

Gérard Vézina *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

and between

Donald Côté *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Donald Côté and Gérard Vézina *Respondents*.

File Nos.: 17378, 17377, 17376.

1984: December 12; 1986: January 30.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Absence of accused — Trial judge examining two jurors in chambers in absence of accused and counsel — Inquiry relating to impartiality of certain jurors — Whether trial judge's examination to determine the impartiality of jurors need be in the presence of the accused — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 577.

Criminal law — Fraud — Indictment — Indictment describing the "Bank of Montreal" as the victim of the conspiracy to defraud and the attempted fraud — No case vis-à-vis the Bank of Montreal — Motion to amend the indictment denied by trial judge because of irreparable prejudice to accused — No evidence of prejudice — Indictment amended and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338, 529.

The accused were charged with (1) unlawful possession of stolen Government of Canada bonds, (2) conspiracy to defraud the Bank of Montreal and (3) attempt to defraud the Bank of Montreal. The evidence adduced at trial indicated that the accused and two associates attempted unsuccessfully to cash the bonds with a bank in Switzerland. The Swiss Bank counselled them to deposit the bonds in that Bank's account with the Bank

Gérard Vézina *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

^a

et entre

Donald Côté *Appellant*;

et

^b

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

et entre

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

^c

et

Donald Côté et Gérard Vézina *Intimés*.

N^{os} du greffe: 17378, 17377, 17376.

^d

1984: 12 décembre; 1986: 30 janvier.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e

Droit criminel — Procès — Absence des accusés — Interrogatoire de deux jurés par le juge du procès dans son cabinet en l'absence des accusés et des avocats — Enquête concernant l'impartialité de certains jurés — Le juge du procès doit-il mener l'interrogatoire relatif à l'impartialité de jurés en présence des accusés? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 577.

^g

Droit criminel — Fraude — Acte d'accusation — Acte d'accusation identifiant la «Banque de Montréal» comme victime d'un complot en vue de frauder et d'une tentative de fraude — Aucune preuve concernant la Banque de Montréal — Rejet d'une requête en modification de l'acte d'accusation par le juge du procès pour cause de préjudice irréparable aux accusés — Aucune preuve de préjudice — Acte d'accusation modifié et nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338, 529.

ⁱ

Les accusés ont été inculpés (1) de possession illégale d'obligations volées du gouvernement du Canada, (2) de complot en vue de commettre une fraude contre la Banque de Montréal et (3) de tentative de fraude contre la Banque de Montréal. Selon la preuve présentée au procès, les accusés et deux comparses ont tenté sans succès d'encaisser les obligations auprès d'une banque en Suisse. La banque suisse leur a conseillé de déposer les

of Montreal. The latter, however, would not credit the Swiss Bank with the proceeds of the bonds until it had received the money from the Bank of Canada. The proceeds were never credited because the Bank of Canada informed the Bank of Montreal that they were dealing with stolen bonds.

At the close of the Crown's case, the trial judge allowed the motion of the accused for a directed verdict of acquittal on counts 2 and 3 on the ground that there was no evidence supportive of a conspiracy to defraud or an attempt to defraud the Bank of Montreal. The Bank, as agent of the Swiss Bank, would not make any payment from its own funds and consequently would not have suffered any prejudice from the transaction. The trial judge denied the Crown's motion to amend the indictment by deleting the reference to the Bank of Montreal because the accused would suffer serious prejudice and because there was no case establishing a risk of prejudice to the economic interests of anyone, except the owner of the bonds. The jury as directed returned a verdict of not guilty on counts 2 and 3.

During the course of the jury's deliberations with respect to the first count, the trial judge received notes from two jurors questioning the impartiality of two other jurors. After consulting the counsel for the parties and failing to obtain any consent as to what steps should be taken, the trial judge questioned the two complaining jurors in his chambers in the sole presence of a court reporter and concluded that their complaint was without foundation. He decided that there was no reason for the jury not to continue its deliberations. The jury found the accused guilty of unlawful possession.

The Court of Appeal allowed both the Crown's appeal from the directed verdicts of acquittal and the appeals of the accused from their conviction for possession and in all cases ordered a new trial. The Crown and the accused now appeal to this Court.

Held: The appeals should be dismissed.

(1) *The appeal by the Crown:* The examination of the two jurors by the trial judge in his chambers, without the presence of the accused, constituted a violation of s. 577 of the *Criminal Code*. The right of an accused to be present at his trial means that he has the right to have direct knowledge of anything that occurs in the course of his trial which could involve his vital interests. If on the

obligations au compte qu'elle détenait à la Banque de Montréal. Cette dernière a cependant décidé de ne pas porter au crédit de la banque suisse la valeur des obligations tant qu'elle n'aurait pas reçu l'argent de la Banque du Canada. L'argent ne fut jamais crédité parce que la Banque du Canada a avisé la Banque de Montréal qu'il s'agissait d'obligations volées.

Au terme de la présentation de la preuve de Sa Majesté, le juge du procès a accueilli la requête des accusés en verdict imposé d'acquiescement relativement aux chefs d'accusation 2 et 3 parce qu'aucune preuve n'établissait un complot en vue de frauder ou une tentative de frauder la Banque de Montréal. La banque, à titre de mandataire de la banque suisse, n'aurait déboursé aucun fonds propre et par conséquent n'aurait subi aucun préjudice par suite de l'opération. Le juge du procès a rejeté la requête de Sa Majesté visant à modifier l'acte d'accusation par la suppression de la mention de la Banque de Montréal parce que les accusés auraient subi un préjudice grave et parce qu'aucune preuve n'établissait un risque de préjudice relatif aux intérêts pécuniaires de qui que ce soit, à l'exception du propriétaire des obligations. Comme on le lui avait imposé, le jury a rendu un verdict de non-culpabilité relativement aux chefs 2 et 3.

Au cours des délibérations du jury relativement au premier chef d'accusation, le juge du procès a reçu des notes de deux jurées mettant en doute l'impartialité de deux autres jurés. Ayant consulté les avocats des parties et ayant demandé en vain leur accord sur les mesures à prendre, le juge du procès a interrogé dans son cabinet les jurées plaignantes en la seule présence d'un sténographe judiciaire et a conclu que leur plainte était sans fondement. Il a décidé qu'il n'y avait aucune raison pour laquelle le jury ne devrait pas continuer ses délibérations. Le jury a conclu que les accusés étaient coupables de possession illégale.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de Sa Majesté contre les verdicts imposés d'acquiescement ainsi que les appels des accusés contre leur déclaration de culpabilité de possession et, dans tous les cas, a ordonné un nouveau procès. Sa Majesté et les accusés se pourvoient maintenant devant cette Cour.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

(1) *Le pourvoi de Sa Majesté:* L'interrogatoire des deux jurées par le juge du procès dans son cabinet, hors la présence des accusés, constitue une violation de l'art. 577 du *Code criminel*. Le droit d'un accusé d'être présent à son procès signifie qu'il a le droit de prendre directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse toucher à ses intérêts

facts of a case it is uncertain whether the accused's vital interests are involved, the judge may, in the absence of the accused, investigate the matter. This would include questioning the jurors. But as of the moment it appears those vital interests are in issue, the issue must be determined in the presence of the accused. Where a judge is being told by jurors that the integrity of other jurors is in doubt, the accused's vital interests are in issue, and the investigation and determination of that issue must be conducted in the presence of the accused.

(2) *The appeals by the accused*: Although there was evidence of an attempt to defraud someone, there was no case to put to the jury as regards the Bank of Montreal. The accused did not conspire to or attempt to defraud that Bank. The two concerns with fraud are dishonesty and deprivation. The element of deprivation is satisfied on proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim. It is not essential that there be actual economic loss as to the outcome of the fraud. Hiding the fact from the Bank of Montreal that the bonds were stolen and representing one's self as the lawful holder of the bonds satisfies the requirement of dishonesty. The Bank of Montreal, however, was not, on the facts of this case, asked to disburse any money for the bonds. The Bank was induced through deceit into becoming, albeit innocently, instrumental to a fraudulent scheme. As wide as the notion of deprivation may be, it does not encompass the kind of prejudice that might flow from such a situation. Any deprivation to the Bank of Montreal would be speculative and too remote.

On a charge of conspiracy to defraud or of an attempt to defraud, there is no need to establish the identity of the victim and the reference to the "Bank of Montreal" was unnecessary and mere surplusage. The surplusage rule, like ss. 510(3) and 529, cannot be invoked in cases where its application may prejudice the accused in his defence. Here, the trial judge felt that, after an eight month trial, the prejudice to the accused was irreparable. He gave no reason for that finding and there was no indication from the evidence that the accused were misled in their handling of the case. The trial judge refused the Crown's amendment and granted the motion for a directed verdict because in his view there were no possible target victims of their deceit. The amendment therefore had no useful purpose. Even though a trial judge's finding should not be lightly interfered with, the appeal judge was justified in reviewing that finding and rightly concluded that there had been no prejudice. The indictment should be amended by deleting reference to

vitaux. Si, suivant les faits de l'espèce, il n'est pas certain que les intérêts vitaux de l'accusé sont en jeu, le juge peut, en l'absence de l'accusé, enquêter sur la question. Cela comprendrait l'interrogatoire des jurés. Mais dès qu'il appert que ces intérêts vitaux sont en jeu, il faut trancher la question en présence de l'accusé. Lorsque des jurés disent à un juge que l'intégrité d'autres jurés est mise en doute, les intérêts vitaux de l'accusé sont en jeu et l'enquête et la décision relatives à cette question doivent avoir lieu en présence de l'accusé.

(2) *Les pourvois des accusés*: Bien qu'il y ait eu preuve d'une tentative de frauder quelqu'un, il n'y avait aucune preuve à soumettre au jury concernant la Banque de Montréal. Les accusés n'ont pas comploté en vue de frauder cette banque ni tenté de la frauder. Les deux éléments de la fraude sont la malhonnêteté et la privation. On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle. Cacher à la Banque de Montréal qu'il s'agissait d'obligations volées et se présenter comme un détenteur licite des obligations satisfont aux critères de la malhonnêteté. On ne demandait pas à la Banque de Montréal, d'après les faits de l'espèce, de déboursier de l'argent pour les obligations. La banque a été amenée par la supercherie à participer, quoique innocemment, à une opération frauduleuse. Aussi large que soit la notion de privation, elle n'englobe pas le genre de préjudice qui pourrait découler d'une telle situation. Toute privation causée à la Banque de Montréal reste hypothétique et trop lointaine.

Dans une accusation de complot en vue de frauder ou de tentative de frauder, il n'est pas nécessaire d'établir l'identité de la victime et la mention «Banque de Montréal» était inutile et superflète. La règle du superfétatoire, comme le par. 510(3) et l'art. 529, ne peut être invoquée lorsque son application peut causer un préjudice à l'accusé dans sa défense. En l'espèce, le juge du procès a estimé que, après un procès de huit mois, le préjudice causé aux accusés était irréparable. Il n'a pas donné les motifs de cette conclusion et rien dans la preuve n'indique que les accusés ont été induits en erreur dans leur façon de mener leur défense. Le juge du procès a refusé la modification de Sa Majesté et a accueilli la requête en verdict imposé parce que à son avis leur supercherie ne visait aucune victime possible. La modification n'avait donc aucune utilité. Même s'il ne faut pas intervenir à la légère face à une conclusion du juge de première instance, le juge d'appel était fondé à réviser cette conclusion et il a eu raison de conclure qu'il n'y

the Bank of Montreal and a new trial held on the indictment as amended.

Cases Cited

R. v. Hertrich, Stewart and Skinner (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, applied; *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (Que. Q.B.), aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152; *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285; *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531 (Man. C.A.), aff'd [1976] 1 S.C.R. 20; *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294; *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318; *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306; *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229; *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197; *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 338 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 32], 510(1), (3), 512(c), 515, 529 [am. 1974-75-76 (Can.), c. 105, s. 29, item 6], 577 [am. 1972 (Can.), c. 13, s. 50], 613(1)(b)(iii).

Authors Cited

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, Aurora Ont., Canada Law Book Ltd., 1983.
Gordon, G. H. *The Criminal Law of Scotland*, 2nd ed., Edinburgh, W. Green & Son Ltd., 1978.
Holdsworth, W. S. *A History of English Law*, vol. 3, 5th ed., London, Methuen & Co., 1942.
Radzinowicz, L. *A History of English Criminal Law*, vol. 1, New York, MacMillan Co., 1948.
Stephen, J. F. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, London, MacMillan & Co., 1883.

APPEAL by the Crown from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47, allowing the appeals of the accused from their conviction for illegal possession of stolen bonds and ordering a new trial. Appeal dismissed.

APPEALS by the accused from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1982), 3 C.C.C. (3d)

avait eu aucun préjudice. L'acte d'accusation doit être modifié par la suppression de la mention de la Banque de Montréal et un nouveau procès ordonné sur l'acte d'accusation modifié.

^a Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; arrêts mentionnés: *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (B.R. Qué.), conf. [1966] R.C.S. 399; *R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152; *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188; *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285; *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531 (C.A. Man.), conf. [1976] 1 R.C.S. 20; *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294; *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318; *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306; *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229; *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197; *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58.

Lois et règlements cités

^e *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 338 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 32], 510(1), (3), 512c), 515, 529 [mod. 1974-75-76 (Can.), chap. 105, art. 29, item 6], 577 [mod. 1972 (Can.), chap. 13, art. 50], 613(1)(b)(iii).

