It is also consistent with this Court’s observation in *Lavigne* that the proceeds of crime provisions apply to “the widest possible range of property” (para. 15).

[118] This conclusion also finds support in academic commentary. As the authors of *Drug Offences in Canada* write:

Property of an offender that has been seized or restrained is the offender’s property until it is ordered forfeited. If an offender brings an application under s. 462.34, a judge may order that all or part of the seized property be “returned” to the applicant, or may vary or revoke the restraint order, for the purpose of paying his or her reasonable legal expenses (s. 462.34(4)(c)). The funds remain the property of the offender, even after they are released for that purpose.

(B. A. MacFarlane, R. J. Frater and C. Michaelson, *Drug Offences in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at § 14:180.40.120)

[119] Further, to accept that a transfer to a third party strips the property of its status as “property of an offender”, thereby placing it beyond the reach of the proceeds of crime regime, would be to ignore that the act of transferring the property to a third

[116] Avec égards, je ne peux être de cet avis. La définition de « biens » énoncée à l’art. 2 englobe des « biens originaires en la possession ou sous le contrôle d’une personne ». Suivant cette large définition, les fonds saisis qui ont été restitués à un contrevenant, mais subséquentement remis à un avocat constituent toujours « un bien [. . .] d’un contrevenant », parce qu’ils étaient « originaires » en la possession ou sous le contrôle du contrevenant.

[117] Cette conclusion trouve appui dans la jurisprudence. Les tribunaux ont interprété les mots « bien [. . .] d’un contrevenant » qui figurent au par. 462.37(3) comme exigeant que, à *un moment donné*, le bien ait été en la possession ou sous le contrôle du contrevenant (voir P. M. German, *Proceeds of Crime and Money Laundering* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, § 9.6(a.2); voir, p. ex., *R. c. Dwyer*, 2013 ONCA 34, 296 C.C.C. (3d) 193, par. 24). Elle est par ailleurs conforme aux propos tenus par la Cour dans l’arrêt *Lavigne* selon lesquels les dispositions sur les produits de la criminalité s’appliquent à « la plus vaste gamme possible de biens » (par. 15).

[118] Cette conclusion trouve également appui dans la doctrine. Ainsi que l’expliquent les auteurs de l’ouvrage *Drug Offences in Canada* :

[TRADUCTION] Les biens du contrevenant qui ont été saisis ou bloqués continuent d’appartenir à ce dernier jusqu’à ce qu’ils soient confisqués par ordonnance. Le juge saisi d’une demande présentée par le contrevenant en vertu de l’art. 462.34 peut ordonner que les biens saisis lui soient restitués, en tout ou en partie, ou encore modifier ou révoquer l’ordonnance de blocage, afin de lui permettre de payer ses frais juridiques raisonnables (al. 462.34(4)c)). Les fonds demeurent la propriété du contrevenant, même après qu’ils lui ont été restitués à cette fin.

(B. A. MacFarlane, R. J. Frater et C. Michaelson, *Drug Offences in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), § 14:180.40.120)

[119] Qui plus est, accepter que le bien remis à un tiers cesse d’être un « bien [. . .] d’un contrevenant » et se trouve ainsi soustrait à l’application du régime des produits de la criminalité reviendrait à ignorer que la remise du bien à un tiers constitue la raison

party is the very rationale for imposing a fine in lieu in the first place (s. 462.37(3)(b)). This reasoning would transform a rationale for imposing a fine into a rationale for *not* imposing a fine, contrary to this Court's statement in *Lavigne* that courts "cannot transform circumstances in which a fine may be ordered instead of forfeiture into circumstances that justify not imposing a fine" (para. 24). More pointedly, it would make it impossible to impose a fine in lieu where the offender has transferred the property to a third party, thereby blowing a hole in the forfeiture regime and undermining its effectiveness.

[120] In addition, that proceeds of crime have been released to an offender pursuant to a court order does nothing to change the fact that the property was "obtained or derived directly or indirectly as a result of" the commission of a designated offence. As such, the property retains its character as "proceeds of crime" under s. 462.3(1).

[121] For these reasons, I conclude that seized funds that have been released to an offender and then transferred to a lawyer remain "property of an offender" for purposes of s. 462.37(3).

(2) A Transfer of Released Funds to a Lawyer Is a "Transfe[r] to a Third Party" Under Section 462.37(3)(b)

[122] A further issue is whether a judicially authorized transfer of released funds to a lawyer is a "transfe[r] to a third party" under s. 462.37(3)(b). As I will explain, it clearly is.

[123] Section 462.37(3) provides that where a court is satisfied that a forfeiture order should be made, but the property "cannot be made subject to an order [of forfeiture]", it may impose a fine in lieu. This language, which is followed by a non-exhaustive list of example circumstances where property "cannot be made subject to an order [of forfeiture]" (see *Lavigne*, at para. 24), is broad. As one author points out, it "does not distinguish between

d'être de l'infliction d'une amende de remplacement au départ (al. 462.37(3)b)). Ce raisonnement transformerait la raison de condamner le contrevenant à une amende en une raison de ne *pas* lui infliger cette même amende, contrairement à l'affirmation de notre Cour, dans l'arrêt *Lavigne*, que les tribunaux ne peuvent « transformer des circonstances donnant ouverture à l'ordonnance de remplacement en circonstances justifiant de ne pas infliger l'amende » (par. 24). Plus précisément, ce raisonnement ne permettrait pas d'infliger une amende de remplacement lorsque le contrevenant a remis le bien à un tiers, ce qui créerait une brèche dans le régime de confiscation et en diminuerait l'efficacité.

[120] De plus, même si les produits de la criminalité ont été restitués au contrevenant conformément à une ordonnance judiciaire, il n'en demeure pas moins que les biens en question ont été « obtenu[s] ou [. . .] provien[nent], [. . .] directement ou indirectement », de la perpétration d'une infraction désignée. Par conséquent, ils demeurent des « produits de la criminalité » au sens du par. 462.3(1).

[121] Pour ces motifs, je conclus que les fonds saisis qui ont été restitués à un contrevenant, puis remis à un avocat demeurent un « bien [. . .] d'un contrevenant » pour l'application du par. 462.37(3).

(2) La remise à un avocat de fonds restitués à un contrevenant constitue une « remise à un tiers » aux termes de l'al. 462.37(3)b)

[122] Il faut aussi décider si la remise autorisée par voie judiciaire de fonds restitués à un avocat constitue une « remise à un tiers » aux termes de l'al. 462.37(3)b). Comme je vais l'expliquer, elle en constitue manifestement une.

[123] Le paragraphe 462.37(3) dispose que le tribunal qui est convaincu qu'une ordonnance de confiscation devrait être rendue à l'égard d'un bien, alors que celui-ci « ne peut pas faire l'objet d'une telle ordonnance », peut infliger une amende en remplacement de celle-ci. Cette formulation, qui est suivie d'une liste non exhaustive de circonstances dans lesquelles un bien « ne peut pas faire l'objet d'une [. . .] ordonnance [de confiscation] » (voir *Lavigne*,

innocent transfers and those intended to defeat forfeiture” (German, § 9.6(a.3) (footnote omitted)). In fact, two attempts were made to amend s. 462.37(3) during committee proceedings on Bill C-61, the legislation that introduced Part XII.2, to require that an offender must have wilfully attempted to avoid a forfeiture order before a fine in lieu may be imposed. But both proposed amendments were defeated (see House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61: An Act to amend the Criminal Code, the Food and Drugs Act and the Narcotic Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., June 1, 1988, at pp. 9:22-9:24; June 2, 1988, at pp. 10:17-10:18).

[124] Section 462.37(3)(b) contemplates the imposition of a fine in lieu where any property that would otherwise be subject to forfeiture “has been transferred to a third party”. Parliament could have limited the class of transfers caught by this provision. For example, it could have referred to situations in which the property “has been transferred to a third party, other than a lawyer” or to situations in which the property “has been transferred to a third party, except where authorized by court order under s. 462.34(4)(c)”, thereby creating a safe harbour for such transfers. But it did not. In the absence of any such limiting language, the grammatical and ordinary sense of “transfer” — to move a thing from one place to another — must prevail.

[125] The weight of appellate jurisprudence favours the conclusion that a judicially authorized transfer of released funds to a lawyer is a “transfe[r] to a third party” under s. 462.37(3)(b) and may give rise to a fine in lieu (see, e.g., *R. v. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645 (C.A.); *R. v. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26 (C.A.); *R. v. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45 (“*Smith*”). The only outlier is *Appleby*, which, for reasons I have already explained, is undermined by an erroneous interpretation of the words “property of an offender” in s. 462.37(3)(b).

par. 24), est vaste. Comme le souligne un auteur, cette disposition [TRADUCTION] « n’établit pas de distinction entre les remises faites de bonne foi et celles visant à contrecarrer la confiscation » (German, § 9.6(a.3) (note en bas de page omise)). En fait, on a par deux fois tenté de modifier le par. 462.37(3) au cours des travaux du comité parlementaire chargé du projet de loi C-61, qui a introduit la partie XII.2, afin d’exiger que le contrevenant ait délibérément tenté d’éviter une ordonnance de confiscation avant qu’une amende de remplacement puisse être infligée. Les deux amendements proposés ont toutefois été rejetés (voir Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants*, n° 1, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> juin 1988, p. 9:22-9:24; 2 juin 1988, p. 10:17-10:18).

[124] L’alinéa 462.37(3)(b) envisage la possibilité d’infliger une amende de remplacement en cas de « remise à un tiers » de tout bien qui aurait par ailleurs fait l’objet d’une confiscation. Le législateur aurait pu restreindre la catégorie de remises visées par cette disposition. Ainsi, il aurait pu viser les cas de « remise [du bien] à un tiers qui n’est pas avocat » ou les cas de « remise à un tiers, sauf si cette remise a été autorisée par ordonnance du tribunal en vertu de l’al. 462.34(4)c », de façon à protéger ces remises. Or, il ne l’a pas fait. À défaut de formulation restrictive de cette nature, c’est le sens grammatical et ordinaire du mot « remise » — action de remettre, de transférer quelque chose à quelqu’un — qu’il faut retenir.

