

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

L.M. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. L.M.

Neutral citation: 2008 SCC 31.

File No.: 31577.

2007: November 14; 2008: May 29.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Sentencing — Maximum sentence — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Sentencing judge stating that accused had committed worst crime in worst circumstances and imposing maximum sentence on count of sexual assault — Principles applicable to imposition of maximum sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718, 718.1, 718.2, 718.3.

Criminal law — Appeal against sentence — Principles applicable to intervention by appellate court in appeal against sentence.

Criminal law — Sentencing — Long-term offender — Accused convicted of sexually assaulting his young daughter and of making, distributing and possessing child pornography — Crown applying for finding that accused is long-term offender — Whether long-term offender's period of community supervision must be taken into account in determining appropriate term of imprisonment — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 753.1.

The accused was convicted of sexually assaulting his four-year-old daughter and of making, distributing and possessing child pornography. At the time of his arrest, his computer contained approximately 5,300 pornographic photographs and 540 pornographic videos involving children. Many of the photographs were either of his daughter or a friend of his daughter,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

L.M. *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. L.M.

Référence neutre : 2008 CSC 31.

N° du greffe : 31577.

2007 : 14 novembre; 2008 : 29 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine maximale — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Juge chargé de la détermination de la peine estimant que l'accusé avait commis le pire crime dans les pires circonstances et infligeant la peine maximale pour le chef d'agression sexuelle — Quels critères gouvernent l'infliction d'une peine maximale? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718, 718.1, 718.2, 718.3.

Droit criminel — Appel d'une sentence — Critères d'intervention d'une cour d'appel dans le cadre d'un appel sur la peine.

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant à contrôler — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile — Ministère public déposant une demande en vue de faire déclarer l'accusé délinquant à contrôler — La période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler doit-elle être prise en compte dans l'évaluation de la peine d'emprisonnement appropriée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753.1.

L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fille de quatre ans ainsi que de production, de distribution et de possession de pornographie juvénile. Lors de son arrestation, son ordinateur contenait environ 5 300 photographies et 540 animations pornographiques où figuraient des enfants. Plusieurs des photographies avaient pour sujet sa fille ou une amie de

or of both of them. Furthermore, this was not the first time the accused had been in trouble with the law for sexual assaults on minors. Stressing that he had committed the “worst crime in the worst circumstances”, the trial judge imposed the maximum sentence of 10 years for the count of sexual assault and a consecutive sentence for the other counts, resulting in a global sentence of 15 years. Because of the record of the accused and the high risk that he would reoffend, the trial judge also found him to be a long-term offender and ordered that he be supervised in the community for a period not exceeding 10 years. On the basis that certain facts had not been proven and that the maximum sentence for sexual assault was not warranted, the majority of the Court of Appeal reduced the global sentence imposed on the accused from 15 to 9 years.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The sentence imposed by the trial judge should be restored. Appellate courts must show great deference in reviewing decisions of trial judges where appeals against sentence are concerned and should intervene to vary sentences imposed at trial only if the sentences are demonstrably unfit. In the instant case, the majority of the Court of Appeal did not meet this requirement of deference. Rather, it substituted its own assessment for that of the trier of fact and reviewed the exercise of her discretion without a valid reason. [14-16]

In sentencing matters, the trial judge enjoys considerable discretion because of the individualized nature of the process. To arrive at an appropriate sentence, the judge must weigh the normative principles set out by Parliament in ss. 718, 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*. Although exceptional in nature, the maximum sentence is not reserved for the worst crime committed in the worst circumstances; it must be imposed if warranted in light of the normative principles of the *Code*, applied in an individualized context, and of the circumstances. The trial judge’s decision will continue to be dictated by the fundamental principle that a “sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”. [17] [20-22]