^f Doctrine citée

Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, Aurora Ont., Canada Law Book Ltd., 1983.
Gordon, G. H. *The Criminal Law of Scotland*, 2nd ed., Edinburgh, W. Green & Son Ltd., 1978.
Holdsworth, W. S. *A History of English Law*, vol. 3, 5th ed., London, Methuen & Co., 1942.
Radzinowicz, L. *A History of English Criminal Law*, vol. 1, New York, MacMillan Co., 1948.
^h Stephen, J. F. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, London, MacMillan & Co., 1883.

POURVOI de Sa Majesté contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47, qui a accueilli les appels des accusés contre leur déclaration de culpabilité de possession illégale d'obligations volées et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^j POURVOIS des accusés contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1982), 3 C.C.C. (3d)

557, setting aside their acquittal and ordering a new trial on the counts of attempted fraud and conspiracy. Appeals dismissed.

Michel Proulx, for Côté.

Robert Doré, for Vézina.

Yves Berthiaume, for Her Majesty The Queen.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Donald Côté, Gérard Vézina and Claude Benloulou were tried before a jury of the Montréal Assizes on an indictment comprising three counts: illegal possession of stolen bonds, and as a result of having attempted to negotiate said bonds, of attempted fraud and of conspiracy to commit fraud. Lamb J. granted a motion for a directed verdict of acquittal on the latter two counts but denied the motion as regards the count of possession.

The jury as directed returned a verdict of not guilty on the two counts, deliberated on the first and found all three accused guilty of unlawful possession. The Crown appealed the directed verdicts of acquittal, and the accused appealed their conviction for possession. Prior to the judgment of the Court of Appeal, Benloulou died. In a unanimous decision the appeals of the Crown were allowed and a new trial was ordered on the counts of attempted fraud and of conspiracy: (1982), 3 C.C.C. (3d) 557. The appeals of the accused Côté and Vézina were also allowed, L'Heureux-Dubé J.A. dissenting: [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47. The Crown and the accused all appeal to this Court as of right, the Crown by virtue of L'Heureux-Dubé J.A.'s dissent, the accused because of the reversal of their acquittal.

The Crown's Appeal

The Facts

The facts relevant to the Crown's appeal are conveniently found in Lamb J.'s report on the

557, qui a infirmé leur acquittement et ordonné un nouveau procès sur les chefs d'accusation de tentative de fraude et de complot. Pourvois rejetés.

a Michel Proulx, pour Côté.

Robert Doré, pour Vézina.

Yves Berthiaume, pour Sa Majesté La Reine.

b Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Donald Côté, Gérard Vézina et Claude Benloulou ont été jugés devant un jury aux Assises de Montréal relativement à un acte d'accusation comportant trois chefs: possession illégale d'obligations volées et, par suite d'une tentative de négocier lesdites obligations, tentative de fraude et complot en vue de commettre une fraude. Le juge Lamb a fait droit à une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquittement relativement aux deux derniers chefs, mais il a rejeté la requête dans le cas du chef de possession.

e Le jury, comme il le lui avait été imposé, a rendu un verdict de non-culpabilité relativement aux deux chefs et, après avoir délibéré sur le premier, a déclaré les trois accusés coupables de possession illégale. Sa Majesté en a appelé des verdicts imposés d'acquittement et les accusés en ont appelé de leur déclaration de culpabilité de possession. Benloulou est décédé avant que ne soit rendu l'arrêt de la Cour d'appel. Dans un arrêt *g* unanime, les appels de Sa Majesté ont été accueillis et un nouveau procès ordonné concernant les chefs de tentative de fraude et de complot: (1982), 3 C.C.C. (3d) 557. Les appels des accusés Côté et Vézina ont aussi été accueillis, le juge L'Heureux-Dubé étant dissident: [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, 32 C.R. (3d) 47. Sa Majesté et les accusés se pourvoient tous devant cette Cour, de plein droit, Sa Majesté en raison de la dissidence du juge L'Heureux-Dubé, les accusés parce que *i* leur acquittement a été infirmé.

Le pourvoi de Sa Majesté

Les faits

j Les faits utiles au pourvoi de Sa Majesté sont bien exposés dans le rapport que le juge Lamb a

matter to the Court of Appeal, and concern, he says:

... two written communications I received during the course of the jury's deliberations from each of two female jurors indicating their belief that two male members of the jury were being or had been influenced by one of the accused.

Having informed the accused and counsel of these communications and having asked for and failed to obtain agreement of counsel as to what steps should be taken, and since in my opinion there was, at that stage of the trial, only one course to follow, I conducted my own inquiry, which is fully documented in the Record of the case, and interviewed each accusing juror in turn exclusively as to the reasons for her suspicions. I satisfied myself that these were without foundation. I therefore permitted the jury's deliberations to continue, rejecting the two alternative courses of (a) removal from the jury of the two jurors against whom the accusations had been made, or (b) declaring a mistrial. I formally advised the accused and counsel of my decision.

The two notes sent to the judge by the two jurors read as follows:

[TRANSLATION] Your Honour, I have doubts with respect to the honesty of two jurors, may I meet with you? Yours truly, Pauline Charbonneau.

Your Honour, We are in a state of panic caused by the behaviour of Daniel and Denis (juror numbers 9 and 4), who do not want to listen to anyone. They are like wild beasts, and I accuse them of doing everything possible to influence in a diabolical manner the weaker jurors; and they are doing this in their own interest, and I believe I know the source of that interest. I will have much more to say at a more appropriate time and place. Yours respectfully, Janette Trudel.

The judge, in the presence of the accused and of counsel, read the notes and made the following request:

[TRANSLATION] Might I just request the consent of counsel for the defence to my examining—without the presence of counsel and without the presence of the accused—to my meeting at her request with juror No. 5 to hear what she has to say?

While consented to by the Crown, this was clearly objected to by the defence. There ensued a discussion, and, after a recess for lunch, counsel for the defence made a motion for mistrial. This motion was based on the fact that given the nature of the accusation the jury could not enjoy the

soumis à la Cour d'appel sur cette affaire; il s'agit, dit-il, de:

[TRANSLATION] ... deux communications écrites que j'ai reçues de deux jurées, alors que le jury délibérait, indiquant qu'elles croyaient que deux jurés étaient ou avaient été influencés par l'un des accusés.

Ayant informé les accusés et leurs avocats de ces communications et n'ayant pas obtenu l'accord des avocats sur les mesures à prendre et, comme à mon avis il n'y avait, au stade où en était rendu le procès, qu'une seule avenue possible, j'ai procédé à ma propre enquête dont toutes les pièces ont été versées au dossier de l'affaire, et j'ai interrogé chacune des jurées accusatrices, l'une après l'autre, sur les motifs de leurs soupçons. Je suis devenu convaincu que ceux-ci étaient sans fondement. J'ai donc autorisé la poursuite des délibérations du jury, écartant les deux autres avenues possibles: a) retirer du jury les deux jurés visés par les accusations ou, b) déclarer que le procès avortait. J'ai formellement avisé les accusés et les avocats de ma décision.

Voici le texte des deux notes que les deux jurées avaient adressées au juge:

Monsieur le juge, j'ai des doutes sur l'honnêteté de deux jurés, puis-je vous rencontrer? Bien à vous, Pauline Charbonneau.

Monsieur le juge: Nous sommes paniqués par le comportement de Daniel et Denis (jurés numéros neuf et quatre), qui ne veulent rien entendre de positif. Ils sont comme des fauves, je les accuse de tout faire pour influencer diaboliquement les plus faibles, et cela dans leurs propres intérêts dont je crois connaître la source. J'en dirai beaucoup plus en temps et lieu. Respectueusement vôtre, Janette Trudel.

Le juge, en présence des accusés et des avocats, a lu les notes et a demandé ce qui suit:

Puis-je juste demander le consentement des avocats de la défense à ce que, hors la présence des avocats, et hors la présence des accusés, j'interroge, je rencontre, selon sa demande, le juré numéro cinq (5) afin de recevoir ses explications?

Si la poursuite a consenti à cela, la défense quant à elle s'y est clairement opposée. S'ensuivit une discussion puis, après l'ajournement pour le repas du midi, les avocats de la défense ont soumis une requête en déclaration d'avortement de procès. Cette requête était fondée sur le fait que, compte

serenity required to fulfill its duties. Furthermore, there was some concern that if jurors No. 9 and No. 4 knew of the nature of the suspicion entertained by some of the jurors, they would be pressured into giving a verdict that would dispel these suspicions. The defence asked, in the alternative, that the two jurors who sent the notes be excluded from the panel. The motions were denied.

Lamb J. met together with these two jurors in his chambers, in the sole presence of a court reporter. It was only once the verdict was pronounced that counsel and the accused were informed in open court of his meeting with the jurors and given a transcript of the exchange that took place in the judge's chambers. The record does not reveal whether the judge's disposition of the motions was made prior to his meeting with the jurors. In fact, as was revealed in the Court of Appeal and referred to by Owen J.A. in his judgment:

When asked by counsel for defence whether he had conducted an inquiry with respect to the two jurors who had written notes, the presiding judge replied:

[TRANSLATION] I can tell you that I have come to the conclusion that there is no valid reason that the jury cannot, will not, be able to or should not continue its deliberations in order to arrive at their verdict.

The Judgments of the Court of Appeal

Owen and Malouf J.J.A. both found a violation of s. 577. Owen J.A. adopted the views of the Court of Appeal of Ontario in two cases, those expressed by Martin J.A. in *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 and those of Zuber J.A. in *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570. L'Heureux-Dubé J.A. dissented and found that on the facts of the case there was no violation of the section. She was of the view that a preliminary investigation determining the impartiality of the jurors need not be in the presence of the accused.

tenu de la nature de l'accusation, le jury ne pourrait s'acquitter de ses obligations avec la sérénité requise à cette fin. De plus, on craignait jusqu'à un certain point que si les jurés n° 9 et n° 4 apprenaient la nature des soupçons qu'entretenaient certains membres du jury à leur égard, ils se sentent obligés de rendre un verdict qui dissiperait ces soupçons. Subsidiairement, la défense a demandé que les deux jurées qui avaient fait parvenir les notes soient exclues du jury. Ces requêtes ont été rejetées.

Le juge Lamb a rencontré les deux jurées dans son cabinet, en la seule présence d'un sténographe judiciaire. Ce n'est qu'une fois le verdict rendu que les avocats et les accusés ont été informés en cour qu'il avait rencontré les jurées et qu'ils ont reçu une transcription des conversations qui ont eu lieu dans le cabinet du juge. Le dossier n'indique pas si le juge a statué sur les requêtes avant de rencontrer les jurées. En fait, comme cela a été révélé en Cour d'appel et comme le mentionne le juge Owen dans son arrêt:

[TRANSLATION] Lorsque les avocats de la défense lui ont demandé s'il avait procédé à une enquête au sujet des deux jurées qui avaient écrit les notes, le président du tribunal a répondu:

Je peux vous dire que je suis venu à la conclusion qu'il n'y a aucune raison valable pour laquelle le jury ne peut pas, ne pourra pas ou ne devra pas continuer ses délibérations afin d'arriver à leur verdict.

Les arrêts de la Cour d'appel

Les juges Owen et Malouf ont tous deux conclu à une violation de l'art. 577. Le juge Owen a adopté le point de vue exprimé par la Cour d'appel de l'Ontario dans deux affaires, celui du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Hertrich, Stewart and Skinner* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, et celui du juge Zuber dans l'arrêt *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570. Madame le juge L'Heureux-Dubé a été dissidente, concluant que, d'après les faits de l'espèce, il n'y avait pas eu violation de l'article. Elle a exprimé l'avis qu'un interrogatoire préliminaire sur l'impartialité des jurés n'avait pas à se faire en présence de l'accusé.

The Law

The relevant facts are in regard of s. 577:

577. (1) Subject to subsection (2), an accused other than a corporation shall be present in court during the whole of his trial.

(2) The court may

- (a) cause the accused to be removed and to be kept out of court, where he misconducts himself by interrupting the proceedings so that to continue the proceedings in his presence would not be feasible,
- (b) permit the accused to be out of court during the whole or any part of his trial on such conditions as the court considers proper, or
- (c) cause the accused to be removed and to be kept out of court during the trial of an issue as to whether the accused is, on account of insanity, unfit to stand his trial where it is satisfied that failure to do so might have an adverse effect on the mental health of the accused.

(3) An accused is entitled, after the close of the case for the prosecution, to make full answer and defence personally or by counsel.

Until *Hertrich, supra*, the courts considered that the test as to the scope of s. 577 was to be found in the words of the judgment of Casey J.A. in *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (affirmed by this Court, [1966] S.C.R. 399), where he said, at p. 17:

Our problem is whether the Court proceeded, whether it did anything of a nature to advance the case, in the absence of the appellant. If it did not appellant's argument must be rejected; if it did the conviction must be quashed.

In *R. v. Grimba, supra*, Zuber J.A. questioned whether the words "of a nature to advance the case" were intended to be definitive". In my view, they were not. The question as put by Casey J.A. was befitting the issue and the facts of that case. I think the proper test is to be found in Martin J.A.'s judgment in *Hertrich, supra*.