[125] La jurisprudence dominante des cours d’appel appuie la conclusion selon laquelle la remise autorisée par voie judiciaire de fonds restitués à un avocat constitue une « remise à un tiers » visée à l’al. 462.37(3)(b) et peut donner lieu à l’infliction d’une amende de remplacement (voir, p. ex., *R. c. Wilson* (1993), 15 O.R. (3d) 645 (C.A.); *R. c. MacLean* (1996), 184 N.B.R. (2d) 26 (C.A.); *R. c. Smith*, 2008 SKCA 20, 307 Sask. R. 45 (« *Smith* »)). La seule exception est l’arrêt *Appleby*, dont la portée est affaiblie, comme je l’ai déjà expliqué, par une interprétation erronée des mots « bien [ . . . ] d’un contrevenant » à l’al. 462.37(3)(b).

[126] As for my colleague’s insistence that a judicially authorized transfer of released funds to a lawyer is not “thematically analogous” to any of the examples listed in s. 462.37(3) because it bears the court’s stamp of approval (paras. 72-73), this reasoning must be rejected. The consistent “theme” running through these examples is that the property cannot be made subject to a forfeiture order (see *Lavigne*, at paras. 23 and 32). It is that simple. A judicially authorized transfer of released funds to a lawyer — a third party — fits comfortably within this “theme”, as a court has no ability to reach into the pockets of a lawyer who lawfully came into possession of the funds. This is consistent with s. 462.34(7), which shields third parties who come into possession of released property from being charged with certain proceeds of crime offences.

[127] In my view, the mere fact that a court has given its blessing to the release of seized funds to pay for reasonable legal expenses does not offer a sound basis for declining to impose a fine in lieu. This view is shared by the authors of *Drug Offences in Canada*, who write: “[i]t strains the meaning of ss. 462.34 and 462.37(3)(b) to suggest that, just because the transfer has occurred with the imprimatur of a judicial official, a fine in lieu of forfeiture cannot be ordered” (MacFarlane, Frater and Michaelson, at § 14:180.40.120).

[128] In sum, I conclude that a judicially authorized transfer of released funds to a lawyer is a “transfe[r] to a third party” under s. 462.37(3)(b). As such, a sentencing judge may impose a fine in lieu in respect of such funds. But this conclusion does not end the analysis. While it opens the door to a fine in lieu, it will not always be appropriate for sentencing judges to walk through that door. In particular, as I will develop, the constitutionally protected right to state-funded counsel in limited circumstances may require otherwise.

[126] Et bien que ma collègue insiste pour dire que la remise autorisée par voie judiciaire de fonds restitués à un avocat ne relève pas d’un « sujet semblable » à ceux figurant dans la liste d’exemples du par. 462.37(3) parce qu’elle porte le sceau d’approbation du tribunal (par. 72-73), il faut rejeter ce raisonnement. Le « sujet » récurrent dans tous ces exemples est que le bien en question ne peut faire l’objet d’une ordonnance de confiscation (voir *Lavigne*, par. 23 et 32). C’est aussi simple que cela. Le fait de remettre, en application d’une ordonnance judiciaire, des fonds restitués à un avocat — qui est un tiers — s’inscrit fort bien dans ce « sujet », puisque le tribunal ne peut aucunement fouiller dans les poches d’un avocat ayant légitimement pris possession des fonds. Cela est conforme au par. 462.34(7), qui empêche les tiers prenant possession de biens restitués d’être accusés de certaines infractions relatives aux produits de la criminalité.

[127] À mon avis, le simple fait qu’un tribunal a donné sa bénédiction à la mainlevée de fonds saisis pour le paiement des frais juridiques raisonnables ne fournit pas une assise valable pour refuser d’imposer une amende de remplacement. Cet avis est partagé par les auteurs de l’ouvrage *Drug Offences in Canada* qui écrivent : [TRADUCTION] « [I]’affirmation selon laquelle le tribunal ne peut infliger une amende en remplacement de la confiscation pour la simple raison que la remise a reçu l’aval d’un officier de justice met à rude épreuve le sens de l’art. 462.34 et de l’al. 462.37(3)b » (MacFarlane, Frater et Michaelson, § 14:180.40.120).

[128] En résumé, je conclus que la remise autorisée par voie judiciaire de fonds restitués à un avocat constitue une « remise à un tiers » visée à l’al. 462.37(3)b). En conséquence, le juge chargé de déterminer la peine peut infliger une amende de remplacement à l’égard de ces fonds. Mais l’analyse ne s’arrête pas là. Bien que cette conclusion donne ouverture à l’infliction d’une amende de remplacement, il ne sera pas toujours indiqué que le juge chargé de déterminer la peine emprunte cette voie. En particulier, comme je l’explique plus loin, il se peut que le droit constitutionnel à l’assistance d’un avocat rémunéré par l’État commande une autre avenue.

(3) The Limited Discretion Not to Impose a Fine in Lieu

- (a) *The Discretion Not to Impose a Fine in Lieu Should Be Exercised Where Legal Representation Was Essential to the Offender's Right to a Fair Trial Under Sections 7 and 11(d) of the Charter*

[129] As indicated, s. 462.37(3) provides that where a sentencing judge is satisfied that a forfeiture order should be made in respect of any property of an offender, but the property cannot be made subject to such an order, the judge “may” order a fine in lieu. This language is permissive and confers a “limited” discretion not to impose a fine (see *Lavigne*, at paras. 1, 23, 27, 29, 34, and 44). This discretion must be exercised in a manner consistent with the spirit of Part XII.2 as a whole (see *ibid.*, at para. 28).

[130] As the debates leading up to the enactment of the proceeds of crime regime reveal, Part XII.2 seeks to balance the need to ensure an effective forfeiture regime and the “constitutionally protected right to counsel”. To properly understand this balance, however, it is first necessary to examine what the constitutionally protected right to counsel does — and *does not* — entail.

[131] Under s. 10(b) of the *Charter*, “[e]veryone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. The purpose of this right is to provide arrestees and detainees with the opportunity, upon arrest or detention, to access legal advice relevant to their situation (see *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, at paras. 24-26; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43).

[132] But as this Court noted in *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, neither s. 10(b) nor any other *Charter* right postulates “a general right to legal assistance”

(3) Le pouvoir discrétionnaire limité de refuser d’infliger une amende de remplacement

- a) *Il y a lieu d’exercer le pouvoir discrétionnaire de refuser d’infliger une amende de remplacement si la représentation par avocat était essentielle au respect du droit à un procès équitable que garantissent au contrevenant l’art. 7 et l’al. 11d) de la Charte*

[129] Comme nous l’avons vu, le par. 462.37(3) dispose que, lorsque le tribunal chargé de déterminer la peine est convaincu qu’une ordonnance de confiscation devrait être rendue à l’égard d’un bien d’un contrevenant, mais que ce bien ne peut faire l’objet d’une telle ordonnance, le juge « peut » infliger une amende de remplacement. Ce texte a un caractère permissif et confère le pouvoir discrétionnaire « limité » de ne pas infliger d’amende (voir *Lavigne*, par. 1, 23, 27, 29, 34 et 44). Il faut exercer ce pouvoir discrétionnaire conformément à l’esprit de l’ensemble de la partie XII.2 (voir *ibid.*, par. 28).

[130] Comme le révèlent les débats qui ont précédé l’instauration du régime des produits de la criminalité, la partie XII.2 vise à atteindre un équilibre entre la nécessité d’assurer un régime de confiscation efficace et celle de respecter le « droit constitutionnel à l’assistance d’un avocat ». Cependant, afin de bien comprendre cet équilibre, il est impératif d’examiner d’abord ce que ce droit protégé par la Constitution suppose et ce qu’il *ne* suppose pas.

[131] Suivant l’al. 10b) de la *Charte*, « [c]hacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention [. . .] d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit ». Ce droit vise à fournir aux personnes arrêtées ou détenues la possibilité, au moment de l’arrestation ou de la détention, d’avoir accès à des conseils juridiques propres à leur situation (voir *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, par. 24-26; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1242-1243).

[132] Cependant, comme l’a fait remarquer la Cour dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, ni l’al. 10b) ni quelque autre droit garanti par la

(paras. 24-25). To be clear, s. 10(b) does not contemplate a general entitlement to legal representation throughout a criminal proceeding, much less representation paid for by the state. This is reinforced by the fact that s. 10(b)'s focus is fixed squarely at the time of "arrest or detention". As this Court explained in *Sinclair*, s. 10(b) has consistently been defined "in terms of the right to consult counsel to obtain information and advice immediately upon detention", not as providing a right to ongoing legal assistance thereafter (para. 31 (emphasis added); see also *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429, at para. 28).

[133] My colleague hints at "a constitutional right of accused persons to spend their own money on legal counsel" (para. 50). Frankly, I have no idea what this means. For my part, the question is not whether accused persons can spend their own money on legal counsel — they clearly can, and they do not need a constitutional right to do so. Rather, the question is whether offenders who have secured the benefit of legal representation by using proceeds of crime — the unlawful possession of which constitutes a criminal offence (s. 354(1)) — are excused from having to pay back that benefit through a fine in lieu. Much as my colleague might wish it were otherwise, neither s. 10(b) nor any other section of the *Charter* provides for a right to use proceeds of crime to pay for legal counsel without consequence.