In *Hertrich*, a case also involving meetings with jurors, the judge was informed by the sheriff that a juror had conveyed to one of his officers that he had received phone calls about the case. Prior to

Le droit

Les faits pertinents doivent être examinés en fonction de l'art. 577:

577. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un accusé, autre qu'une corporation, doit être présent en cour pendant tout son procès.

(2) La cour peut

- a) faire éloigner l'accusé et le faire garder hors de la cour lorsqu'il se conduit mal en interrompant les procédures, au point qu'il serait impossible de les continuer en sa présence,
- b) permettre à l'accusé d'être hors de la cour pendant la totalité ou toute partie de son procès, aux conditions qu'elle juge à propos, ou
- c) faire éloigner et garder l'accusé hors de la cour pendant l'examen de la question de savoir si l'accusé est, pour cause d'aliénation mentale, incapable de subir son procès, lorsqu'elle est convaincue que l'omission de ce faire pourrait avoir un effet préjudiciable sur l'état de santé mentale de l'accusé.

(3) Un accusé a droit, après que la poursuite a terminé son exposé, de présenter, personnellement ou par avocat, une pleine réponse et défense.

Jusqu'à l'arrêt *Hertrich*, précité, les tribunaux considéraient que le critère applicable à la portée de l'art. 577 était celui énoncé dans l'arrêt *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14 (confirmé par cette Cour, [1966] R.C.S. 399), où le juge Casey affirme, à la p. 17:

[TRADUCTION] Notre problème est de savoir si la Cour a procédé, si elle a fait quelque chose de nature à faire avancer l'affaire, en l'absence de l'appelant. Si ce n'est pas le cas, l'argument de l'appelant doit être rejeté; si c'est le cas, la déclaration de culpabilité doit être annulée.

Dans l'arrêt *R. v. Grimba*, précité, le juge Zuber s'est demandé si les termes [TRADUCTION] «de nature à faire avancer l'affaire» se voulaient définitifs». À mon avis, la réponse est non. La question que se posait le juge Casey convenait au point en litige et aux faits dont il était saisi. Je crois que le critère qu'il faut appliquer est énoncé par le juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, précité.

Dans l'affaire *Hertrich*, où il était aussi question de rencontres avec les jurés, le juge avait été informé par le shérif qu'un juré avait révélé à l'un de ses agents qu'il avait reçu des appels téléphoni-

questioning the jurors in the absence of the accused the judge had met with counsel in his chambers to discuss whether an investigation was necessary, and if so, whether it should be conducted in the presence of the accused. Over objections of counsel for some of the accused, the judge decided that an investigation was necessary and examined the jurors in the presence of counsel, but in the absence of the accused.

In his reasons, Martin J.A., said that the accused's right to be present at his trial means that he has the right "to have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests". This obviously includes (at p. 527):

... proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including *voir dire* proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty.

This would also include "proceedings" conducted by the judge during the trial for the purpose of investigating matters which have occurred outside the trial but which may affect its fairness. This would however exclude events which (at p. 529):

... although in one sense part of the trial, cannot reasonably be considered to be a part of the trial for the purpose of the present principle, because they cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial, or the issue of guilt or innocence.

Applying these principles to the facts of that case, the court found that the in-chambers examination of the jurors was part of the trial. Martin J.A., illustrating what would not be part of the trial said, at p. 539:

... the communication by the deputy sheriff to the judge of the information with respect to the anonymous telephone call, and the preliminary in-chambers conference with counsel to determine the necessity for an

ques concernant l'affaire. Avant d'interroger les jurés en l'absence des accusés, le juge avait fait venir les avocats à son cabinet pour déterminer si une enquête était nécessaire et, le cas échéant, pour savoir si on devait y procéder en présence des accusés. Malgré l'opposition des avocats de certains des accusés, le juge avait décidé qu'une enquête s'imposait et avait interrogé les jurés en présence des avocats mais en l'absence des accusés.

Dans ses motifs, le juge Martin affirme que le droit de l'accusé d'être présent à son procès signifie qu'il a le droit [TRADUCTION] «de prendre directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse toucher à ses intérêts vitaux». Ce qui inclut manifestement (à la p. 527):

[TRADUCTION] ... les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable.

Cela comprendrait aussi les «procédures» menées par le juge au cours du procès aux fins d'enquêter sur des événements qui se sont produits en dehors du procès, mais qui sont susceptibles de le rendre inéquitable. Toutefois, cela exclurait les événements qui (à la p. 529):

[TRADUCTION] ... quoique en un sens font partie du procès, ne peuvent raisonnablement être considérés comme en faisant partie pour les fins du présent principe, parce qu'on ne peut raisonnablement considérer qu'ils ont un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l'innocence.

Applicant ces principes aux faits de cette affaire, la cour a conclu que l'interrogatoire des jurés en cabinet faisait partie du procès. Le juge Martin, voulant donner un exemple de ce qui n'aurait pas fait partie du procès, dit, à la p. 539:

[TRADUCTION] ... la communication par le shérif adjoint au juge du renseignement au sujet de l'appel téléphonique anonyme, et la conférence préliminaire en cabinet avec les avocats, pour déterminer s'il était néces-

inquiry and the form that it should take clearly did not constitute part of the trial.

The Issue

Is the presence of the accused required when the judge is determining whether there is an issue involving his vital interests, or only as of the moment that that issue having been found to exist is being determined? This is how I see the question to be addressed on the facts of this case and given the judgments below. Indeed, it appears to me that all three judges below agree with the principles and the rules set out in *Hertrich, supra*. L'Heureux-Dubé J.A., in her dissenting reasons, quotes at length the reasons of Martin J.A., including the passage to which I have just referred, where he states that the discussion in-chambers with the sheriff and then with counsel was not part of the trial, and she then emphasized the passage immediately following those comments, where he reformulates the issue to be decided by the Court of Appeal in that case:

Therefore the question resolves itself to this: When it had been decided that an investigation was necessary, did the examination of the jurors under oath constitute part of the trial for the purpose of the rule that the accused is entitled to be present at his trial?

Further on L'Heureux-Dubé J.A. said:

[TRANSLATION] This brings us back to the *crux* of the question. In the *Hertrich* case, Mr. Justice Martin set out in the following manner the question to be decided (at p. 529):

The narrow question presented then by this branch of the appeal is whether an examination of a juror with respect to the effect on him of an anonymous telephone call received by or communicated to him is part of the trial.

In the present case, the parameters of the debate can be delimited as follows:

During the deliberations of the jury, does the examination of a juror form part of the trial when this examination has as its sole purpose the verification of the correctness of suspicions which a juror holds with respect to the impartiality of other members of the jury as evidenced by a note received from this juror by the judge and the effect that these suspicions may have on the ability of the juror to continue deliberations?

saire de procéder à une enquête et la forme qu'elle devrait prendre, ne faisaient clairement pas partie du procès.

La question en litige

La présence de l'accusé est-elle requise lorsque le juge se demande si une question qui met en jeu ses intérêts vitaux se pose, ou n'est-ce qu'au moment où on a conclu que la question se pose et qu'on en débat? Voilà comment je conçois la question qu'il faut aborder, compte tenu des faits de l'espèce et des décisions des instances inférieures. D'ailleurs, il me semble que les trois juges de la Cour d'appel acceptent les principes et les règles énoncés dans l'arrêt *Hertrich*, précité. Le juge L'Heureux-Dubé, dans ses motifs de dissidence, cite longuement les motifs du juge Martin, dont le passage que je viens de mentionner, où il dit que la discussion en cabinet avec le shérif, puis avec les avocats, ne faisait pas partie du procès; puis elle souligne le passage, qui suit immédiatement ces observations, où il reformule la question que devait trancher la Cour d'appel dans cette espèce:

[TRANSLATION] *La question se ramène donc à ceci: Lorsqu'il a été décidé qu'une enquête s'impose, l'interrogatoire des jurés sous serment fait-il partie du procès pour les fins de la règle portant que l'accusé a le droit d'être présent à son procès?*

Plus loin, le juge L'Heureux-Dubé dit:

Ceci nous ramène au *crux* de la question. Dans l'affaire *Hertrich*, M. le juge Martin définit ainsi la question à décider (p. 529):

[TRANSLATION] La question précise que pose donc ce volet de l'appel est de savoir si l'interrogatoire d'un juré portant sur l'effet qu'a pu avoir sur lui un appel téléphonique anonyme, qu'il a reçu ou dont on lui a fait part, fait partie du procès.

Dans notre cas, on pourrait ainsi délimiter les paramètres du débat:

Au cours des délibérations du jury, l'interrogatoire d'un juré fait-il partie du procès lorsque cet interrogatoire a pour unique but de vérifier le bien-fondé des soupçons d'un juré sur l'impartialité d'autres membres du jury suite à une note de ce juré au juge, et l'effet que ces soupçons peuvent avoir sur l'aptitude de ce juré à continuer les délibérations?

Unlike in the *Hertrich* case, in the present case, the facts do not reflect on the impartiality of the jury. The examination revealed no fact whatsoever of a nature capable of influencing the jury, but rather revealed simple gossip among jurors possibly exhausted by the long trial or seized with panic when faced with the difficulty of their task or even simply upset as a result of being subjected to the influence of other jurors in the difficult task of arriving at a unanimous decision. These anxieties are surely not foreign to any jury deliberations. Generally, however, nothing arises out of them. In the present case, two jurors informed the judge of them.

I would note immediately that if the examination carried out by the judge had revealed facts of a nature which might have influenced the impartiality of the jury or, one of the jurors, the situation would surely have been different. The case which the court is presently faced with constitutes somewhat of a preliminary step, the first phase of a process which could have contained several others if facts had been discovered bearing on the vital interests of the accused, their guilt or innocence. If there was no reason to proceed farther in the present case it was because the preliminary step proved sufficient to assure the judge that no fact or incident had occurred having any effect on the result of the trial.

It is by keeping in mind the nature of the communication received from the jurors as well as what was revealed in the examination that the court will proceed to the examination of the jurisprudence with respect to s. 577 of the *Criminal Code*.

L'Heureux-Dubé J.A. equated the trial judge's in-chambers investigation into the partiality of the jurors to the preliminaries conducted by the trial judge in the *Hertrich* case. With respect I cannot agree with L'Heureux-Dubé J.A.'s qualification of what transpired in the trial judge's chambers.

I am of the view that if on the facts of a case it is uncertain whether the accused's vital interests are involved, the judge may, in the absence of the accused, investigate the matter. This would include questioning the jurors and, if the judge determines that these vital interests of the accused are not in issue that ends the matter, subject of course to a record being kept of the proceedings in order to determine whether he erred as regards there being uncertainty of what was in issue at the outset and as regards his final determination of the matter.

Contrairement à l'affaire *Hertrich*, il ne s'agit pas ici de faits pouvant avoir une portée sur l'impartialité du jury. L'interrogatoire n'a révélé aucun fait quelconque de nature à influencer le jury, mais plutôt de simples commérages entre jurés possiblement épuisés par le long procès ou pris de panique devant la difficulté de la tâche ou même tout simplement inquiets de subir l'influence d'autres jurés dans la difficile tâche d'arriver à une décision unanime. Ces angoisses ne sont sûrement pas étrangères à toute délibération d'un jury. Généralement, cependant, rien n'en transpire. Ici, deux jurés en informent le juge.

Je dis tout de suite que si l'interrogatoire auquel a procédé le juge avait révélé des faits de nature à influencer l'impartialité du jury ou de l'un ou l'autre des jurés, la situation serait bien différente. Le cas auquel nous faisons face constitue en quelque sorte l'étape préliminaire, la première phase d'un processus qui aurait pu en contenir plusieurs autres, y eût-il eu découverte de faits ayant une portée sur les intérêts vitaux des accusés, sur leur culpabilité ou sur leur innocence. S'il n'y a pas eu nécessité de procéder plus avant dans notre cas, c'est que l'étape préliminaire s'est avérée suffisante pour assurer qu'aucun fait ne s'était produit ayant une portée sur l'issue du procès.

C'est en gardant à l'esprit la nature de la communication des jurés au juge ainsi que ce qu'ont révélé les interrogatoires qu'il y a lieu d'examiner la jurisprudence au regard des dispositions de l'article 577 C.Cr.

Le juge L'Heureux-Dubé a assimilé l'interrogatoire que le juge du procès a effectué dans son cabinet sur la partialité des jurés, aux préliminaires auxquels a procédé le juge du procès dans l'affaire *Hertrich*. Avec égards, je ne puis souscrire à la qualification par le juge L'Heureux-Dubé de ce qui s'est passé dans le cabinet du juge du procès.

Je suis d'avis que si, d'après les faits d'une espèce, il n'est pas sûr que les intérêts vitaux de l'accusé sont en jeu, le juge peut, en l'absence de l'accusé, enquêter à ce sujet. Cela comprend l'interrogatoire des jurés et, si le juge décide que les intérêts vitaux de l'accusé ne sont pas en jeu, les choses ne vont pas plus loin, sous réserve bien entendu qu'un procès-verbal de la procédure soit dressé afin de pouvoir déterminer s'il s'est trompé quant à l'incertitude de ce qui était en cause au départ et quant à sa décision finale sur le sujet.

This is what occurred in the *Hertrich* case. But as of the moment it appears those vital interests are in issue, the issue must be determined in the presence of the accused.

If the judge had received a note saying: "I must speak to you about something serious and in private", I see nothing wrong with the judge's informing counsel and meeting the juror to find out what the matter is all about. But upon being told by the juror that the integrity of another juror is in doubt, the accused's vital interests are in issue, and the investigation and determination of that issue must be conducted in the presence of the accused.

In this case it is abundantly clear from the written messages that the partiality of jurors was in issue. L'Heureux-Dubé J.A. concluded that this is not so relying in part on what was eventually reported in the transcripts of the exchange between the judge and the jurors in chambers. This analysis, in my respectful view, misses the point. For it is confusing the determination of whether partiality was in issue with the further determination of the issue of partiality. Finding the jurors impartial does not mean that their impartiality was not in issue. It merely means that the issue was determined in favour of their impartiality. The events of this case well illustrate the need for the issue of partiality to be determined in the presence of the accused, specifically when one considers that counsel for the accused argued their motion for a mistrial without knowing what the jurors had to say as regards the partiality of others, not knowing whether the jurors had conveyed to their fellow jurors including the suspects, their suspicions, and not even knowing whether the judge had met with those jurors. I would therefore dismiss the Crown's appeal.

Before addressing the accused's appeal, I think it desirable that something should be added with regard to certain comments made by Owen J.A. in his reasons on the appropriateness of the application of s. 613(1)(b)(iii) to a violation of s. 577. In addressing this question Owen J.A. expressed the view that this Court's decision in the *Meunier* case went too far and he expressed the hope that we do

C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Hertrich*. Mais dès qu'il appert que ces intérêts vitaux sont en jeu, la question doit être tranchée en présence de l'accusé.

a Si le juge avait reçu une note disant «Je dois vous parler en privé au sujet de quelque chose de sérieux», je ne verrais rien de mal à ce que le juge informe les avocats et rencontre la jurée pour b savoir de quoi il s'agit. Mais s'étant fait dire par la jurée que l'intégrité d'un autre juré était douteuse, les intérêts vitaux des accusés sont alors en jeu et tant l'enquête que la résolution de cette question doivent avoir lieu en présence des accusés.

c En l'espèce, il est parfaitement clair, d'après les messages écrits, que la partialité de certains jurés était en cause. Le juge L'Heureux-Dubé conclut que tel n'est pas le cas en se fondant notamment d sur ce que rapporte la transcription des conversations qu'ont eu le juge et les jurées dans son cabinet. Cette analyse, à mon avis, porte à faux car elle confond la question de savoir si la partialité des jurés est mise en question avec celle de e savoir si les jurés sont impartiaux ou non. En venir à la conclusion que les jurés sont impartiaux ne veut pas dire que leur impartialité n'a pas été mise en cause. Cela veut simplement dire que cette f question a été résolue en faveur de leur impartialité. Les événements de cette affaire illustrent bien la nécessité qu'il y avait de résoudre la question de la partialité en présence des accusés, particulièrement si l'on considère que les avocats des accusés g ont plaidé leur requête en avortement de procès sans connaître ce que les jurées avaient à dire au sujet de la partialité des autres, sans savoir si ces jurées avaient communiqué leurs soupçons à leurs collègues jurés, y compris aux suspects, ni même h sans savoir si le juge avait rencontré ces jurées. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi de Sa Majesté.

i Avant d'en venir au pourvoi des accusés, je pense qu'il s'impose d'ajouter quelque chose concernant certaines observations, formulées par le juge Owen dans ses motifs, sur l'opportunité d'appliquer le sous-al. 613(1)b(iii) à une violation de l'art. 577. Sur cette question, le juge Owen a exprimé l'avis que l'arrêt *Meunier* de cette Cour allait trop loin et il a dit espérer que nous ferions

as we did in other cases (*R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811) and reconsider *Meunier*. Owen J.A. is not the only one who has expressed such views. The most recent complaint as to the rigidity of the *Meunier* rule as regards the unavailability of s. 613(1)(b)(iii) was expressed by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109. In the case at bar the Crown in her factum also invited us to reconsider our adoption of Casey J.A.'s views in *Meunier*. This issue would be within our reach had the appeal below been dismissed. Indeed, the finding of a violation of s. 577 by this Court for the first time would then have raised, as a question originating in this Court, the question whether the proviso is applicable to such an error of law and afforded us an opportunity to reconsider *Meunier*. Unfortunately, we are precluded from doing so in this case. This is an appeal as of right based on L'Heureux-Dubé J.A.'s dissent. The question of law on which she dissented was not the applicability of s. 613(1)(b)(iii) following a violation of s. 577. Furthermore leave was sought by the Crown on that issue and was denied by a panel of this Court. As a last comment on the matter I should not want it to be taken that, when adopting Martin J.A.'s views in *Hertrich*, the issue of whether the proviso in s. 613(1)(b)(iii) was available, has been inferentially reconsidered and the reasoning in *Meunier* on that point reaffirmed in this case.

ce que nous avons fait dans d'autres affaires (*R. v. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811) et que nous réexaminerions l'arrêt *Meunier*. Le juge Owen n'est pas le seul qui ait exprimé un tel point de vue. La plus récente critique concernant la rigidité de la règle de l'arrêt *Meunier* sur la non-applicabilité du sous-al. 613(1)(b)(iii) a été formulée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans son arrêt *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109. Dans la présente affaire, Sa Majesté nous a aussi invités dans son mémoire à reconsidérer notre adoption du point de vue exprimé par le juge d'appel Casey dans l'arrêt *Meunier*. Nous pourrions statuer sur cette question si l'appel avait été rejeté en seconde instance. En fait, si c'était cette Cour qui avait conclu pour la première fois à une violation de l'art. 577, cela aurait posé, comme question soulevée initialement devant nous, la question de savoir si la réserve s'applique à une telle erreur de droit, et nous aurait fourni la possibilité de réexaminer l'arrêt *Meunier*. Malheureusement, il ne nous est pas permis de le faire en l'espèce. Nous sommes saisis d'un pourvoi de plein droit, fondé sur la dissidence du juge L'Heureux-Dubé. Le point de droit sur lequel elle a exprimé une dissidence n'est pas l'applicabilité du sous-al. 613(1)(b)(iii) suite à une violation de l'art. 577. De plus, Sa Majesté a demandé une autorisation de pourvoi sur ce point et cela lui a été refusé par une formation de cette Cour. Comme dernière observation à ce sujet, je ne voudrais pas que l'on croie que, par l'adoption du point de vue exprimé par le juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, la question de l'applicabilité de la réserve énoncée au sous-al. 613(1)(b)(iii) a été indirectement réexaminée et que les principes énoncés dans l'arrêt *Meunier* ont été réitérés sur ce point dans la présente cause.

The Appeal of the Accused Côté and Vézina

The Facts

The two counts of the indictment we are concerned with here read as follows:

[TRANSLATION] CLAUDE BENLOULOU, GÉRARD VÉZINA and DONALD CÔTÉ, in Montréal, District of Montréal, between October 5, 1973 and October 17, 1973 did unlawfully conspire together and with Charles

Le pourvoi des accusés Côté et Vézina

i Les faits

Voici les deux chefs de l'acte d'accusation qui nous intéressent:

CLAUDE BENLOULOU, GÉRARD VÉZINA, DONALD CÔTÉ à Montréal, district de Montréal, entre le 5 octobre 1973 et le 17 octobre 1973, ont illégalement conspiré ensemble ainsi qu'avec Charles

Dolansky, to commit indictable offences not provided for in paragraphs (a), (b) or (c) of Section 423(1) of the Criminal Code, to wit: to defraud by deceit, lies or other fraudulent means, the Bank of Montréal, 119 St-James St. West, Montréal, of a sum of money of approximately \$975,000, thereby committing an indictable offence as set out in Section 423(1)(d) of the Criminal Code.

On or about October 16, 1973, CLAUDE BENLOULOU, DONALD CÔTÉ and GÉRARD VÉZINA did unlawfully attempt to commit an indictable offence, to wit: defraud by deceit, lies or other fraudulent means, the Bank of Montreal, 119 St-James St. West, Montréal, of a sum of money, approximately \$975,000, thereby committing an indictable offence as set out in Section 421(b) of the Criminal Code.

It was admitted at trial that General Accident Fire and Life Assurance Corporation Limited, hereinafter referred to as GAFLAC, purchased thirty-four Government of Canada bearer bonds. The due date of those bonds was October 1, 1973. They were stolen. The evidence involving the accused in relation to these bonds, as assessed by Malouf J.A. of the Quebec Court of Appeal is as follows:

Testifying for the prosecution, one John Feller stated that he was present at a meeting which took place on the evening of October 11, 1973, between a Montreal businessman, one Charles Dolansky and a Swiss national, Fritz Zueger, who together discussed the encashment of certain bonds in Switzerland. The serial numbers given to Feller by Dolansky turned out to be exactly the same as the serial numbers of the bonds owned by GAFLAC. During the evening of October 12th, Feller, who was at Zueger's apartment in Montreal, received a telephone call from someone identifying himself as Donald who wished to know if he was aware of the conversation which had taken place between Zueger and Dolansky concerning the bonds. The same evening Donald appeared at the apartment wishing to know if Zueger intended to leave immediately for Switzerland. The latter stated that he was unable to leave due to business commitments in Montreal. Donald, later identified by Feller as respondent Donald Côté, was disappointed because the matter was taking too long and he could no longer wait. On Monday, October 15th, Donald placed a second telephone call asking Zueger and Feller to continue their attempts to encash the bonds in Switzerland. It was then that Zueger telephoned a representative of the Neue Bank in Switzerland giving him the numbers of the bonds. The representative of the Neue Bank

Dolansky, pour commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a), b) ou c) de l'article 423(1) du code criminel, soit: frustrer par la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs, la Banque de Montréal, 119 rue St-Jacques ouest, Montréal, d'une somme d'argent d'approximativement \$975 000., commettant par là un acte criminel prévu à l'article 423(1)d) du code criminel.

Le ou vers le 16 octobre 1973, CLAUDE BENLOULOU, DONALD CÔTÉ et GÉRARD VÉZINA, ont illégalement tenté de commettre un acte criminel, soit: frustrer par la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs la Banque de Montréal, 119 rue St-Jacques Ouest, Montréal, d'une somme d'argent d'approximativement \$975 000. commettant par là un acte criminel prévu à l'article 421b) du code criminel.

Il a été reconnu au procès que General Accident Fire and Life Assurance Corporation Limited, ci-après appelée GAFLAC, avait acheté 34 obligations du gouvernement du Canada, payables au porteur. La date d'échéance de ces obligations était le 1^{er} octobre 1973. Elles ont été volées. Voici quelle est la preuve qui a été réunie contre les accusés relativement à ces obligations d'après le juge Malouf de la Cour d'appel du Québec:

[TRADUCTION] Témoin à charge, un nommé John Feller a déclaré qu'il était présent à une rencontre qui a eu lieu dans la soirée du 11 octobre 1973, à laquelle assistaient un homme d'affaires montréalais, un nommé Charles Dolansky et un ressortissant suisse, Fritz Zueger, lesquels ont parlé d'encaisser certaines obligations en Suisse. Les numéros de série que Dolansky a fournis à Feller se sont révélés être exactement les mêmes que ceux des obligations appartenant à GAFLAC. Au cours de la soirée du 12 octobre, Feller, qui se trouvait dans l'appartement de Zueger à Montréal, a reçu un appel téléphonique dont l'auteur, qui prétendait s'appeler Donald, voulait savoir s'il avait eu connaissance de la conversation qui avait eu lieu entre Zueger et Dolansky au sujet des obligations. Dans la même soirée, Donald s'est présenté à l'appartement pour savoir si Zueger comptait partir immédiatement pour la Suisse. Ce dernier a dit qu'il ne pouvait partir à cause d'engagements d'affaires qu'il avait à Montréal. Donald, plus tard identifié par Feller comme étant l'intimé Donald Côté, était déçu car l'affaire prenait trop de temps et il ne pouvait plus attendre. Le lundi 15 octobre, Donald a téléphoné une seconde fois pour demander à Zueger et à Feller de poursuivre leurs tentatives d'encaissement des obligations en Suisse. C'est alors que Zueger a téléphoné à un représentant de la Neue Bank

counselled Zueger to deposit the bonds with the Bank of Montreal for the account of the Neue Bank. The following day, Donald Côté was informed of these events and he told Zueger that a carrier, later identified as respondent Vézina, would bring the bonds to the apartment. After receiving the bonds, Feller and Zueger checked the serial numbers with the list of numbers given to them by Dolansky and went to the Bank of Montreal where Feller alone deposited the bonds, receiving a receipt therefor from Simpson, an employee of the bank. Feller says that, on the same day, he and Zueger met respondent Vézina and Benloulou in a room where Dolansky had been hospitalized since October 12th. It was at this meeting that Benloulou informed them that he would be going to Switzerland to obtain the proceeds of the bonds. In the meantime, Simpson told Feller that the Bank of Montreal would not credit Neue Bank with the proceeds of the bonds until it had received the proceeds from the Bank of Canada. As a matter of fact the proceeds were never credited to the Neue Bank because Simpson, in communicating with the Bank of Canada, discovered that they were dealing with stolen bonds.

That same evening, Feller and Zueger were arrested at an airport in Montreal when Simpson identified Feller as the person who had deposited the bonds with the bank.