[134] The right to state-funded legal counsel in criminal proceedings does exist, but it is limited in scope and grounded in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In *Rowbotham*, the Ontario Court of Appeal recognized a limited right to state-funded counsel where legal aid has been denied, the accused lacks other means, and representation by counsel is essential to the accused's constitutional right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* (see pp. 65-66 and 69-70). Where the application judge is satisfied that all three criteria are met, he or she may, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, stay the proceeding against

*Charte* ne crée « un droit général à l'assistance juridique » (par. 24-25). En termes clairs, l'al. 10b) n'envisage pas l'existence d'un droit général à la représentation par avocat pour toute la durée du procès criminel et encore moins que cette représentation soit payée par l'État. Ce point de vue est renforcé par le fait que l'al. 10b) a nettement pour point de mire le moment de l'« arrestation » ou de la « détention ». Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Sinclair*, l'al. 10b) a constamment été défini comme « le droit de consulter un avocat pour obtenir renseignements et conseils dès le début de la détention » mais pas le droit à l'assistance continue d'un avocat par la suite (par. 31 (je souligne); voir également *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429, par. 28).

[133] Ma collègue fait allusion au « droit constitutionnel d'un accusé de dépenser son propre argent pour retenir les services d'un avocat » (par. 50). Pour être franc, je n'ai pas la moindre idée de ce que cela veut dire. Pour ma part, il ne s'agit pas de savoir si l'accusé peut dépenser son propre argent pour retenir les services d'un avocat — il peut évidemment le faire et il n'a pas besoin d'un droit constitutionnel à cette fin. Il s'agit plutôt de savoir si les contrevenants ayant obtenu le bénéfice d'une représentation par avocat en utilisant des produits de la criminalité — dont la possession illégale constitue une infraction criminelle (par. 354(1)) — sont dispensés de l'obligation de rembourser ce bénéfice au moyen d'une amende de remplacement. Autant ma collègue souhaite peut-être qu'il en soit autrement, ni l'al. 10b) ni aucune autre disposition de la *Charte* n'accorde le droit d'utiliser des produits de la criminalité pour retenir les services d'un avocat sans conséquence.

[134] Le droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État dans un procès criminel existe bel et bien, mais sa portée est limitée et repose sur l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Rowbotham*, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence d'un droit limité aux services d'un avocat rémunéré par l'État lorsque l'aide juridique a été refusée, que l'accusé n'a pas d'autres moyens et que le fait d'être représenté par un avocat est essentiel pour assurer le respect du droit constitutionnel à un procès équitable garanti à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* (voir p. 65-66 et 69-70). Lorsque le juge des

the accused until the necessary funding is provided (see p. 69). This leaves the Crown with a choice: fund the defence, or see the proceeding stayed. On the other hand, if any of the criteria are not met (e.g., the accused is capable of handling the matter without the assistance of counsel), then the accused will be left with no other option but to self-represent.

[135] Mr. Rafilovich submits that the *Rowbotham* requirements are implicit in the restoration provision. In particular, he suggests that the words “reasonable . . . legal expenses” in s. 462.34(4)(c)(ii) incorporate the requirement that representation by counsel be essential to a fair trial. Accordingly, he maintains that where a court has authorized the release of seized funds to pay for reasonable legal expenses, that entails a finding that counsel was essential to a fair trial.

[136] Respectfully, for at least three reasons, I cannot agree.

[137] First, on its terms, s. 462.34(4)(c)(ii) authorizes accused persons to seek the release of seized funds to pay for “reasonable” legal expenses. The scope of what is “reasonable” is clearly broader than the scope of what is strictly “necessary” or “essential”. Accordingly, the provision permits the release of funds where representation by counsel may be *preferable*, but not *essential*. In such circumstances, the accused’s right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* would not be engaged.

[138] Second, to read a full *Rowbotham* analysis into the word “reasonable” in s. 462.34(4)(c)(ii) would be to stretch the meaning of that term beyond what it can reasonably bear. If the legislature had intended to embed a *Rowbotham* analysis in s. 462.34(4)(c)(ii), it would have done so expressly. The more plausible interpretation is that the word

requêtes est convaincu que les trois conditions sont réunies, il peut, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, ordonner l’arrêt des procédures intentées contre l’accusé jusqu’à ce que le financement nécessaire soit fourni (voir p. 69). Deux possibilités s’offrent alors au ministère public : soit il finance la défense, soit il se résigne à l’arrêt des procédures. En revanche, si l’une des conditions n’est pas remplie (p. ex., l’accusé est en mesure de se défendre sans l’assistance d’un avocat), l’accusé n’aura d’autre choix que de se représenter lui-même.

[135] Monsieur Rafilovich soutient que les exigences de l’arrêt *Rowbotham* sont sous-entendues dans la disposition sur la restitution. Plus précisément, il affirme que les mots « frais juridiques [. . .] raisonnables » que l’on trouve au sous-al. 462.34(4)(c)(ii) comportent l’exigence que le fait d’être représenté par un avocat soit essentiel à la tenue d’un procès équitable. En conséquence, affirme-t-il, lorsque le tribunal a autorisé la restitution de fonds saisis pour le paiement de frais juridiques raisonnables, cela signifie qu’il estimait que le fait d’être représenté par un avocat était essentiel à la tenue d’un procès équitable.

[136] En toute déférence, je ne puis me rallier à cette opinion, et ce, pour au moins trois raisons.

[137] D’abord, de par son libellé, le sous-al. 462.34(4)(c)(ii) autorise l’accusé à solliciter la mainlevée des fonds saisis pour le paiement de frais juridiques « raisonnables ». La portée de ce qui est « raisonnable » est manifestement plus large que celle de ce qui est strictement « nécessaire » ou « essentiel ». Par conséquent, la disposition permet la mainlevée des fonds lorsque la représentation par avocat peut être *préférable* sans être *essentielle*. Dans ces circonstances, le droit à un procès équitable garanti à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* ne serait pas en jeu.

[138] Ensuite, faire une analyse exhaustive fondée sur l’arrêt *Rowbotham* lorsqu’on interprète le mot « raisonnables » au sous-al. 462.34(4)(c)(ii) aurait pour effet d’étendre indûment la portée de ce mot. Si le législateur avait voulu intégrer une analyse fondée sur *Rowbotham* à cette disposition, il l’aurait fait de façon explicite. Suivant l’interprétation la plus

“reasonable” simply imports a requirement of proportionality. For example, it would not be “reasonable” to pay counsel an exorbitant hourly rate or to seek the return of hundreds of thousands of dollars to defend against straightforward drug trafficking charges. Releasing such disproportionate sums would unduly jeopardize the objectives of preserving potential proceeds of crime and facilitating the enforcement of any future forfeiture order. This interpretation finds support in s. 462.34(5), which requires courts to take into account legal aid tariffs when determining the “reasonableness” of legal expenses under s. 462.34(4)(c)(ii).

[139] Third, the word “reasonable” qualifies both “business” and “legal” expenses in s. 462.34(4)(c)(ii). Yet the *Rowbotham* test has no application to business expenses. It would defy logic, not to mention basic principles of statutory interpretation, to think that the same word in the same provision can mean two completely different things depending on whether the expenses are “business” expenses or “legal” expenses.

[140] Accordingly, I conclude that s. 462.34(4)(c)(ii) permits accused persons to access funds to pay for reasonable legal expenses even where representation by counsel is not essential to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The question that remains, however, is whether sentencing judges should exercise their limited discretion not to impose a fine in lieu in respect of funds that have been released to pay for reasonable legal expenses where representation by counsel was essential to the offender’s right to a fair trial. In my view, the answer is “yes”.

[141] Where an offender can show that he or she was constitutionally entitled to state-funded legal counsel, it would in my view be inconsistent with

plausible, le mot « raisonnables » introduit simplement une exigence de proportionnalité. Ainsi, il ne serait pas « raisonnable » de payer un taux horaire exorbitant pour les services d’un avocat ou de solliciter la restitution de centaines de milliers de dollars pour contester des accusations de trafic de stupéfiants peu complexes. La restitution de sommes d’argent aussi élevées aurait pour effet de contrecarrer les objectifs qui consistent à préserver les produits de la criminalité potentiels et à faciliter la mise à exécution d’éventuelles ordonnances de confiscation. Cette interprétation trouve appui dans le par. 462.34(5), qui oblige le tribunal à tenir compte du barème d’aide juridique lorsqu’il se prononce sur le « caractère raisonnable » des frais juridiques en application du sous-al. 462.34(4)c)(ii).

[139] En troisième lieu, le mot « raisonnables » s’applique tant aux « dépenses commerciales » qu’aux « frais juridiques » visés au sous-al. 462.34(4)c)(ii). Or, le critère de l’arrêt *Rowbotham* ne s’applique pas aux dépenses commerciales. Il serait contraire à la logique, ainsi qu’aux principes élémentaires d’interprétation législative, de croire que le même mot figurant dans la même disposition peut avoir deux sens complètement différents selon qu’il s’agit des « dépenses commerciales » ou des « frais juridiques ».

[140] Je conclus donc que le sous-al. 462.34(4)c)(ii) permet à l’accusé d’avoir accès à des fonds pour payer des frais juridiques raisonnables même lorsque le fait d’être représenté par un avocat n’est pas essentiel pour assurer le respect du droit à un procès équitable qui lui est garanti par l’art. 7 et l’al. 11(d) de la *Charte*. Cependant, il reste à savoir si le juge chargé de déterminer la peine devrait exercer son pouvoir discrétionnaire limité de refuser d’infliger une amende de remplacement à l’égard des fonds qui ont été restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables lorsque le fait d’être représenté par un avocat était essentiel pour assurer le respect du droit de l’accusé à un procès équitable. À mon avis, la réponse est « oui ».

[141] Si le contrevenant arrive à démontrer qu’il avait le droit constitutionnel d’obtenir l’assistance d’un avocat rémunéré par l’État, l’infliction d’une

that constitutional entitlement to order the offender to pay back his or her legal expenses through a fine in lieu. This approach to the limited discretion afforded by s. 462.37(3), which responds to situations in which the availability of the seized funds is the only thing standing between the offender and a *Rowbotham* order, gives proper effect to Parliament's objective of ensuring an effective forfeiture regime while still vindicating the constitutionally protected right to counsel. It also recognizes that if legal representation was in fact essential to the offender's constitutional right to a fair trial, then he or she would have derived no net benefit from being able to use seized funds to pay for counsel, since such funds would simply be a substitute for state funds to which the person would otherwise have been entitled. But to go further as my colleague does and exempt *all* funds that have been released to pay for reasonable legal expenses from a fine in lieu, whether or not the offender was constitutionally entitled to state-funded counsel, would not only upset the careful balance struck by Parliament, it would effectively grant a constitutional entitlement where none exists.