This summary reflects the facts as described by the trial judge, except as hereinafter explained. Indeed, as regards the accused's relationship with the Bank of Montreal, the trial judge took a different view of the evidence, crucial, in my view, to the disposition of this case. Lamb J. was of the view that when Feller started transactions with the Bank of Montreal, he and his associates already knew that the Bank was not being called upon to disburse any monies but to act solely as a conveyor of the Bank of Canada's money to the Neue Bank.

The Judgments

At the close of the Crown's case, the accused made a motion for a directed verdict, on the ground that there was no evidence supportive of a conspiracy or of an attempt to defraud the Bank of Montreal. All the Bank of Montreal was asked to do, it was argued, was to obtain the money and send it to the Neue Bank in Switzerland. The

en Suisse et lui a donné les numéros des obligations. Le représentant de la Neue Bank a conseillé à Zueger de déposer les obligations à la Banque de Montréal, au compte de la Neue Bank. Le lendemain, Donald Côté a été informé de ces événements et il a dit à Zueger qu'un courier, plus tard identifié comme étant l'intimé Vézina, apporterait les obligations à l'appartement. Après avoir reçu les obligations, Feller et Zueger ont comparé les numéros de série avec la liste de numéros que leur avait donnée Dolansky et ils se sont rendus à la Banque de Montréal où Feller seul a déposé les obligations, obtenant un reçu de Simpson, un employé de la banque. Feller affirme que, le même jour, lui-même et Zueger ont rencontré les intimés Vézina et Benloulou dans la chambre où Dolansky était hospitalisé depuis le 12 octobre. C'est à cette rencontre que Benloulou les a informés qu'il irait en Suisse chercher l'argent des obligations. Entre temps, Simpson a dit à Feller que la Banque de Montréal ne porterait pas au crédit de la Neue Bank l'argent des obligations tant qu'elle n'aurait pas reçu l'argent de la Banque du Canada. En fait, l'argent ne fut jamais porté au crédit de la Neue Bank parce que Simpson, en communiquant avec la Banque du Canada, a découvert qu'il s'agissait d'obligations volées.

Le même soir, Feller et Zueger ont été arrêtés à un aéroport de Montréal, alors que Simpson identifiait Feller comme celui qui avait déposé les obligations à la banque.

Ce résumé correspond aux faits décrits par le juge du procès, sauf pour ce qui est expliqué ci-après. En effet, en ce qui concerne les rapports des accusés avec la Banque de Montréal, le juge de première instance a une opinion différente de la preuve, opinion cruciale, à mon avis, pour la résolution du litige. Le juge Lamb était d'avis que lorsque Feller a été faire l'opération à la Banque de Montréal, lui et ses associés savaient déjà qu'on demandait non pas à la banque de déboursier de l'argent, mais seulement de transmettre l'argent de la Banque du Canada à la Neue Bank.

Les jugements

Au terme de la présentation de la preuve de la poursuite, les accusés ont adressé une requête en obtention d'un verdict imposé pour le motif qu'aucun élément de preuve ne démontrait l'existence d'un complot ou d'une tentative de frauder la Banque de Montréal. Tout ce qu'on demandait à la Banque de Montréal de faire, soutenait-on, était

Crown sought leave to amend the indictment by deleting reference to the Bank of Montreal. Counsel for the accused objected arguing that no one, except the owner of the bonds, could have been deprived as a result of the conduct of the accused. Not the Neue Bank, because it would pay only once it had received the money; nor the Bank of Montreal as it was only a conveyer of the money from the Bank of Canada to the Neue Bank in Switzerland. The Bank of Canada would incur no loss, as it pays only once for the redemption of its bonds. As for GAFLAC, appellants argued that their loss would be the result of the theft and not of the conduct of the accused.

Lamb J. agreed with the accused that there was no case to put to the jury as regards the Bank of Montreal and accordingly granted a motion for a directed verdict of acquittal. He previously had denied the motion to amend saying that:

[TRANSLATION] There can be no question, at this stage of the proceedings, of an amendment substituting someone else for the Bank of Montreal. This would cause serious hardship to the accused.

He then went on to add that there could be no other victim:

[TRANSLATION] In any case, so far as the Neue Bank is concerned, the evidence shows that even if the latter had paid the \$975,000 in Zurich it would have lost nothing, because it would already have received from the Bank of Canada \$975,000 from the redemption of these bearer bonds, through the intermediary of the Neue Bank, namely the Bank of Montreal.

In redeeming the bonds the Bank of Canada would simply be paying its own debt, because according to Mr. Pritchard's testimony it is required to pay the bearer of the bonds, whoever that may be, except of course where to the Bank of Canada's knowledge the bearer has stolen the bonds.

The real victim, the real loser according to the evidence appears to have been the person who paid for the bonds: however, his loss also appears to have been the result not of the alleged conspiracy against the accused

d'obtenir l'argent et de l'envoyer à la Neue Bank en Suisse. Sa Majesté a demandé l'autorisation de modifier l'acte d'accusation en supprimant toute référence à la Banque de Montréal. Les avocats des accusés s'y sont opposés en soutenant que personne, si ce n'est le propriétaire des obligations, ne pouvait être lésé par la conduite des accusés. La Neue Bank ne l'aurait pas été, car elle n'aurait payé qu'après avoir reçu l'argent; il en était de même pour la Banque de Montréal, puisqu'elle n'aurait fait que transmettre l'argent de la Banque du Canada à la Neue Bank en Suisse. La Banque du Canada n'aurait subi aucune perte, puisqu'elle ne paye qu'une fois l'encaissement de ses obligations. Quant à GAFLAC, les appelants ont soutenu que la perte qu'elle avait subie résultait du vol et non de la conduite des accusés.

a Le juge Lamb a convenu avec les accusés qu'il n'y avait pas de preuve dont on pouvait saisir le jury en ce qui concernait la Banque de Montréal et il a donc accueilli la requête pour verdict imposé d'acquiescement. Auparavant, il avait rejeté la requête en modification en affirmant ceci:

Il ne peut y avoir aucune question à ce stade du procès d'un amendement afin de substituer quelqu'un d'autre pour la banque de Montréal. Ceci causerait un préjudice grave aux accusés.

f Il a alors poursuivi en ajoutant qu'il ne pouvait y avoir d'autre victime:

À tout événement, quant à la Neue Bank, la preuve révèle que même si cette dernière avait payé les neuf cent soixante-quinze mille dollars (\$975,000.00) à Zurich, elle n'aurait été privée de rien, parce qu'elle aurait déjà reçu de la banque du Canada l'argent du montant de neuf cent soixante-quinze mille dollars (\$975,000.00) provenant du rachat de ces obligations au porteur, et ce par l'entremise de l'agent de la Neue Bank, soit la banque de Montréal.

La banque du Canada en rachetant les obligations ne paierait que sa propre dette, parce qu'elle est obligée de payer le porteur des obligations, n'importe qui, selon le témoignage de Monsieur Pritchard, exception faite évidemment du cas où le porteur serait un voleur des obligations à la connaissance de la banque du Canada.

La vraie victime, la vraie perdante selon la preuve semble avoir été celui qui avait payé pour les obligations. Mais sa perte semble également avoir été le résultat non pas du complot allégué contre les accusés

but of the theft of the bonds on or before October 5, 1973, a crime with which the accused were not charged.

In summary, with respect to the second count, there is no evidence before the jury which would permit them to find the accused guilty. As a result, the defence motions brought on behalf of each of the three accused for a directed verdict of acquittal are manifestly well founded.

It is perhaps worth adding that there is at least a serious doubt as to the prosecution evidence on the other essential component of this count in the indictment, namely the deceit, falsehood or other fraudulent means by which the accused intended to defraud the Bank of Montreal, according to the wording of this count.

However, in view of the aforementioned conclusions regarding the total absence of any evidence of fraud, it is not necessary for the Court to rule on this additional point.

Lamb J. therefore refused the motion to amend on two grounds: because of irreparable prejudice to the accused and, though expressed in different terms, because there was, on the facts tendered in evidence by the Crown, to use the words of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, at p. 1182, no case establishing a "risk of prejudice to the economic interests" of anyone, except GAFLAC. As regards GAFLAC, I should underline in passing, without further comment, the fact that the Crown chose not to charge the accused with conspiracy or an attempt to steal (by a trick) from GAFLAC the sum of \$975,000.

On appeal, all three judges agreed, albeit for varying reasons, that Lamb J. erred in granting the directed verdicts.

Owen and L'Heureux-Dubé JJ.A. were both of the opinion that, as proof as to the identity of the victim of any conspiracy to defraud or of an attempted fraud is not essential, naming the Bank of Montreal in the indictment was surplusage. L'Heureux-Dubé J.A. also added that the Bank of Canada would have been defrauded had matters been successfully completed. Malouf J.A. took the view that whilst the banks would not have been deprived, the owner would have, and that the

mais plutôt du vol des obligations, le ou avant le 5 octobre 1973, crime qui n'est pas imputé aux trois (3) accusés.

En somme, quant à ce deuxième chef, il n'y a aucune preuve devant le jury qui puisse leur permettre de déclarer les accusés coupables. Par conséquent, les motions de la Défense de la part de chacun des trois (3) accusés pour un verdict dirigé d'acquiescement sont manifestement bien fondées.

Il sera peut-être utile d'ajouter qu'il y a au moins un doute sérieux quant à la preuve de la Couronne au sujet de l'autre élément essentiel de ce chef d'accusation, soit la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs par lesquels les accusés avaient l'intention de frustrer la banque de Montréal, selon le texte de ce chef.

Cependant, vu les conclusions déjà précitées quant à l'absence totale de preuve de fraude, ce n'est pas nécessaire que le Tribunal se prononce sur ce point additionnel.

Le juge Lamb a donc rejeté la requête en modification pour deux motifs: à cause du préjudice irréparable causé aux accusés et, bien qu'il se soit exprimé en des termes différents, parce qu'il n'y avait, d'après les faits que Sa Majesté avait soumis en preuve, pour reprendre les termes du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, à la p. 1182, aucune preuve démontrant l'existence d'un «risque de préjudice à [l'] égard [des intérêts pécuniaires]» de quiconque, si ce n'est de GAFLAC. Quant à GAFLAC, je dois souligner en passant, sans plus de commentaires, que la poursuite n'a pas choisi d'inculper les accusés de complot ni de tentative de voler (par supercherie) à GAFLAC la somme de 975 000 \$.

En appel, les trois juges ont convenu, quoique pour des motifs différents, que le juge Lamb avait eu tort d'accorder les verdicts imposés.

Les juges Owen et L'Heureux-Dubé ont tous deux exprimé l'avis que, comme la preuve de l'identité de la victime d'un complot de fraude ou d'une tentative de fraude n'est pas essentielle, nommer la Banque de Montréal dans l'acte d'accusation était superfétatoire. Le juge L'Heureux-Dubé a aussi ajouté que la Banque du Canada aurait été fraudée si l'affaire avait réussi. Le juge Malouf a émis l'opinion que si les banques n'avaient pas été lésées, le propriétaire lui l'aurait

person deprived need not be the person deceived. As for the prejudice caused to the accused by the counts specifying the wrong victim, Malouf J.A., the only justice in appeal to address that other ground upon which Lamb J. rested his decision to deny leave to amend the indictment, said:

In the present instance, the first count, that of illegal possession, contains the name of the owner of the bonds as well as the name of the person having a special interest therein. The proof reveals that the bonds referred to in counts 2 and 3 are the same bonds referred to in count 1. The fact that counts 2 and 3 do not mention the name of the owner of the bonds is not, in my opinion, fatal in the present instance for the reasons just given. Accused were fully aware of the transaction complained of, knew that GAFLAC was the owner of the bonds, and that Girard Trust Bank had a special interest therein. These facts were placed before the jury during the trial. Accused therefore had sufficient details to appreciate the nature and quality of the transaction complained of.

In my respectful view Lamb J. erred as regards both of the grounds upon which he rested his decision to refuse the amendment and grant the motion for directed verdict.

The Law

The two concerns with fraud are dishonesty and deprivation. "The element of deprivation is satisfied on proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim. It is not essential that there be actual economic loss as to the outcome of the fraud" (*per* Dickson J., as he then was, in *R. v. Olan*, *supra*, at p. 1182).

Fraud consists of being dishonest for the purpose of obtaining an advantage and which results in prejudice or a risk of prejudice to someone's "property, money or valuable security". There is no need to target a victim to commit fraud, and the victim may not be ascertained.

As regards the second ground upon which Lamb J. rested his decision, namely, the lack of any

été, et qu'il n'est pas nécessaire que la personne lésée soit la personne trompée. Quant au préjudice causé aux accusés par les chefs d'accusation identifiant la mauvaise victime, voici ce qu'affirme le juge Malouf, le seul juge de la Cour d'appel qui ait examiné cet autre moyen sur lequel le juge Lamb avait fondé sa décision de refuser l'autorisation de modifier l'acte d'accusation:

[TRADUCTION] En la présente instance, le premier chef, celui de la possession illégale, donne le nom du propriétaire des obligations ainsi que le nom de la personne qui a un intérêt spécial dans ces obligations. La preuve révèle que les obligations, dont il est fait mention dans les deuxième et troisième chefs, sont les mêmes obligations que celles mentionnées dans le premier chef. À mon avis, l'absence du nom du propriétaire des obligations dans les deuxième et troisième chefs n'est pas irrémédiable en la présente instance, pour les raisons qui viennent d'être données. Les accusés savaient parfaitement de quelle transaction on se plaignait, que GAFLAC était propriétaire des obligations et que Girard Trust Bank avait un intérêt spécial dans ces obligations. Ces faits ont été exposés au jury au cours du procès. Les accusés disposaient de suffisamment de détails pour apprécier la nature et la qualité de la transaction dont on se plaignait.