[142] At the time an accused has to make a choice about whether to seek a release of seized funds to pay for reasonable legal expenses, it will not always be clear whether representation by counsel is essential to the accused's right to a fair trial, and a *Rowbotham* application would generally be denied due to the availability of the seized funds. This places the accused in the position of having to choose between: (a) seeking a release of funds to pay for counsel and, if convicted, potentially having to pay that money back through a fine in lieu; and (b) not seeking a release of funds and instead self-representing. But making difficult choices is not an uncommon feature of the criminal justice system. On the contrary, accused persons are often called upon to make difficult calls. For example, some may have to decide whether to plead guilty and receive a lighter sentence, or maintain their innocence and risk a more severe sentence if convicted. Others may have to

amende de remplacement pour le contraindre à rembourser ses frais juridiques me semblerait incompatible avec ce droit constitutionnel. Cette conception du pouvoir discrétionnaire limité accordé par le par. 462.37(3), qui répond à des situations où la disponibilité des fonds saisis est la seule chose qui sépare le contrevenant d'une ordonnance fondée sur l'arrêt *Rowbotham*, donne l'effet voulu à l'objectif du législateur d'assurer à la fois un régime de confiscation efficace et le respect du droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. Cette conception reconnaît également que, si la représentation par avocat était en fait essentielle au droit constitutionnel du contrevenant à un procès équitable, il n'aurait tiré aucun bénéfice net de la faculté d'utiliser les fonds saisis pour retenir les services d'un avocat, car ces fonds se substitueraient simplement à ceux fournis par l'État auxquels aurait droit par ailleurs le contrevenant. Mais aller plus loin comme le fait ma collègue et soustraire à l'amende de remplacement *tous* les fonds qui ont été restitués aux fins de paiement des frais juridiques raisonnables, indépendamment de la question de savoir si le contrevenant avait le droit constitutionnel d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État, non seulement perturberait le juste équilibre que le législateur a établi, mais conférerait en fait aussi un droit constitutionnel alors qu'il n'en existe aucun.

[142] Lorsque l'accusé doit choisir de solliciter ou non la restitution des fonds saisis pour payer ses frais juridiques raisonnables, il ne sera pas toujours possible de savoir si le fait d'être représenté par un avocat est essentiel pour assurer le respect de son droit à un procès équitable, et une demande fondée sur l'arrêt *Rowbotham* serait généralement refusée étant donné la disponibilité des fonds saisis. L'accusé se trouvera alors confronté à un choix : a) ou bien il sollicite la restitution des fonds pour payer son avocat, auquel cas il devra peut-être rembourser cet argent au moyen d'une amende de remplacement s'il est déclaré coupable; b) ou bien il ne demande pas la restitution des fonds et décide de se représenter lui-même. Toutefois, faire des choix difficiles n'est pas une caractéristique inhabituelle du système de justice criminelle. Au contraire, les accusés sont souvent appelés à prendre des décisions épineuses. Par exemple, certains peuvent avoir à

decide whether to make financial sacrifices at great personal hardship or represent themselves. Yet others may have no choice at all but to self-represent. One thing is certain. Accused persons with access to a pool of funds that may be used to pay for counsel are clearly in a more advantageous position than those who have no choice at all. While that choice may not be an easy one, our criminal justice system does not promise an experience free of difficult choices.

[143] My colleague notes that the statutory requirements for a restoration order do not require accused persons to demonstrate that legal representation is essential to their right to a fair trial (para. 81). To be clear, I do not suggest otherwise. As I have explained, the inquiry into whether legal representation was essential to ensure a fair trial is relevant to the question of whether a fine in lieu should be imposed, not whether a restoration order should have been granted.

[144] In sum, I conclude that where a sentencing judge is satisfied that representation by counsel was essential to the offender's constitutional right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, the judge should exercise his or her limited discretion not to impose a fine in lieu in respect of the released funds. However, where no such right arises, it will generally be appropriate to impose a fine in lieu. This follows from a straightforward application of the primary objective of the proceeds of crime regime — namely, ensuring that crime does not pay. As my colleague acknowledges, accused persons who have access to seized funds to pay for legal counsel enjoy a benefit that others do not (see para. 64; see also *Smith*, at para. 106). Where this benefit was derived from proceeds of crime, offenders who were not constitutionally entitled to state-funded counsel should generally be required to repay that benefit through a fine in lieu. Otherwise,

décider de plaider coupable et d'être condamnés à une peine plus clémente, ou de clamer leur innocence et de s'exposer à une peine plus lourde s'ils sont reconnus coupables. D'autres pourraient avoir à décider de consentir de lourds sacrifices financiers ou de se représenter eux-mêmes. En revanche, d'autres n'auront peut-être d'autre choix que de se représenter eux-mêmes. Une chose est sûre. L'accusé ayant accès à une réserve de fonds susceptibles de servir au paiement des services d'un avocat se trouve manifestement dans une situation plus avantageuse que ceux qui n'ont aucun choix. Ce choix peut ne pas s'avérer facile à faire, mais notre système de justice criminelle ne garantit à personne une expérience exempte de choix difficiles.

[143] Ma collègue signale que les conditions légales d'une ordonnance de restitution n'obligent pas l'accusé à démontrer que la représentation par avocat est essentielle au respect de son droit à un procès équitable (par. 81). Par souci de clarté, je ne prétends pas le contraire. Comme je l'ai expliqué, l'analyse du point de savoir si la représentation par avocat était essentielle pour assurer l'équité du procès est pertinente lorsqu'il s'agit de juger s'il convient d'infliger une amende de remplacement, et non de décider s'il y avait lieu de rendre une ordonnance de restitution.

[144] En résumé, je conclus que, lorsque le juge chargé de déterminer la peine est convaincu que le fait d'être représenté par un avocat est essentiel pour assurer le respect du droit constitutionnel à un procès équitable garanti au contrevenant par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'infliger une amende de remplacement à l'égard des fonds restitués. Cependant, lorsqu'aucun droit de ce genre ne prend naissance, il conviendra généralement d'infliger une amende de remplacement. Cette mesure découle d'une simple application de l'objectif premier du régime des produits de la criminalité, à savoir faire en sorte que le crime ne paie pas. Comme le reconnaît ma collègue, l'accusé qui dispose de fonds saisis pour retenir les services d'un avocat jouit d'un avantage dont ne peuvent profiter les autres (voir le par. 64; voir également *Smith*, par. 106). Lorsque cet avantage provient de produits de la criminalité, le contrevenant qui n'avait pas

contrary to the overall purpose of the statutory regime, crime would indeed pay.

(b) *Issues Arising Out of the Majority's Approach*

[145] Having set out my own analysis of how sentencing judges should exercise their limited discretion not to impose a fine in lieu in respect of funds that were released to pay for reasonable legal expenses, I wish to address three fundamental flaws in my colleague's approach to this issue. First, it sacrifices the statutory regime's primary objective of ensuring that crime does not pay in order to achieve the two "secondary purposes" of the restoration provision and to give effect to Parliament's underlying intention to ensure fairness in criminal prosecutions. Yet, as I will explain, *all* of the statutory scheme's objectives can be achieved, and imposing a fine in lieu where an offender has used proceeds of crime to pay for his or her own defence does not undermine the utility of the restoration provision. Second, the notion that Parliament was prepared to give offenders the benefit of using proceeds of crime to pay for their own defence without consequence, and that it was content to simply wave goodbye to any released funds even if they were later proven to be proceeds of crime, defies logic and common sense. Third, it turns the "limited discretion" not to impose a fine on its head. I will address these points in turn.

(i) The Statutory Regime's Primary Objective of Ensuring That Crime Does Not Pay Need Not and Should Not Be Sacrificed in Order to Achieve the "Secondary Purposes" of the Restoration Provision

[146] My colleague maintains that beyond the primary objective of the proceeds of crime regime as a

constitutionnellement droit aux services d'un avocat rémunéré par l'État devrait généralement être obligé de rembourser cet avantage au moyen d'une amende de remplacement. Sinon, contrairement à l'objectif général du régime légal, le crime paierait bel et bien.

b) *Problèmes que pose l'approche des juges majoritaires*

[145] Maintenant que j'ai énoncé ma propre analyse de la façon dont les juges chargés de déterminer la peine devraient exercer leur pouvoir discrétionnaire restreint de refuser d'infliger une amende de remplacement à l'égard de fonds restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables, je souhaite aborder trois lacunes fondamentales dont souffre l'approche de ma collègue sur ce point. Premièrement, cette approche sacrifie l'objectif premier du régime légal consistant à s'assurer que le crime ne paie pas afin de réaliser les deux « objets secondaires » de la disposition sur la restitution et de donner effet à l'intention sous-jacente du législateur d'assurer l'équité dans les poursuites criminelles. Pourtant, comme je vais l'expliquer, il est possible de réaliser *tous* les objectifs du régime légal, et le fait d'infliger une amende de remplacement au contrevenant qui s'est servi de produits de la criminalité pour payer sa propre défense ne sape pas l'utilité de la disposition sur la restitution. Deuxièmement, l'idée que le législateur était prêt à procurer au contrevenant l'avantage d'utiliser des produits de la criminalité pour payer sa propre défense sans conséquence, et qu'il se contentait de faire tout simplement une croix sur tous fonds restitués même s'il était démontré par la suite que ceux-ci constituaient des produits de la criminalité, va à l'encontre de la logique et du bon sens. Troisièmement, cela dénature le « pouvoir discrétionnaire limité » de refuser d'infliger une amende de remplacement. J'aborderai ces points à tour de rôle.