À mon avis, le juge Lamb a commis une erreur en ce qui concerne les deux fondements de sa décision de refuser la modification et d'accorder la requête pour verdict imposé.

Le droit

Les deux éléments de la fraude sont la malhonnêteté et la privation. «On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle» (le juge Dickson, maintenant Juge en chef, dans *R. c. Olan*, précité, à la p. 1182).

La fraude consiste à être malhonnête pour obtenir un avantage, entraînant un préjudice ou risque de préjudice au «bien, argent ou valeur» de quelqu'un. Il n'est pas nécessaire de viser une victime pour commettre une fraude et la victime peut ne pas être certaine.

Quant au second motif sur lequel le juge Lamb fonde sa décision, savoir l'absence de complot en

conspiracy to defraud or an attempt to defraud, I cannot agree. To begin with, the fact that the accused conspired to obtain money from the Swiss Bank and commenced the execution of the scheme by contacting the Bank in Switzerland is, in my opinion, sufficient evidence of a possible victim other than the Bank of Montreal. The fact that the victim would have been deprived in Switzerland, is, under the circumstances of this case, of no effect on the Canadian courts' jurisdiction to try the matter, for the reasons given by this Court in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.

In any event, clearly there was evidence of an attempt to defraud someone in the amount of \$975,000. Had the Crown not undertaken to ascertain a victim and then further undertaken to prove that the Bank of Montreal was the target of the accused, Lamb J. would have been wrong in granting the motion for a directed verdict.

But the Crown did make those undertakings, and therefore two questions need to be addressed: Did the conduct of the accused amount to a conspiracy or an attempt to defraud the Bank of Montreal? If so, then Lamb J. was wrong in granting the motion for a directed verdict. If not, then one must address the consequences of a failure to prove that target, which leads us to Lamb J.'s first ground for a directed verdict of acquittal, irreparable prejudice to the accused.

First question: Was there evidence to go to the jury as to whether the accused conspired or attempted to defraud the Bank of Montreal?

Hiding the fact from the Bank of Montreal that the bonds were stolen and representing one's self as the lawful holder of the bonds amply satisfies the requirement of dishonesty. As regards deprivation, had the accused conspired and attempted to obtain from the Bank of Montreal \$975,000 of its money in exchange for the bonds they would have intended that the Bank be induced into parting with \$975,000 of its money in cash and be left with only title to cash. That the Bank of Montreal

vue de frauder ou de tentative de fraude, je ne puis l'accepter. Tout d'abord, le fait que les accusés aient comploté pour obtenir de l'argent de la banque suisse et qu'ils aient commencé à mettre à exécution ce plan en communiquant avec la banque en Suisse constitue, à mon avis, une preuve suffisante de l'existence d'une victime possible autre que la Banque de Montréal. Le fait que la victime aurait été lésée en Suisse n'a, dans les circonstances de l'espèce, aucun effet sur la compétence des tribunaux canadiens pour instruire l'affaire, et ce, pour les raisons données par cette Cour dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

Quoi qu'il en soit, il y avait nettement une preuve de tentative de frauder quelqu'un d'un montant de 975 000 \$. Si Sa Majesté n'avait pas entrepris d'établir l'existence d'une victime précise et de prouver en plus que la Banque de Montréal était la cible des accusés, le juge Lamb aurait eu tort de faire droit à la requête de verdict imposé.

Mais comme c'est effectivement ce que Sa Majesté a fait, il faut donc se pencher sur deux questions: la conduite des accusés équivaut-elle à un complot ou à une tentative de frauder la Banque de Montréal? Si oui, le juge Lamb a eu tort de faire droit à la requête pour verdict imposé. Si non, il faut alors se pencher sur les conséquences du défaut d'avoir prouvé cette cible, ce qui nous amène à la première raison pour laquelle le juge Lamb a ordonné un verdict imposé d'acquittement, le préjudice irréparable causé aux accusés.

La première question: y avait-il des éléments de preuve à soumettre au jury sur le point de savoir si les accusés ont comploté pour frauder la Banque de Montréal ou ont tenté de le faire?

Cacher à la Banque de Montréal le fait qu'il s'agissait d'obligations volées et se faire passer pour le détenteur légitime des obligations satisfont amplement à l'exigence de malhonnêteté. Quant à la privation, si les accusés avaient comploté et tenté d'obtenir de la Banque de Montréal 975 000 \$, à même ses fonds, en échange des obligations, ils auraient eu l'intention d'amener la banque à se départir de 975 000 \$ comptant, à même ses fonds, et à ne conserver qu'un titre

would be reimbursed by the Bank of Canada and would not lose the amount would, in my respectful view, be irrelevant as regards the potential economic detriment. An exchange of money for title to money which would not have taken place but for the dishonest conduct on the part of the accused is prejudicial. The patrimony of the bearer of money is surely in a better position than that of one who holds stolen bonds even if a holder in good faith. Good faith may be questioned and payment delayed. There would therefore have been, on those facts, as it appeared that Malouf J.A. perceived them to be, a case to put to the jury as regards the Bank of Montreal. But according to the trial judge this is not what happened nor what was attempted. At the outset, the accused wanted to cash the bonds with the Neue Bank before the theft of the bonds was discovered and reported to the Bank of Canada. This first attempt did not succeed, because the Swiss Bank referred them to the Bank of Montreal. The idea was then to get the Bank of Montreal, by not telling them that the bonds were stolen, to cash the bonds with the Bank of Canada, and then send the money to the Swiss Bank. They were not asking the Bank of Montreal to disburse any money for the bonds. The Bank was induced through deceit into becoming, albeit innocently, instrumental to a fraudulent scheme.

As wide as the notion of deprivation may be, I do not see it as encompassing the kind of prejudice to the Bank of Montreal that that Bank could have incurred. Any deprivation to the Bank of Montreal would be speculative and too remote.

This Court's reference in *Olan*, *supra*, to "risk of prejudice" must be understood in the light of the facts of that case and as meaning that, for there to be a deprivation, it is not "essential that there be actual economic loss". In *Olan*, the victim departed with money in exchange for title, indeed very good title to money. Prior to the deceit the victim had ownership and possession of money. As a result of the deceit the victim was left with ownership and title thereto and had lost possession of the money. The victim's patrimony was minus

donnant droit à de l'argent comptant. Que la Banque de Montréal soit remboursée par la Banque du Canada et ne perde pas cette somme, serait, à mon avis, sans importance en ce qui concerne la possibilité de subir un préjudice économique. L'échange de l'argent contre le titre donnant droit à cet argent, qui n'aurait pas eu lieu n'eût été la conduite malhonnête des accusés, est préjudiciable. Le patrimoine de celui qui possède l'argent est certainement en meilleur état que celui du détenteur d'obligations volées, même si ce dernier est de bonne foi. La bonne foi peut être mise en doute et le paiement retardé. Il y aurait donc eu, d'après ces faits tels que le juge Malouf paraît les avoir perçus, une preuve à soumettre au jury en ce qui concerne la Banque de Montréal. Mais, d'après le juge du procès, ce n'est ni ce qui s'est passé ni ce qu'on a tenté de faire. Au départ, les accusés voulaient encaisser les obligations à la Neue Bank, avant que le vol de celles-ci ne soit découvert et signalé à la Banque du Canada. La première tentative a échoué parce que la banque suisse les a renvoyés à la Banque de Montréal. Il s'agissait donc d'amener la Banque de Montréal, en lui cachant que les obligations avaient été volées, à encaisser les obligations auprès de la Banque du Canada, puis à envoyer l'argent à la banque suisse. On ne demandait pas à la Banque de Montréal de déboursier de l'argent pour les obligations. La banque a été amenée par la supercherie à participer, quoique innocemment, à une opération frauduleuse.

Aussi large que puisse être la notion de privation, je ne crois pas qu'elle englobe le genre de préjudice qui aurait pu être causé à la Banque de Montréal. Tout préjudice causé à cette dernière reste hypothétique et trop lointain.

Lorsque cette Cour parle de «risque de préjudice» dans l'arrêt *Olan*, précité, il faut interpréter cette mention à la lumière des faits de cette affaire-là et dans le sens que, pour qu'il y ait une privation, il n'est pas «essentiel [qu'il y ait] une perte pécuniaire réelle». Dans l'affaire *Olan*, la victime a versé de l'argent pour obtenir un titre, d'ailleurs un excellent titre pour le montant. Avant la supercherie, la victime possédait l'argent comptant. À cause de la supercherie, la victime restait avec un titre et s'était déparée de l'argent. Le

possession of the money, the cash, and left with only title. That is deprivation.

Applying the principles set out in *Olan* to the facts of this case I find that there was evidence to go to the jury that the appellants attempted to defraud the Bank of Canada of \$975,000 irrespective of the fact that ultimately the Bank would not be out of that amount. The Bank held the money with the understanding that it would pay that amount under certain conditions to the lawful bearer of the bonds. It would, had the scheme succeeded, have through deceit parted with that amount and have been put to some identifiable risk of economic prejudice. The element of deprivation would have been met.

But as regards the Bank of Montreal there is no such identifiable risk of economic prejudice. The Bank of Montreal was not being asked to part with anything it owned, possessed or had any special interest in.

Reference to decisions in other jurisdictions under the common law of fraud or to English cases under their *Larceny Act*, 1861, and 1916, or their *Theft Act*, 1968, and 1978, must be read keeping in mind the fact that s. 338 of our *Code* is different. While I agree with the oft quoted statement in *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197 at p. 199 that "deceit is, by falsehood, to induce a state of mind" and that "to defraud is, by deceit, to induce a course of action", we must keep in mind that in Canada s. 338 of the *Criminal Code* reads on to say that that course of action must be in the nature of depriving someone of "property, money or valuable security".

In Scotland it has been found, in *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, that under the common law, "any definite, practical result achieved by the fraud is enough" (*per* Lord Justice-General Clyde, at p. 61), and that "The essence of the offence consists in inducing the person who is defrauded either to take some article he would not otherwise have taken, or to do some act he would not otherwise have done, or to become the medium of some unlawful act" (*per* Lord Hunter, at p. 61). That

patrimoine de la victime était amputé des liquidités et n'avait plus que le titre. C'est une privation.

Si on applique les principes énoncés dans l'arrêt *Olan* aux faits de l'espèce, j'estime qu'il existait des preuves à soumettre au jury portant que les appelants avaient tenté de frauder la Banque du Canada de 975 000 \$, même si en définitive la banque ne perdait pas ce montant. La banque détenait les fonds étant entendu qu'elle verserait le montant à certaines conditions au détenteur légitime des obligations. Si le plan avait réussi, elle se serait, à cause de la supercherie, départie de ce montant et aurait été susceptible de subir des risques identifiables de préjudice pécuniaire. L'élément de privation aurait existé.

Par contre, pour la Banque de Montréal, il n'existait pas de risque identifiable de préjudice pécuniaire. On ne lui demandait pas de se départir de quoi que ce soit qui lui appartenait, qu'elle possédait ou sur lequel elle avait un droit spécial.

La mention de décisions d'autres ressorts en vertu du droit de la fraude en *common law* ou des affaires anglaises en vertu de la *Larceny Act*, 1861, et 1916, ou de la *Theft Act*, 1968 et 1978, doit être examinée en gardant à l'esprit le fait que l'art. 338 de notre *Code* est différent. Bien que je sois d'accord avec l'extrait souvent cité de *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197 à la p. 199 que [TRADUCTION] «la supercherie consiste à amener, par le mensonge, un état d'esprit» et que [TRADUCTION] «frauder consiste à amener, par la supercherie, une action», nous devons garder à l'esprit qu'au Canada l'art. 338 du *Code criminel* ajoute que l'action doit être telle qu'elle soit de nature à priver quelqu'un de «bien, argent ou valeur».

En Écosse, il a été décidé dans l'arrêt *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, qu'en *common law* [TRADUCTION] «tout résultat précis et pratique atteint par la fraude suffit» (le lord juge général Clyde, à la p. 61) et que [TRADUCTION] «L'essence de l'infraction consiste à amener la personne objet de la fraude à prendre une chose qu'elle n'aurait pas prise autrement ou à faire quelque chose qu'elle n'aurait pas fait autrement ou à devenir l'intermédiaire d'un acte illégal» (lord

wide notion of fraud has met with resistance in that jurisdiction (see Gordon, G. H., *The Criminal Law of Scotland* (2nd ed. 1978), at p. 603). Clearly that cannot be the law in Canada under our s. 338. I therefore agree with Lamb J. and Malouf J.A. that there was no case as regards the Bank of Montreal.

The second question: Should Lamb J. have granted the motion to amend, or should he simply have disregarded this specification of the victim and the Crown's failure to prove that the Bank of Montreal was the potential victim?

Owen and L'Heureux-Dubé JJ.A. rested their decision on the "surplusage rule". I agree with them that specifying the Bank of Montreal in the charge was unnecessary and surplusage. The Crown, invoking ss. 512(c) and 515 of the *Code*, argues that because there was no need to establish the identity of the victim the reference to the Bank of Montreal was surplusage and should not have had any bearing on the issue of this case.

Sections 512(c) and 515 of the *Code* read as follows:

512. No count in an indictment is insufficient by reason of the absence of details where, in the opinion of the court, the count otherwise fulfils the requirements of section 510 and, without restricting the generality of the foregoing, no count in an indictment is insufficient by reason only that

(c) it charges an intent to defraud without naming or describing the person whom it was intended to defraud,

515. No count that alleges false pretences, fraud or an attempt or conspiracy by fraudulent means, is insufficient by reason only that it does not set out in detail the nature of the false pretence, fraud or fraudulent means.

The "surplusage rule", which has been developed by the courts over a great many years, is succinctly stated as follows, in Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (1983), at pp. 222-23:

Hunter, à la p. 61). Cette notion large de la fraude a reçu de la résistance dans ce ressort là (voir Gordon, G. H., *The Criminal Law of Scotland* (2nd ed. 1978), à la p. 603). Il est clair que ce ne peut être le droit au Canada en vertu de notre art. 338. Je suis donc d'accord avec le juge Lamb et le juge Malouf pour dire qu'il n'y avait pas de preuve à l'égard de la Banque de Montréal.

La seconde question: le juge Lamb aurait-il dû accorder la requête en modification ou aurait-il simplement dû ignorer cette mention de la victime et l'omission de Sa Majesté de prouver que la Banque de Montréal était la victime potentielle?

Les juges Owen et L'Heureux-Dubé ont fondé leur décision sur la règle du «superfétatoire». Je suis d'accord avec eux pour dire que la mention précise de la Banque de Montréal dans l'accusation était inutile et superfétatoire. Sa Majesté, invoquant l'al. 512c) et l'art. 515 du *Code*, soutient que, parce qu'il n'était pas nécessaire d'établir l'identité de la victime, la mention de la Banque de Montréal était superfétatoire et ne saurait avoir aucun effet sur l'issue de la présente affaire.

Voici le texte de l'al. 512c) et de l'art. 515 du *Code*:

512. Aucun chef dans un acte d'accusation n'est insuffisant en raison de l'absence de détails lorsque, d'après la cour, le chef d'accusation répond autrement aux exigences de l'article 510 et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, nul chef d'accusation dans un acte d'accusation n'est insuffisant du seul fait

c) qu'il impute une intention de frauder sans nommer ou décrire la personne qu'on avait l'intention de frauder,

515. Aucun chef d'accusation qui allègue un faux-semblant, une fraude, ou une tentative ou un complot par des moyens frauduleux, n'est insuffisant du seul fait qu'il n'expose pas en détail la nature du faux-semblant, de la fraude ou des moyens frauduleux.

La règle du «superfétatoire», que les tribunaux ont dégagée au cours des ans, est succinctement exposée dans Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada* (1983), aux pp. 222 et 223:

If the particular, whether as originally drafted or as subsequently supplied, is not essential to constitute the offence, it will be treated as surplusage, *i.e.*, a non-necessary which need not be proved.

This common law rule is, in effect, the converse of s. 510(3) of the *Criminal Code*, which states:

510. ...

(3) A count shall contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to, but otherwise the absence of insufficiency of details does not vitiate the count.

Both the "surplusage rule" and s. 510(3) (and its predecessors) are responses to the extreme formality of the 18th and 19th century law of criminal procedure. At that time, "at common law, every material fact, that is every fact which formed an ingredient in the offence, had to be alleged to be done at a particular place and time" (Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, at p. 281). Defects or omissions in the indictment were generally fatal, as "the slightest inexactitude in the wording was capable of invalidating the indictment" (Radzinowicz, *A History of English Criminal Law* (1948), vol. 1, at p. 98).

Although the rules concerning indictments came to be described as an "extraordinary and irrational set of rules" (Holdsworth, *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. 3, p. 618), their purpose, it seems, was to alleviate the excessive harshness of the early criminal law. As Stephen has indicated (*op. cit.*, at p. 284):

I do not think that anything has tended more strongly to bring the law into discredit than the importance attached to such technicalities as these Such scandals do not seem, however, to have been unpopular. Indeed, I have some doubt whether they were not popular, as they did mitigate, though in an irrational, capricious manner, the excessive severity of the old criminal law.

[TRANSCRIPTION] Si les détails, indiqués initialement ou fournis subséquemment, ne sont pas essentiels à la constitution de l'infraction, ils seront considérés comme superfétatoires, c.-à-d. comme un élément non essentiel qui n'a pas à être prouvé.

Cette règle de *common law* est, en fait, l'inverse du par. 510(3) du *Code criminel*, qui porte:

510. ...

(3) Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction alléguée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.

Tant la règle du «superfétatoire» que le par. 510(3) (et ceux qui l'ont précédé) se veulent une réponse au formalisme excessif des règles de procédure en matière criminelle des XVIII^e et XIX^e siècles. À cette époque, [TRANSCRIPTION] «en *common law*, il fallait alléguer que chaque fait important, c.-à-d. chaque fait qui constituait un élément de l'infraction, avait été commis en tel lieu et à tel moment» (Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, à la p. 281). Les vices ou omissions de l'acte d'accusation étaient généralement irrémédiables, vu que [TRANSCRIPTION] «la plus petite inexactitude dans la formulation était susceptible d'invalidier l'acte d'accusation» (Radzinowicz, *A History of English Criminal Law* (1948), vol. 1, à la p. 98).

Bien que les règles applicables aux actes d'accusation aient fini par être décrites comme étant [TRANSCRIPTION] «un ensemble extraordinaire et irrationnel de règles» (Holdsworth, *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. 3, p. 618), elles avaient pour objet, semble-t-il, d'atténuer la rigueur excessive de l'ancien droit criminel. Comme Stephen l'a indiqué (*op. cit.*, à la p. 284):

[TRANSCRIPTION] Je pense que rien n'a plus contribué à jeter le discrédit sur le droit que l'importance attachée à des formalités comme celles-ci De tels scandales ne semblent pas toutefois avoir été impopulaires. Et même, je me demande s'ils n'étaient pas populaires, car ils ont adouci, quoique de façon irrationnelle et capricieuse, la sévérité excessive de l'ancien droit criminel.

With the abrogation of the great majority of the capital statutes in the 19th century, however, much of the rationale for the formality and strict adherence to the wording of the indictment disappeared. Consequently, the legislators and the courts sought to relax a number of the rules concerning indictments of the courts were empowered to amend defective indictments (see Stephen, *op. cit.*, at p. 285, and Radzinowicz, *op. cit.*, at p. 103).

The "surplusage rule", s. 510(3) of the *Code*, as well as s. 529, are thus designed to overcome the excessive technicalities of the former procedures and to require the accused to meet the intrinsic merits of the accusation. All three are interrelated. Section 510(3) deals with the issue of insufficient detail, the "surplusage rule" deals with additional unnecessary detail and s. 529 empowers the courts to amend defective indictments.

However, all three rules are, in my view, subject to the proviso that the accused not be prejudiced in his or her defence. Section 529(4) explicitly states that:

529. ...

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made, consider

(d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3), and

(e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

Section 510(3) states that a count shall provide "reasonable information" to the accused. These terms must be understood as requiring, at a minimum, sufficient information so as not to prejudice the accused in his or her defence. In *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152, Masten J.A., on behalf of the Court of Appeal of Ontario, wrote at p. 155:

My study of the existing provisions of the Code (ss. 853 and following, and including s. 908) [Note: s. 853

Toutefois, avec l'abrogation de la grande majorité des lois portant peine capitale au XIX^e siècle, une bonne partie de la raison d'être de ce formalisme et de cet attachement strict au texte de l'acte d'accusation a disparu. En conséquence, les législateurs et les tribunaux ont cherché à assouplir un certain nombre de règles applicables aux actes d'accusation et les tribunaux ont reçu le pouvoir de modifier les actes d'accusation entachés d'un vice (voir Stephen, *op. cit.*, à la p. 285, et Radzinowicz, *op. cit.*, à la p. 103).

La règle du «superfétatoire», le par. 510(3) du *Code*, ainsi que l'art. 529, sont donc conçus pour faire disparaître le formalisme excessif de l'ancienne procédure et pour obliger l'accusé à réfuter le fond même de l'accusation. Ils sont tous trois intimement liés. Le paragraphe 510(3) traite de l'insuffisance de détails, la règle du «superfétatoire» traite de détails supplémentaires inutiles et l'art. 529 autorise les tribunaux à modifier les actes d'accusation entachés d'un vice.

Cependant, toutes ces trois règles sont, à mon avis, sujettes à la condition que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense. Le paragraphe 529(4) prévoit expressément que:

529. ...

(4) La cour doit, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite, examiner

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3), et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

Le paragraphe 510(3) prévoit qu'un chef d'accusation doit «renseigner raisonnablement» le prévenu. Ces termes doivent être interprétés comme exigeant, au moins, suffisamment de renseignements pour que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense. À la p. 155 de l'arrêt *R. v. Adduono* (1940), 73 C.C.C. 152, le juge Masten écrit, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario:

[TRADUCTION] Mon étude des dispositions existantes du Code (les art. 853 et suivants, y compris l'art. 908)

was the predecessor of s. 510(3)] leads me to the view that their spirit and purpose is to secure to the accused, when preparing for trial such exact and reasonable information respecting the charge against him as will enable him to establish fully his defence. At the same time these sections are directed to a second purpose, namely, to nullify the old procedure with the purpose of ameliorating its extreme technicality and facilitating the administration of justice in accordance with the very right of the case.

(Emphasis added.)

Similarly, in *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188, Rinfret J. analysed s. 852 of the *Code* (the forerunner of s. 510(1)) and stated, at p. 194, that one of the main objects of the legislation was "that the accused may have a fair trial and consequently that the indictment shall, in itself, identify with reasonable precision the act or acts with which he is charged, in order that he may be advised of the particular offence alleged against him and prepare his defence accordingly".

Section 510(3), when viewed in the light of s. 510(1) and the cases interpreting these sections, is thus subject to a proviso similar to that expressed in s. 529(4), namely, that the count must contain sufficient information to allow the accused to "establish fully" his or her defence and consequently have a fair trial. Indeed, to hold otherwise would be to nullify the very purpose of a written accusation of crime.

Similarly, "the surplusage rule", which, as noted above, is the converse of s. 510(3), must also be seen as subject to the proviso that the accused not be prejudiced in his or her defence. In *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285, McIntyre J.A. (as he then was) stated at p. 289:

It is clear in my view that where the Crown gives material particulars in an indictment it must prove them. A long list of authorities supports this proposition.

[N.B.: l'ancien art. 853 est devenu le par. 510(3)] m'amène à penser que leur esprit et leur objet est d'assurer que le prévenu, lorsqu'il se prépare pour le procès, dispose de renseignements exacts et raisonnables sur l'accusation qui pèse contre lui de manière à pouvoir faire valoir pleinement sa défense. En même temps, ces articles ont une autre fin, soit annuler l'ancienne procédure afin d'améliorer son formalisme extrême et de faciliter l'administration de la justice conformément au fond de l'affaire.

(C'est moi qui souligne.)

De même, dans l'arrêt *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188, le juge Rinfret analyse l'art. 852 du *Code* (devenu le par. 510(1)) et dit, à la p. 194, que l'un des principaux objets de la loi était [TRADUCTION] «que le prévenu puisse avoir un procès équitable et, par conséquent, que l'acte d'accusation en soi identifie de façon raisonnablement précise l'acte ou les actes dont il est inculpé de sorte qu'il puisse connaître la nature de l'infraction qu'on lui reproche et préparer sa défense en conséquence».

Le paragraphe 510(3), lorsqu'on le rapproche du par. 510(1) et de la jurisprudence qui les interprète tous deux, comporte donc une réserve analogue à celle exprimée au par. 529(4), savoir, que le chef d'accusation doit comporter suffisamment de renseignements pour permettre au prévenu de «faire valoir pleinement» sa défense et, en conséquence, d'avoir un procès équitable. D'ailleurs, conclure autrement aurait pour effet d'annuler l'objet même du principe de l'accusation écrite.

De même, la règle du «superfétatoire» qui, comme je l'ai déjà souligné, constitue l'inverse du par. 510(3), doit aussi être considérée comme sujette à la condition que l'accusé ne subisse pas de préjudice dans sa défense. Dans l'arrêt *R. v. Elliott*, [1976] 4 W.W.R. 285, le juge McIntyre (maintenant juge de cette Cour) dit, à la p. 289:

[TRADUCTION] Il est clair à mon avis que lorsque Sa Majesté donne des détails importants dans l'acte d'accusation, elle doit les prouver. Une jurisprudence constante et abondante appuie cette proposition.

It is of course true that immaterial or non-essential averments in indictments need not be strictly proved if no prejudice results to the accused.

(Emphasis added.)

Indeed, the notion that the accused not be prejudiced by the application of the "surplusage rule" may fairly be said to be a persistent theme throughout the case-law.

In the case of *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531, the accused were charged with theft from "Westwood Jewellers Limited". The evidence established that the store from which the items were stolen was known as "Westwood Jewellers". Matas J.A., speaking for the Court of Appeal of Manitoba, emphasized at pp. 537-38 that:

In the case at bar, use of the corporate name in the indictment did not mislead in any way; the accused had sufficient knowledge, by the indictment, of the circumstances of the offence; they had reasonable information with respect to the act alleged in the indictment sufficient to identify the transaction. There was no prejudice to them.