(i) Il n'est ni nécessaire ni opportun de sacrifier l'objectif premier du régime des produits de la criminalité afin de réaliser les « objets secondaires » de la disposition sur la restitution

[146] Ma collègue soutient qu'au-delà de l'objectif premier du régime des produits de la criminalité dans

whole — namely, depriving offenders and criminal organizations of the proceeds of crime and deterring them from committing crimes in the future (see *Lavigne*, at paras. 16, 28, and 36) — there are two “secondary purposes” that underpin the restoration provision in particular: providing access to counsel and giving meaningful weight to the presumption of innocence (paras. 9 and 38). She adds that underlying these “secondary purposes” is a “desire” or “intention” to ensure fairness to the accused in criminal prosecutions, and that this underlying intention “runs through the proceeds of crime scheme established by Parliament” (*ibid.*). She stresses that the Court in *Lavigne* did not address these separate purposes and that they “constrain the pursuit of the primary objective” (paras. 34 and 49). Ultimately, this leads her to conclude that, as a general rule, sentencing judges should not impose a fine in lieu in respect of funds that were released to pay for reasonable legal expenses.

[147] Much as my colleague purports to distinguish the two identified “secondary purposes” of the restoration provision from the underlying intention to ensure fairness to the accused that, in her view, “runs through the proceeds of crime scheme established by Parliament” (para. 38), all three of these appear to play exactly the same role in her interpretation of the restoration provision. Indeed, this underlying intention might easily have been a third secondary purpose. Whatever the case, as I see it, the distinction my colleague purports to draw is a distinction without a difference. In the end, it does not affect the analysis I bring to bear on the issue before this Court.

[148] As I will demonstrate, the answer to my colleague’s analysis is that the statutory regime’s primary objective of ensuring that crime does not pay need not and should not be sacrificed either to achieve the “secondary purposes” of the restoration provision or to give effect to the intention underlying them. Once the respective roles of the restoration provision and the fine in lieu provision are properly understood, it becomes clear that *all* of the statutory scheme’s objectives can be achieved.

son ensemble — à savoir, priver les contrevenants et les organisations criminelles des produits de la criminalité et les dissuader de perpétrer d’autres crimes (voir *Lavigne*, par. 16, 28 et 36) —, il existerait deux « objets secondaires » qui sous-tendent tout particulièrement la disposition sur la restitution : fournir l’accès aux services d’un avocat et accorder une importance suffisante à la présomption d’innocence (par. 9 et 38). Elle ajoute qu’à la base de ces « objets secondaires » réside le « désir » ou l’« intention » d’assurer l’équité envers l’accusé dans les poursuites criminelles, et que cette intention sous-jacente « se dégage du régime des produits de la criminalité établi par le législateur » (*ibid.*). Elle insiste sur le fait que la Cour, dans l’arrêt *Lavigne*, ne s’est pas penchée sur ces objets secondaires, qui « restrei[gne]nt] la poursuite de l’objectif premier » (par. 34 et 49). Elle en conclut ultimement que, en règle générale, les juges chargés de déterminer la peine devraient s’abstenir d’infliger une amende de remplacement à l’égard de fonds restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables.

[147] Même si ma collègue prétend distinguer, d’une part, les deux « objets secondaires » identifiés de la disposition sur la restitution et, d’autre part, l’intention sous-jacente d’assurer l’équité envers l’accusé qui, selon elle, « se dégage du régime des produits de la criminalité établi par le législateur » (par. 38), tous les trois semblent jouer exactement le même rôle dans son interprétation de la disposition sur la restitution. En effet, cette intention sous-jacente pourrait aisément avoir constitué un troisième objet secondaire. Quoi qu’il en soit, à mon sens, la distinction que fait ma collègue est sans importance. Au bout du compte, cela n’influe pas sur l’analyse à laquelle je sou mets la question dont est saisie notre Cour.

[148] Comme je l’établirai plus loin, la réponse à l’analyse de ma collègue est qu’il n’est ni nécessaire ni opportun de sacrifier l’objectif premier consistant à s’assurer que le crime ne paie pas soit pour pouvoir réaliser les « objets secondaires » de la disposition sur la restitution, soit pour donner effet à l’intention qui les sous-tend. Une fois les rôles respectifs de la disposition sur la restitution et de celle sur l’amende de remplacement bien compris, il est évident que *tous* les objectifs du régime légal peuvent être atteints.

[149] The restoration provision facilitates access to counsel in a manner that is both fair and consistent with the presumption of innocence. The alternative — withholding seized funds from presumptively innocent accused persons who have no other means and thereby depriving them of their ability to access counsel — would do the opposite.

[150] But where a restoration order is followed by a conviction, the situation takes on a very different hue. Upon conviction, an “accused” becomes an “offender”, and funds that were once presumed to be legitimate are now known to have been proceeds of crime all along. At this point, seeing that the offender has used proceeds of crime to pay for his or her own defence, the statutory regime’s primary objective of ensuring that crime does not pay takes centre stage.

[151] Yet my colleague’s approach turns this objective on its head and creates situations in which crime *does* pay. For cases where there is no constitutional right to state-funded counsel, it creates a clear inequality between accused persons who *do* have access to a pool of funds to pay for their defence and those who *do not*. Those who are fortunate enough to fall within the former category are permitted to draw upon this pool of resources to fund their own defence with almost no strings attached. This is no doubt a benefit, as my colleague acknowledges (para. 64). By comparison, those who have the misfortune of falling within the latter category — of whom there are many — may often be left with no choice but to represent themselves.

[152] Rewarding offenders for procuring proceeds of crime by allowing them to spend those funds on their own defence without consequence is hardly consistent with the two-fold purpose of the proceeds of crime regime. It does nothing to deprive offenders and criminal organizations of the benefits they derived from crime, nor does it deter them from committing crimes in the future. On this latter point, sending a strong and unequivocal message that crime does not pay is far more likely to achieve specific and general deterrence than sending the opposite

[149] La disposition sur la restitution facilite l’accès aux services d’un avocat de manière équitable et conforme à la présomption d’innocence. L’autre option — refuser les fonds saisis à l’accusé présumé innocent qui ne dispose d’aucun autre moyen, le privant ainsi de la possibilité d’avoir accès à l’assistance d’un avocat — aurait l’effet contraire.

[150] Or, la situation prend une tout autre tournure lorsque l’ordonnance de restitution est suivie d’une déclaration de culpabilité. Dès qu’il est déclaré coupable, « l’accusé » devient un « contrevenant », et on sait alors que les fonds jusque-là présumés être légitimes ont toujours été des produits de la criminalité. À ce stade, quand on s’aperçoit que le contrevenant a utilisé des produits de la criminalité pour payer sa propre défense, l’objectif premier du régime légal consistant à s’assurer que le crime ne paie pas passe au premier plan.

[151] Pourtant, l’approche de ma collègue dénature cet objectif et crée des situations dans lesquelles le crime *paie*. Dans les cas où il n’existe aucun droit constitutionnel aux services d’un avocat rémunéré par l’État, elle crée une inégalité évidente entre les accusés qui *ont* accès à une réserve de fonds pour payer leur défense et les accusés qui *n’y ont pas* accès. Ceux qui ont la chance d’appartenir à la première catégorie sont autorisés, presque sans la moindre condition, à puiser les fonds nécessaires au paiement de leur propre défense à même cette réserve de ressources. Il s’agit indéniablement d’un avantage, comme le reconnaît ma collègue (par. 64). En comparaison, les accusés qui ont le malheur d’appartenir à la deuxième catégorie — lesquels sont fort nombreux — pourraient souvent n’avoir d’autre choix que de se représenter eux-mêmes.

[152] Récompenser les contrevenants qui se procurent des produits de la criminalité en leur permettant de dépenser ces fonds sur leur propre défense sans la moindre conséquence n’est guère compatible avec le double objectif du régime des produits de la criminalité. Cela ne fait rien pour priver les contrevenants et les organisations criminelles des bénéfices qu’ils tirent du crime, ni ne les dissuade de récidiver à l’avenir. Sur ce dernier point, communiquer le message fort et sans équivoque que le crime ne paie pas est beaucoup plus susceptible de produire un effet

message. More pointedly, from a common sense perspective, ordinary Canadians would no doubt find it troubling, if not wholly unacceptable, that someone could commit robbery and then use part of the stolen money to fund his or her own defence without ever having to pay it back.

[153] In short, my colleague’s approach undermines the overall purpose of the proceeds of crime regime. While she insists that courts must not “ignore or minimize the secondary purposes in order to achieve the primary goal of ensuring crime does not pay” (para. 49), her solution is to do precisely that, but in reverse: sacrificing the primary objective of ensuring that crime does not pay in order to achieve the “secondary purposes” of the restoration provision. But as I will explain, this zero-sum approach is unnecessary because it is possible to ensure that crime does not pay while still providing access to counsel, giving meaningful weight to the presumption of innocence, and giving effect to the underlying intention to ensure fairness to the accused in criminal prosecutions.

1. *Providing Access to Counsel*

[154] Beginning with the objective of providing access to counsel, my colleague’s main concern is that if funds that have been released to pay for reasonable legal expenses must generally be paid back upon conviction, then some accused persons, out of a fear of having to pay a fine in lieu on pain of imprisonment if convicted, may choose not to seek a restoration order and to represent themselves instead (para. 55). She maintains that imposing a fine in lieu in these circumstances would render the restoration provision “largely illusory” and leave accused persons with a “Hobson’s choice” in which the only real option is to proceed without legal representation (paras. 55 and 60).

[155] With respect, I cannot agree. The prospect that an accused may, if convicted, have to repay

dissuasif spécifique et général que de communiquer le message contraire. Plus précisément, du point de vue du bon sens, les Canadiens ordinaires estiment sans doute qu’il est troublant, voire tout à fait inacceptable, qu’une personne puisse commettre un vol qualifié pour ensuite se servir d’une partie de l’argent volé pour financer sa propre défense sans jamais devoir le rembourser.