The judgment of the Court of Appeal was confirmed by the Supreme Court of Canada, [1976] 1 S.C.R. 20. De Grandpré J., for the majority, stated at p. 26:

... on the whole of the evidence, it is clear that the accused have been given sufficient information about the circumstances of the alleged offence and were at all times in a position to identify the transaction referred to in the indictment. Accordingly, it is my view that they have received a fair trial.

Dickson J. (as he then was), with whom Beetz J. concurred, agreed with the result and stated, at p. 32:

In my view, the evidence in this case reasonably identified the owner of the stolen diamond rings with the person named in the indictment as owner, and the accused were in no way misled or prejudiced in their defence by failure to prove identity with greater precision.

Similarly, in *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294, MacKay J.A., on behalf of the Ontario Court of Appeal, wrote at pp. 300-01:

Il est vrai bien entendu que les allégations non essentielles et non pertinentes dans les actes d'accusation n'ont pas strictement à être prouvées si aucun préjudice n'en résulte pour le prévenu.

^a (C'est moi qui souligne.)

En fait, on peut dire en toute honnêteté que la notion portant que l'application de la règle du «superfétatoire» ne doit pas porter préjudice au prévenu est un thème constant en jurisprudence.

^b Dans l'affaire *R. v. Little and Wolski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 531, les accusés étaient inculpés du vol de biens appartenant à «Westwood Jewellers Limited». La preuve démontrait que le magasin où les objets avaient été volés s'appelait «Westwood Jewellers». Le juge Matas, s'exprimant au nom de la Cour d'appel du Manitoba, souligne aux pp. 537 et 538:

^d [TRADUCTION] En l'espèce, l'emploi du nom de la compagnie dans l'acte d'accusation n'a aucunement porté à confusion; l'acte d'accusation fournissait aux inculpés une connaissance suffisante des circonstances de l'infraction; l'acte d'accusation contenait des détails suffisants pour les renseigner raisonnablement sur l'acte reproché et pour identifier l'affaire. Ils n'ont pas subi de préjudice.

^f L'arrêt de la Cour d'appel est confirmé par la Cour suprême du Canada à [1976] 1 R.C.S. 20. Le juge de Grandpré, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, affirme à la p. 26:

... selon l'ensemble de la preuve, il est clair que les inculpés ont été suffisamment renseignés sur les circonstances de l'infraction alléguée et ont toujours été en mesure d'identifier l'affaire mentionnée dans l'acte d'accusation. En conséquence, je considère qu'ils ont eu un procès équitable.

^h Le juge Dickson (maintenant Juge en chef), aux motifs duquel a souscrit le juge Beetz s'est dit d'accord avec ce résultat, affirmant à la p. 32:

À mon avis, la preuve en l'espèce identifie de façon raisonnable le propriétaire des bagues de diamants volées avec la personne désignée par l'acte d'accusation comme propriétaire, et le défaut de prouver l'identité avec plus de précision n'a d'aucune façon induit les inculpés en erreur ni causé de préjudice à leur défense.

^j De même, dans l'arrêt *R. v. Greene* (1962), 133 C.C.C. 294, le juge MacKay, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, écrit aux pp. 300 et 301:

In the present case the appellant does not allege that he was misled or prejudiced in his defence by the wrong date in the information, and while I think it might well have been the better course to amend the information when the evidence disclosed the error in the date, the failure to amend does not invalidate the conviction.

A number of other cases have expressed a similar concern, namely, that the accused not be misled or prejudiced by the use and application of the "surplusage rule". See, e.g., *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318 (Ont. C.A.); *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306 (N.S.C.A.); *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229 (P.E.I.C.A.)

In summary, the early Canadian cases on the "surplusage rule", e.g. *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199 (B.C.S.C.), do not specifically mention the issue of prejudice, but many of the more recent cases, specifically those noted above, expressly and repeatedly underline the issue of prejudice. Prejudice to the accused is in my view, a clear limitation to the invocation of the "surplusage rule".

In the case at bar, Lamb J. denied the Crown's motion to amend because he was of the view that at that stage of the trial it would prejudice the accused.

Malouf J.A. said, and on this point I am in full agreement with him, that the accused knew what transaction was being complained of, which bonds were involved, who the owner was and who the possible victims could be. But, with respect, this is only one of the ways the specification of the Bank of Montréal, as being the victim, could have prejudicially affected the accused in the conduct of their trial. They knew what conduct on their part had triggered the indictment, and I fully agree with Malouf J.A. that they were not misled in that regard. However, they were misled as to whom the Crown, albeit unnecessarily, undertook to prove as being the victim.

[TRANSLATION] En l'espèce, l'appelant ne prétend pas qu'il a été induit en erreur ou qu'il a subi un préjudice dans sa défense en raison de la date erronée figurant dans la dénonciation et, même si je crois qu'il eut peut-être mieux valu modifier la dénonciation lorsque la preuve soumise a permis de découvrir l'erreur de date, le défaut de le faire n'a pas pour effet d'invalider la déclaration de culpabilité.

Dans de nombreuses autres affaires, on s'est aussi préoccupé de ne pas induire le prévenu en erreur ou de ne pas lui porter préjudice par l'utilisation et l'application de la règle du «superfétatoire». Voir, par exemple, *R. v. MacLean and MacLean* (1981), 58 C.C.C. (2d) 318 (C.A. Ont.); *R. v. Simard* (1980), 55 C.C.C. (2d) 306 (C.A.N.-É.); *R. v. O'Connor*, [1963] 1 C.C.C. 229 (C.A.Î.-P.-É.)

En résumé, l'ancienne jurisprudence canadienne sur la règle du «superfétatoire», dont l'affaire *R. v. Coote* (1903), 8 C.C.C. 199 (C.S.C.-B.), ne mentionne pas expressément la question du préjudice, mais une grande partie de la jurisprudence plus récente, notamment celle mentionnée ci-dessus, souligne expressément et à maintes reprises la question du préjudice. Le préjudice causé au prévenu limite clairement, à mon avis, le recours à la règle du «superfétatoire».

En l'espèce, le juge Lamb a rejeté la requête en modification présentée par Sa Majesté, parce qu'il était d'avis qu'à ce stade du procès elle porterait préjudice aux accusés.

Le juge Malouf a dit, et sur ce point je suis parfaitement d'accord avec lui, que les accusés savaient de quelle opération on se plaignait, de quelles obligations il s'agissait, qui en était le propriétaire et quelles pouvaient être les victimes. Mais, avec égards, ce n'est là qu'une des façons dont la mention de la Banque de Montréal, comme étant la victime, aurait pu porter préjudice à la cause des accusés. Ils savaient quelle conduite était à l'origine de l'acte d'accusation, et je suis parfaitement d'accord avec le juge Malouf pour dire qu'ils n'ont pas été induits en erreur à cet égard. Cependant, ils ont été induits en erreur quant à l'identité de la victime que Sa Majesté a entrepris d'établir même si ce n'était pas nécessaire.

Counsel for the accused might have conducted their case on that undertaking. The decisions whether or not to object to evidence, whether or not to cross-examine and how and to what extent to cross-examine, might have been made in the light of that undertaking by the Crown. In the case at bar, the trial judge felt that, after an eight-month trial, prejudice to the accused was irreparable. While the decision to refuse an amendment is under s. 529(6) of the *Criminal Code* a question of law and reviewable by the Court of Appeal on a Crown appeal, the decision of the trial judge, when based upon a finding of irreparable prejudice should not be interfered with lightly and should be made keeping in mind the trial judge's privileged position as regards the effect on the fairness of a trial of events taking place in the courtroom. One of the matters to be considered by the trial judge, under s. 529(4)(e) is "whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done". In his report to the Court of Appeal the trial judge made it clear that in his view all of the facts surrounding the transactions were amply canvassed in chief and in cross-examination. He gave no reasons at the time of his decision nor in his report for his finding of irreparable prejudice to the accused. From a perusal of the evidence there is no indication that the accused could have been misled in their cross-examination of witnesses or more generally in their handling of the case. Furthermore, Lamb J. could have, upon granting the amendment afforded them an opportunity to further cross-examine the witnesses, if requested by the accused. In fact, this was not considered because, as is clearly apparent from the record, and emphasized by the trial judge in his report to the Court of Appeal, as regards the facts, the case for the accused rested upon the success of an attack on Feller's credibility. This the accused attempted and were afforded an opportunity to that effect by actually cross-examining Feller, four days a week, over a period of two months.

Les avocats des accusés auraient pu élaborer leur défense en fonction de cela. C'est en fonction de ce que Sa Majesté entreprenait de prouver qu'auraient pu être prises les décisions de s'opposer ou de ne pas s'opposer à la preuve soumise, de procéder ou non à un contre-interrogatoire et de contre-interroger d'une certaine manière et jusqu'à un certain point. En l'espèce, le juge du procès a estimé que, après huit mois de procès, le préjudice porté aux accusés était irréparable. Bien que la décision de refuser une modification en vertu du par. 529(6) du *Code criminel* soit une question de droit que la Cour d'appel peut examiner si Sa Majesté fait appel, on ne devrait pas intervenir à la légère face à la décision du juge du procès fondée sur une conclusion de préjudice irréparable et on devrait garder à l'esprit la position privilégiée du juge du procès vis-à-vis de l'effet, sur l'équité du procès, d'événements qui se produisent dans la salle d'audience. En vertu de l'al. 529(4)e), le juge du procès doit considérer «la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise». Dans son rapport à la Cour d'appel, le juge du procès a exposé clairement qu'à son avis tous les faits entourant les opérations avaient été amplement examinés au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire. Il n'a pas expliqué au moment de sa décision ni dans son rapport sa conclusion de préjudice irréparable causé aux accusés. Il ne ressort pas de la lecture de la preuve que les accusés aient pu être induits en erreur dans leur contre-interrogatoire des témoins ou plus généralement dans leur façon de présenter leur défense. En outre, le juge Lamb aurait pu en accordant la modification, permettre, à la demande des accusés, un autre contre-interrogatoire des témoins. En fait cela n'a pas été envisagé parce que, comme cela ressort clairement du dossier et comme le souligne le juge du procès dans son rapport à la Cour d'appel, en ce qui concerne les faits, la défense des accusés reposait sur la réussite d'une attaque de la crédibilité de Feller. Les accusés l'ont tentée et ont eu la possibilité de le faire en contre-interrogeant effectivement Feller quatre jours par semaine pendant deux mois.

Lamb J. was of the view that there were, in law, no target victims of their deceit. That is the reason why he granted the motion for a directed verdict, and that is the real reason (and one that pre-empted considering prejudice), why he refused the amendment.

This explains the lengthy reasons he gave in support of his finding no victims. The amendment had, for that reason, in his view, no useful purpose, and this further explains why he gave no indication in his reasons of his grounds for finding prejudice, let alone irreparable prejudice. Under these circumstances and for these reasons Malouf J.A. was, in my respectful view, justified in exercising his jurisdiction to review the finding and also right in then finding no prejudice.

I would therefore dismiss the appeals. The Court of Appeal simply ordered a new trial. In upholding that decision, I would allow the amendment to the indictment which Lamb J. had denied, *i.e.* deletion of the Bank of Montreal as the victim, and order that a new trial be held on the indictment as amended.

I would accordingly dismiss the Crown's appeal. As a result, the Court of Appeal's judgment quashing the convictions and ordering a new trial on the count of possession should stand. I would dismiss the appeals by the accused and order a new trial on the amended counts.

Appeals dismissed.

Solicitors for Côté: Léo-René Maranda and Michel Proulx, Montréal.

Solicitor for Vézina: Robert Doré, Montréal.

Solicitor for Her Majesty The Queen: Yves Berthiaume, Montréal.

Selon le juge Lamb, il n'y avait en droit aucune victime cible de leur supercherie. C'est pourquoi il a accordé la requête de verdict imposé et c'est la raison véritable (et celle qui a empêché d'examiner le préjudice) de son refus d'autoriser la modification.

Ceci explique les longs motifs qu'il a rédigés pour appuyer sa conclusion qu'il n'y avait pas de victime. À son avis, la modification était donc inutile et ceci explique aussi pourquoi il n'a pas indiqué dans ses motifs ses raisons pour conclure au préjudice, sans parler du préjudice irréparable. Dans ces circonstances et pour ces motifs, le juge Malouf était, à mon avis, justifié d'exercer sa compétence d'examiner la conclusion et a eu raison de conclure alors qu'il n'y avait pas de préjudice.

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois. La Cour d'appel a simplement ordonné un nouveau procès. En confirmant cette décision, je suis d'avis d'autoriser la modification de l'acte d'accusation que le juge Lamb avait refusée, soit la suppression de la mention de la Banque de Montréal comme la victime, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur l'acte d'accusation ainsi modifié.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Sa Majesté. Il s'ensuit que l'arrêt de la Cour d'appel qui a infirmé les déclarations de culpabilité et ordonné un nouveau procès relativement au chef de possession est confirmé. Je suis d'avis de rejeter les pourvois des accusés et d'ordonner un nouveau procès sur les chefs modifiés.

Pourvois rejetés.

Procureurs de Côté: Léo-René Maranda et Michel Proulx, Montréal.

Procureur de Vézina: Robert Doré, Montréal.

Procureur de Sa Majesté La Reine: Yves Berthiaume, Montréal.