[153] En résumé, l’approche de ma collègue mine l’objectif général du régime des produits de la criminalité. Si elle insiste pour dire que les tribunaux ne doivent pas « néglige[r] [. . .] les objets secondaires, ni [. . .] en minimise[r] l’importance, dans le but de réaliser l’objectif premier de s’assurer que le crime ne paie pas » (par. 49), sa solution consiste justement à faire cela, mais à l’envers : abandonner l’objectif premier de s’assurer que le crime ne paie pas pour réaliser les « objets secondaires » de la disposition sur la restitution. Mais comme je vais l’expliquer, il ne sert à rien d’effectuer cette opération à somme nulle car il est possible de veiller à ce que le crime ne paie pas tout en fournissant l’accès aux services d’un avocat, d’accorder une importance suffisante à la présomption d’innocence et de donner effet à l’intention sous-jacente d’assurer l’équité envers l’accusé dans les poursuites criminelles.

1. *Fournir l’accès aux services d’un avocat*

[154] Commençons par l’objectif de fournir l’accès aux services d’un avocat. Le principal souci de ma collègue est que, si les fonds restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables doivent généralement être remboursés après la déclaration de culpabilité, certains accusés, par crainte d’avoir à payer une amende de remplacement sous peine d’emprisonnement s’ils sont reconnus coupables, pourraient décider de ne pas solliciter une ordonnance de restitution et de se représenter eux-mêmes (par. 55). Selon elle, infliger une amende de remplacement dans ces circonstances rendrait « largement illusoire » la disposition sur la restitution et donnerait à l’accusé un « faux choix » pour lequel sa seule véritable option est de ne pas être représenté par avocat (par. 55 et 60).

[155] Avec égards, je ne peux souscrire à cette opinion. La possibilité que l’accusé soit obligé, s’il est

funds that have been released to pay for reasonable legal expenses does not render the restoration provision “largely illusory” or leave accused persons with no choice but to represent themselves. Accused persons who have access to seized funds to pay for reasonable legal expenses can either use those funds or leave them. At bottom, having this choice puts them in a better position than those who have no means whatsoever of accessing counsel. While some who have the option may decide not to seek a restoration order, others will.

[156] As for my colleague’s suggestion that the risk of imprisonment for non-payment of a fine in lieu may deter accused persons from invoking the restoration provision, this concern is mitigated by this Court’s decision in *Wu*, which makes clear that a warrant of committal cannot be issued for non-payment of a fine if the offender has a genuine inability to pay (paras. 3 and 60-66; see also *Lavigne*, at para. 47). Consequently, the risk of imprisonment arises only where an offender has the means to pay but refuses to do so.

[157] Finally, the case law recognizes that the objective of providing access to counsel need not come at the expense of the primary objective of the proceeds of crime regime. In *Wilson*, Doherty J.A. stated in *obiter* that imposing a fine in lieu in respect of funds that were released to pay for reasonable legal expenses would serve the “ultimate purpose” of the proceeds of crime regime “while at the same time allowing the accused access to the seized property for the purposes of paying reasonable legal expenses” (p. 660). In short, the primary objective of the proceeds of crime regime is not incompatible with the goal of facilitating access to counsel.

## 2. *Giving Meaningful Weight to the Presumption of Innocence*

[158] Turning to the presumption of innocence, I respectfully do not share my colleague’s view that

déclaré coupable, de rembourser les fonds restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables ne rend pas « largement illusoire » la disposition sur la restitution ni ne laisse à l’accusé d’autre choix que de se représenter lui-même. L’accusé qui dispose de fonds saisis pour payer des frais juridiques raisonnables peut soit utiliser ces fonds, soit ne pas y toucher. Au final, le fait d’avoir ce choix le place dans une situation plus enviable que ceux n’ayant pas du tout les moyens d’obtenir l’assistance d’un avocat. Alors que les personnes ayant le choix pourraient décider de ne pas demander d’ordonnance de restitution, d’autres la demanderont.

[156] Quant à la suggestion de ma collègue que le risque d’être emprisonné pour non-paiement d’une amende de remplacement dissuade l’accusé d’invoquer la disposition sur la restitution, cette préoccupation est tempérée par l’arrêt *Wu*, dans lequel notre Cour affirme clairement qu’un mandat d’incarcération ne peut être décerné pour non-paiement d’une amende si le contrevenant est réellement incapable de payer (par. 3 et 60-66; voir aussi *Lavigne*, par. 47). Par conséquent, le risque d’emprisonnement n’existe que si le contrevenant a les moyens de payer mais refuse de le faire.

[157] En dernier lieu, la jurisprudence reconnaît que la réalisation de l’objectif de faciliter l’accès aux services d’un avocat n’a pas à se faire au détriment de l’objectif premier du régime des produits de la criminalité. Dans l’arrêt *Wilson*, le juge d’appel Doherty a affirmé, dans une remarque incidente, que l’infliction d’une amende de remplacement à l’égard de fonds qui ont été restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables favoriserait la réalisation de [TRADUCTION] « l’objet ultime » du régime des produits de la criminalité « tout en permettant à l’accusé d’avoir accès aux biens saisis dans le but de payer des frais juridiques raisonnables » (p. 660). En résumé, l’objectif premier du régime des produits de la criminalité n’est pas incompatible avec le but de faciliter l’accès aux services d’un avocat.

## 2. *Accorder une importance suffisante à la présomption d’innocence*

[158] Passons à la présomption d’innocence. Soit dit en tout respect, je ne partage pas l’avis de ma

if offenders are generally required to pay back funds that they have used to pay for their own defence, then the presumption of innocence will suffer. The presumption of innocence prevents the state from requiring accused persons to immediately forfeit property that is reasonably believed, though not yet proven, to be proceeds of crime. This presumption also finds expression through the restoration provision, which allows accused persons to “receiv[e] the benefit of the presumption of innocence . . . in the most meaningful way — through ready access to the funds seized” (*Smith*, at para. 106).

[159] But the presumption of innocence does not exist in perpetuity. As this Court stated in *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, “the presumption of innocence does not survive [a] conviction” (para. 16). It is at this point, after both the released funds and the presumption of innocence have been spent, that the fine in lieu provision comes into play. There is nothing inconsistent about allowing *accused persons*, who are presumed innocent, to access seized funds to pay for legal counsel but requiring *offenders*, who are proven guilty, to pay back those funds once they are determined to be proceeds of crime. Doing so does not, contrary to my colleague’s contention, “retroactively dilute the presumption of innocence” (para. 57), as that presumption remains in full force until the point of conviction. Stated succinctly, the presumption of innocence does not shield offenders from the consequences of a conviction, including the obligation to forfeit any proceeds of crime or pay a fine in lieu.

[160] My colleague also attempts to draw an analogy between the present context and the bail context. She suggests that “recover[ing]” time spent free on bail would “retroactively dilute” the presumption of innocence, and that “recover[ing]” proceeds of crime spent by an offender on his or her defence would have the same effect (paras. 57-58). With respect, the bail context is far removed from the present context,

collègue selon lequel, si les contrevenants sont généralement tenus de rembourser les fonds qu’ils ont utilisés pour payer leur propre défense, la présomption d’innocence en souffrira. La présomption d’innocence empêche l’État d’obliger l’accusé à renoncer sur-le-champ à des biens dont on croit pour des motifs raisonnables, sans l’avoir encore prouvé, qu’ils sont des produits de la criminalité. Cette présomption trouve aussi son expression dans la disposition relative à la restitution qui permet à l’accusé de [TRADUCTION] « bénéficiaire de la présomption d’innocence [. . .] de la manière la plus concrète possible — par un accès aisé aux fonds saisis » (*Smith*, par. 106).

[159] Mais la présomption d’innocence n’est pas perpétuelle. Comme l’a dit la Cour dans *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, « la présomption d’innocence cesse en cas de déclaration de culpabilité » (par. 16). C’est à ce stade, une fois que les fonds restitués et la présomption d’innocence ont été épuisés, que la disposition relative à l’infliction d’une amende de remplacement entre en jeu. Permettre aux *accusés*, qui sont présumés innocents, d’avoir accès à des fonds saisis pour payer les services d’un conseiller juridique n’a rien d’incompatible avec le fait d’exiger des *contrevenants*, qui ont été reconnus coupables, de rembourser ces fonds une fois qu’il est établi que ce sont des produits de la criminalité. Contrairement à ce que prétend ma collègue, cette mesure ne « limite pas rétroactivement la présomption d’innocence » (par. 57), car la présomption en cause demeure entièrement en vigueur jusqu’à la déclaration de culpabilité. En résumé, la présomption d’innocence n’a pas pour effet de protéger les contrevenants des conséquences d’une déclaration de culpabilité, notamment l’obligation de renoncer à tout produit de la criminalité ou de payer une amende de remplacement.

[160] Ma collègue tente aussi d’établir une analogie entre le contexte qui nous occupe et celui de la mise en liberté sous caution. Elle suggère que la « récupération » du temps passé en liberté sous caution « dilu[er]ait rétroactive[ment] » la présomption d’innocence, et que la « récupér[ation] » des produits de la criminalité dépensés par un contrevenant pour sa défense produirait le même effet (par. 57-58). En

and the considerations at play are very different. Setting aside the simple fact that there is no statutory provision authorizing the “recovery” of time spent free on bail, one of the crucial differences that my colleague overlooks is that, unlike the ability to retain counsel using proceeds of crime, time spent free on bail is not a benefit derived from crime. Thus, while there is a rational basis for requiring offenders to “pay back” proceeds of crime spent on legal counsel, there is no rational basis whatsoever for requiring offenders to “pay back” time spent free on bail. Put simply, spending time free on bail is nothing like spending proceeds of crime on legal counsel. The analogy, with respect, is inapt.

3. *Intention to Ensure Fairness to the Accused in Criminal Prosecutions*

[161] Finally, concerns over the potential unfairness — procedural or otherwise — of withholding seized funds from presumptively innocent accused persons in a way that limits or removes their ability to access counsel are addressed through the restoration provision, and there is nothing unfair about requiring offenders who have used proceeds of crime to pay for their own defence to repay that benefit.

[162] My colleague claims that imposing a fine in lieu in respect of funds that have been released to pay for reasonable legal expenses would raise “concerns of notice and reliance that are rooted in the principle of fairness to the accused in criminal prosecutions” (para. 59). She maintains that accused persons “will rely on a court order authorized by a specific statutory scheme” and that “[t]hose accused persons cannot reasonably know that doing so will lead to additional punishment” (*ibid.*).

[163] Respectfully, I reject the suggestion that the relevant provisions of the *Criminal Code*, coupled

toute déférence, le contexte de la mise en liberté sous caution n’a rien à voir avec le présent contexte, et les considérations en jeu sont fort différentes. Mis à part le simple fait qu’aucune disposition législative n’autorise la « récupération » du temps passé en liberté sous caution, l’une des différences cruciales que ma collègue néglige est que, contrairement à la capacité de retenir les services d’un avocat au moyen de produits de la criminalité, le temps passé en liberté sous caution n’est pas un bénéfice tiré du crime. Donc, s’il existe un motif rationnel d’obliger le contrevenant à « rembourser » les produits de la criminalité dépensés pour l’assistance d’un avocat, il n’y a absolument aucun motif rationnel de l’obliger à « rembourser » le temps passé en liberté sous caution. Autrement dit, passer du temps en liberté sous caution n’est pas comparable au fait de dépenser des produits de la criminalité pour l’assistance d’un avocat. Avec égards, l’analogie est inappropriée.

3. *L’intention d’assurer l’équité envers l’accusé dans les poursuites criminelles*

[161] En dernier lieu, la disposition sur la restitution répond aux craintes concernant l’injustice qu’il peut y avoir — sur le plan procédural ou autre — à refuser des fonds saisis à des accusés présumés innocents de manière à restreindre leur capacité de retenir les services d’un avocat, ou à leur retirer cette capacité, et obliger les contrevenants qui ont utilisé des produits de la criminalité pour payer leur propre défense à rembourser ce bénéfice n’a rien d’inéquitable.

[162] Ma collègue prétend qu’infliger une amende de remplacement à l’égard de fonds qui ont été restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables susciterait des « préoccupations de préavis et de fiabilité qui sont ancrées dans le principe de l’équité envers l’accusé dans les poursuites criminelles » (par. 59). Selon elle, l’accusé « se fonde[ra] sur une ordonnance judiciaire autorisée par un régime légal en particulier » et « [c]et accusé ne peut raisonnablement pas savoir qu’en faisant cela, il s’expose à une sanction additionnelle » (*ibid.*).

[163] Soit dit en tout respect, je rejette la thèse selon laquelle les dispositions pertinentes du *Code*

with a decision of this Court explaining the proper effect of those provisions, would leave accused persons with no notice about the potential adverse consequences of using seized funds to pay for reasonable legal expenses in the event of a conviction. My colleague's reasoning is fundamentally incompatible with the well-established maxim in criminal law that ignorance of the law is no excuse (*ignorantia juris non excusat*). As Chief Justice Lamer explained in *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, “[o]ur criminal justice system presumes that everyone knows the law” (para. 38; see also *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 633). Unlike my colleague, I am not prepared to upend this well-established presumption.

[164] Lastly, I note my colleague's reliance on *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, where this Court stated that “the right to effective assistance of counsel extends to all accused persons” and explained that this right is a principle of fundamental justice (para. 24). It is important to recognize, however, that the right to effective assistance of counsel does not equate to a right to counsel. The right to effective assistance of counsel protects against incompetent performance by counsel that results in a miscarriage of justice (*G.D.B.*, at para. 26); it does not, however, guarantee all accused persons the right to counsel. With respect, my colleague takes *G.D.B.* out of its proper context.

- (ii) Parliament Did Not Intend to Give Offenders the Benefit of Using Proceeds of Crime to Pay for Their Defence Without Consequence

[165] My colleague acknowledges that accused persons who have access to funds to pay for legal counsel enjoy a benefit that others do not (para. 64; see also *Smith*, at para. 106). Yet she maintains that this “is not the type of benefit that Parliament sought to take away from offenders” and is instead “a benefit that Parliament expressly intended them to have” (*ibid.*).

*criminel*, conjuguées à une décision où la Cour explique l'effet qu'elles doivent avoir, laisserait l'accusé dans l'ignorance des conséquences préjudiciables que peut entraîner l'utilisation de fonds saisis pour payer des frais juridiques raisonnables en cas de déclaration de culpabilité. Le raisonnement de ma collègue est fondamentalement incompatible avec la maxime bien établie en droit criminel : l'ignorance de la loi n'est pas une excuse (*ignorantia juris non excusat*). Comme l'a expliqué le juge en chef Lamer dans *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, « [n]otre système de justice criminelle repose sur le principe que nul n'est censé ignorer la loi » (par. 38; voir aussi *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 633). Contrairement à ma collègue, je ne suis pas disposé à dénaturer cette présomption bien établie.

[164] En dernier lieu, je souligne que ma collègue invoque l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, où la Cour a affirmé que « tout inculpé a droit à l'assistance effective d'un avocat » et expliqué que ce droit constitue un principe de justice fondamentale (par. 24). Il importe toutefois de reconnaître que le droit à l'assistance effective d'un avocat n'équivaut pas au droit à l'assistance d'un avocat. Le premier protège l'accusé du travail incompetent de son avocat qui entraîne une erreur judiciaire (*G.D.B.*, par. 26); il ne garantit cependant pas à tout inculpé le droit à l'assistance d'un avocat. Avec égards, ma collègue isole l'arrêt *G.D.B.* du contexte qui lui est propre.

- (ii) Le législateur n'avait pas l'intention de donner aux contrevenants l'avantage de payer leur défense au moyen de produits de la criminalité sans conséquence

[165] Ma collègue admet que les accusés qui disposent de fonds pour payer les services de leur conseiller juridique jouissent d'un avantage dont ne peuvent profiter les autres (par. 64; voir aussi *Smith*, par. 106). Pourtant, elle soutient qu'il ne s'agit pas là du « type d'avantage que le législateur souhaitait retirer aux contrevenants », mais bien « d'un avantage que le législateur souhaitait expressément leur accorder » (*ibid.*).

[166] With respect, I disagree. My colleague conflates two distinct concepts: (1) Parliament’s intention as to the circumstances in which accused persons may access seized funds; and (2) Parliament’s intention as to the circumstances in which offenders may be required to pay them back. Again, there is nothing inconsistent about allowing *accused persons* to access seized funds to pay for legal counsel but requiring *offenders* to pay them back in the event that they are determined to be proceeds of crime. While Parliament intended to give accused persons the benefit of having access to seized funds to pay for reasonable legal expenses, it did not, in my view, intend to give offenders the benefit of never having to pay them back.

[167] Had that been Parliament’s intent, it could easily have enacted a provision stipulating that any funds released pursuant to a restoration order would be exempt from forfeiture or a fine in lieu, or that such funds would be exempt unless “it turns out that the [offender’s] financial need was not real, or the funds were not used to alleviate that need”, as my colleague proposes (para. 76). But it did not. In the absence of any such provision, there is no compelling basis on which to conclude that Parliament was prepared to simply write off any funds released to pay for legal counsel — which may amount to hundreds of thousands of dollars (see *Smith*) — as a gift.

[168] Of course, if an accused is acquitted and the funds are not found to be proceeds of crime, then the accused has simply paid for his or her own defence using his or her own money. In that event, the state has not been deprived of any property that would otherwise have been forfeited. But where an accused is convicted and the funds are found to be proceeds of crime, every dollar that was spent on the offender’s defence using proceeds of crime is a dollar that would otherwise have been forfeited to the state — a fact which my colleague acknowledges is “undeniable” (para. 68). In those circumstances, it is unthinkable that Parliament would have been content to simply absorb the loss.

[166] En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Ma collègue confond deux concepts distincts : (1) l’intention du législateur concernant les circonstances dans lesquelles un accusé peut avoir accès aux fonds saisis; et (2) l’intention du législateur concernant les circonstances dans lesquelles un contrevenant peut être tenu de les rembourser. Je le répète, permettre aux *accusés* d’accéder à des fonds saisis pour payer les services de leur conseiller juridique n’a rien d’incompatible avec le fait d’exiger des *contrevenants* qu’ils remboursent ces fonds s’il est établi que ce sont des produits de la criminalité. Bien que le législateur ait voulu donner aux accusés l’avantage d’avoir accès à des fonds saisis afin de payer leurs frais juridiques raisonnables, il n’avait pas l’intention, à mon avis, de donner aux contrevenants l’avantage de ne jamais avoir à les rembourser.

[167] Si cela avait été l’intention du législateur, il aurait pu aisément édicter une disposition portant que les fonds restitués par application d’une ordonnance de restitution seraient soustraits à la confiscation ou à une amende de remplacement, ou qu’ils le seraient sauf « [s]’il s’avère que le besoin financier [du contrevenant] n’était pas réel ou que les fonds n’ont pas servi à atténuer ce besoin », comme le propose ma collègue (par. 76). Le législateur n’a toutefois pas édicté une telle disposition, en conséquence de quoi aucun motif impérieux ne permet de conclure qu’il était prêt à simplement traiter les fonds restitués pour la rémunération d’un conseiller juridique — ce qui peut représenter des centaines de milliers de dollars (voir *Smith*) — comme un don.

[168] Évidemment, si l’accusé est acquitté et il est établi que les fonds ne sont pas des produits de la criminalité, l’accusé aura tout simplement payé pour sa propre défense au moyen de son propre argent. Le cas échéant, l’État n’a pas été privé de biens qui auraient autrement été confisqués. Toutefois, si l’accusé est reconnu coupable et il est établi que les fonds étaient bel et bien des produits de la criminalité, chaque dollar consacré à la défense du contrevenant au moyen de produits de la criminalité est un dollar qui aurait autrement été confisqué au profit de l’État — un fait qui, de l’aveu de ma collègue, est « indéniable[ment] » (par. 68). Dans les circonstances, il est impensable que le législateur se soit contenté d’absorber la perte.

[169] While Parliament enacted statutory safeguards that control the amount of funds released, this cannot be taken as an indication that it was prepared to let those funds go for good. The purpose of controlling the amount of funds released to accused persons is to protect the state's legitimate interest in preserving property that is reasonably believed to be proceeds of crime to the greatest extent possible, thereby facilitating the enforcement of any subsequent forfeiture order. Releasing the entirety of the seized funds, regardless of whether the accused actually needs the full amount, would create an unnecessary risk that the funds may be long gone by the time of any future sentencing hearing. Furthermore, while a fine in lieu may be imposed where some or all of the funds have been spent, an offender may take years to pay the fine and in some cases may never pay it, either because the offender refuses to pay or because the offender has a genuine inability to pay. Hence, the constraints placed on the amount released serve a legitimate purpose and cannot be taken as a signal that Parliament was prepared to let those funds go for good.

(iii) The Majority's Approach Is Inconsistent With the "Limited Discretion" Described in *Lavigne*

[170] Finally, with respect, my colleague's approach to the exercise of a sentencing judge's limited discretion not to impose a fine in lieu is inconsistent with this Court's decision in *Lavigne*, which reiterated on a number of occasions that the discretion not to impose a fine in lieu is "limited" (see paras. 1, 23, 27, 29, 34, and 44). My colleague's approach turns this concept on its head by transforming this limited discretion not to impose a fine into a presumptive rule against imposing a fine, at least in respect of funds that have been released to pay for reasonable legal expenses.

[171] Having explained why I reject the approach taken by my colleague, I turn to the application of the relevant principles to the case at hand.

[169] Bien que le législateur ait édicté des garanties légales qui circonscrivent le montant des fonds restitués, on ne saurait y voir là une indication qu'il était prêt à renoncer à ces fonds pour de bon. L'objectif de circonscrire les fonds restitués à un accusé sert à protéger l'intérêt légitime de l'État à préserver dans la mesure du possible les biens dont on croit, pour des motifs raisonnables, qu'il s'agit de produits de la criminalité de manière à faciliter l'exécution d'éventuelles ordonnances de confiscation. Restituer la totalité des fonds saisis, que l'accusé ait besoin ou non de la totalité du montant, créerait un risque inutile que les fonds disparaissent bien avant la tenue d'une éventuelle audience relative à la détermination de la peine. Qui plus est, bien qu'une amende de remplacement puisse être infligée lorsqu'une partie ou l'ensemble des fonds ont été dépensés, un contrevenant pourrait prendre des années pour la payer ou même ne pas la payer du tout, soit parce qu'il refuse de le faire, soit parce qu'il est réellement incapable de le faire. Aussi les limites imposées aux sommes restituées visent-elles un but légitime et ne peuvent être considérées comme un signal que le législateur était prêt à renoncer à ces fonds pour de bon.

(iii) L'interprétation des juges majoritaires ne cadre pas avec le « pouvoir discrétionnaire limité » décrit dans l'arrêt *Lavigne*

[170] Enfin, soit dit en tout respect, l'interprétation qu'adopte ma collègue quant à l'exercice par un juge chargé de déterminer la peine de son pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'infliger une amende de remplacement n'est pas conforme avec l'arrêt *Lavigne*, dans lequel notre Cour a rappelé plusieurs fois que le pouvoir discrétionnaire de refuser d'infliger l'amende de remplacement est « limité » (voir par. 1, 23, 27, 29, 34 et 44). Le raisonnement de ma collègue a pour effet de dénaturer ce concept en transformant ce pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'infliger une amende en une règle interdisant à première vue l'adoption de cette mesure, du moins à l'égard des fonds qui ont été restitués pour le paiement de frais juridiques raisonnables.

[171] Ayant expliqué pourquoi je rejette l'interprétation adoptée par ma collègue, je passe à l'application des principes pertinents en l'espèce.

## V. Application

[172] In this instance, the police seized funds that were later determined to be proceeds of crime upon Mr. Rafilovich's guilty pleas. These funds were released to him to pay for reasonable legal expenses pursuant to s. 462.34(4). Those funds, which qualified as "property of an offender", were subsequently transferred to a third party — Mr. Rafilovich's lawyer — such that they could not be made subject to a forfeiture order. Consequently, the authority to order a fine in lieu under s. 462.37(3) was engaged.

[173] But the sentencing judge exercised her limited discretion not to invoke this authority. She reasoned that Mr. Rafilovich "did not profit from his crime" (2013 ONSC 7293, at p. 20 (CanLII)). She stressed that he "obtained no benefit from these funds other than enabling him to pay for legal representation to which he [was] constitutionally entitled" (*ibid.*). She also expressed concern about exposing Mr. Rafilovich to a term of imprisonment in the event of default, which similarly situated offenders who had alternative means or who qualified for legal aid would not face.

[174] With respect, I am unable to agree with the learned sentencing judge's analysis. Mr. Rafilovich did, in fact, receive a benefit from his crime: he retained an experienced lawyer of his choice through the use of about \$42,000 derived from the commission of criminal offences. Unlike many accused persons, Mr. Rafilovich had the benefit of a pool of resources to draw upon to fund his defence. Moreover, the sentencing judge's concerns about the prospect of imprisonment were misplaced. Pursuant to this Court's decision in *Wu*, a warrant of committal would be issued only if Mr. Rafilovich had the means to pay a fine in lieu but refused to do so within the time allotted.

## V. Application

[172] Dans la présente affaire, la police a saisi des fonds dont on a plus tard jugé, lors de l'inscription des plaidoyers de culpabilité de M. Rafilovich, qu'il s'agissait de produits de la criminalité. Ces fonds lui ont été restitués pour lui permettre de payer ses frais juridiques raisonnables suivant le par. 462.34(4). Ces fonds, qui constituaient un « bien [. . .] d'un contrevenant », ont subséquemment été remis à un tiers — l'avocat de M. Rafilovich — de sorte qu'ils ne pouvaient pas faire l'objet d'une ordonnance de confiscation. En conséquence, le pouvoir d'infliger une amende de remplacement en vertu du par. 462.37(3) était en jeu.

[173] Cependant, la juge chargée de déterminer la peine a, en vertu de son pouvoir discrétionnaire limité, décidé de ne pas imposer cette sanction. Elle a souligné que M. Rafilovich [TRADUCTION] « n'avait pas tiré profit de son crime » (2013 ONSC 7293, p. 20 (CanLII)). De plus, a-t-elle ajouté, « il n'a tiré aucun avantage de ces fonds, hormis celui de les utiliser pour payer la représentation par avocat à laquelle il [avait] droit en vertu de la Constitution » (*ibid.*). La juge a également exprimé sa crainte d'exposer M. Rafilovich à l'incarcération pour défaut de paiement, un sort que ne risqueraient pas de subir des contrevenants se trouvant dans une situation semblable qui posséderaient d'autres moyens ou qui seraient admissibles à l'aide juridique.

[174] En toute déférence, je ne peux souscrire à l'analyse de la juge chargée de déterminer de la peine. Monsieur Rafilovich a effectivement tiré profit de son crime : il a retenu les services d'un avocat expérimenté de son choix grâce à l'utilisation d'une somme d'environ 42 000 \$ découlant de la perpétration d'infractions criminelles. Contrairement à de nombreux accusés, M. Rafilovich a eu accès à une réserve de ressources pour financer sa défense. De plus, les craintes de la juge chargée de déterminer la peine au sujet du risque d'incarcération n'étaient pas fondées. Suivant l'arrêt rendu par notre Cour dans *Wu*, un mandat d'incarcération ne serait délivré que si M. Rafilovich avait les moyens de payer l'amende de remplacement, mais aurait refusé de le faire dans le délai imparti.

[175] Finally, although the sentencing judge stated that Mr. Rafilovich used the released funds to obtain “legal representation to which he [was] constitutionally entitled” (p. 20), she did not consider whether representation by counsel was essential to his constitutional right to a fair trial. This inquiry was, as a matter of law, a prerequisite to a finding that Mr. Rafilovich was constitutionally entitled to state-funded legal counsel and, in turn, the proper exercise of the limited discretion not to impose a fine in lieu in this instance.

[176] As the record before this Court is insufficient to decide this issue, I would set aside the order of the Court of Appeal and remit the case to the sentencing judge for determination.

*Appeal allowed, WAGNER C.J. and MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Lafontaine & Associates, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Brauti Thorning, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto; Brauti Thorning, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.*

[175] Enfin, même si la juge chargée de déterminer la peine a affirmé que M. Rafilovich avait utilisé les fonds restitués pour obtenir [TRADUCTION] « une représentation par avocat à laquelle il [avait] droit en vertu de la Constitution » (p. 20), elle ne s'est pas demandé si le fait d'être représenté par un avocat était essentiel pour assurer le respect du droit constitutionnel de M. Rafilovich à un procès équitable. Or, elle se devait, en droit, d'analyser cette question avant de conclure que M. Rafilovich avait droit, en vertu de la Constitution, aux services d'un avocat rémunéré par l'État et d'exercer correctement le pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'infliger une amende de remplacement en l'espèce.

[176] Comme le dossier dont la Cour est saisie n'est pas suffisamment étoffé pour nous permettre de trancher cette question, j'annulerais l'ordonnance de la Cour d'appel et je renverrais l'affaire à la juge chargée de déterminer la peine pour qu'elle rende une nouvelle décision.

*Pourvoi accueilli, le juge en chef WAGNER et les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appellant : Lafontaine & Associates, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Brauti Thorning, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Alan D. Gold Professional Corporation, Toronto; Brauti Thorning, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.*