In the instant case, the sentence imposed by the trial judge was proportionate to the gravity of the acts of the accused, and the mitigating and aggravating circumstances and the objectives of the *Code* were accounted

sa fille, ou les deux. L’accusé n’en était pas non plus à ses premiers démêlés avec la justice relativement à des agressions sexuelles sur des enfants mineurs. Soulignant qu’il avait commis le « pire crime dans les pires circonstances », la juge du procès lui a infligé la sentence maximale de 10 ans pour le chef d’agression sexuelle ainsi qu’une peine consécutive pour les autres chefs, totalisant une peine globale de 15 ans. En raison des antécédents de l’accusé et du haut risque de récidive qu’il présentait, la juge du procès l’a également déclaré délinquant à contrôler et l’a soumis à une ordonnance de surveillance dans la collectivité pour une période maximale de 10 ans. Considérant que certains faits n’avaient pas été prouvés et que la peine maximale pour l’agression sexuelle ne se justifiait pas, la majorité de la Cour d’appel a réduit la peine globale infligée à l’accusé de 15 à 9 ans.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : La sentence prononcée par la juge du procès doit être rétablie. Les tribunaux d’appel doivent faire preuve d’une grande retenue dans l’examen des décisions des juges de première instance à l’occasion d’un appel de la sentence et ne devraient intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée. En l’espèce, la majorité de la Cour d’appel n’a pas respecté cette exigence de retenue et de déférence. Elle s’est plutôt substituée au juge des faits et a révisé sans motif valable l’exercice de sa discrétion. [14-16]

En matière de détermination de la peine, le juge du procès dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire en raison de la nature individualisée du processus. Dans sa recherche d’une sentence adéquate, il doit pondérer les principes normatifs prévus par le législateur aux art. 718, 718.1 et 718.2 du *Code criminel*. Bien que de nature exceptionnelle, la peine maximale n’est pas réservée au pire crime commis dans les pires circonstances; elle doit être infligée si les principes normatifs du *Code*, appliqués dans un contexte individualisé, et les circonstances le justifient. C’est encore le principe fondamental selon lequel la « peine [sera] proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » qui dictera la décision du juge du procès. [17] [20-22]

Dans la présente affaire, la peine infligée par la juge du procès était proportionnelle à la gravité des actes de l’accusé et tenait compte des circonstances atténuantes et aggravantes ainsi que des objectifs prévus au *Code*.

for. The acts of the accused were highly reprehensible, and the evidence convinced the judge that they were sufficiently serious, and the accused sufficiently blameworthy, to warrant the maximum sentence. Since the sentence was not unreasonable, the Court of Appeal should not have intervened to vary it. The Court of Appeal's finding that penetration had not been proven beyond a reasonable doubt constitutes an improper reassessment of the evidence in the absence of a reviewable error in the trial judge's assessment of the facts. Finally, the Court of Appeal could not give the principle — provided for in s. 718.2 of the *Code* — that sentences should be similar to other sentences imposed in similar circumstances priority over the principle of deference to the trial judge's exercise of discretion, since the sentence was not vitiated by an error in principle and the trial judge had not imposed a sentence that was clearly unreasonable by failing to give adequate consideration to certain factors or by improperly assessing the evidence. [30] [33] [35] [53]

The sentencing judge must not take the period of supervision of the accused in the community as a long-term offender into account when determining the acceptable length of his or her incarceration. Even though a judge determining the length of a sentence of imprisonment will also receive the application to find the offender to be a long-term offender before passing sentence, it is important to remain faithful to the conceptual distinction between sentencing and the imposition of a supervision period. A judge who confuses these two processes risks straying from the normative principles and the objectives of sentencing. The principal objective of a prison sentence is punishment, although a number of factors are considered in determining its length, including the gravity of the offence, the degree of responsibility of the offender, the parity principle and the possibility of imposing a less restrictive sanction. In contrast, the objectives of the supervision of an offender are to ensure that the offender does not reoffend and to protect the public during a period of supervised reintegration into society; the length of this period of supervision is based on an offender's criminal past and on the likelihood that he or she will reoffend. In the instant case, the trial judge correctly applied the objectives and principles relating to the two types of decisions. [46-50] [53]

Per Fish J. (dissenting): While trial judges are entitled to considerable deference in sentencing matters, the majority of the Court of Appeal did not err in varying the sentence imposed by the trial judge because of the excessive severity of the impugned sentences in relation to the sentences imposed in reasonably similar cases. On an appeal against sentence, a court of appeal

Les gestes commis par l'accusé étaient hautement répréhensibles et la preuve a persuadé la juge qu'ils étaient suffisamment graves et que l'accusé était suffisamment à blâmer pour justifier une peine maximale. Puisque la sentence n'était pas déraisonnable, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir pour la modifier. De plus, le rejet par la Cour d'appel de la preuve de pénétration hors de tout doute raisonnable représente une réévaluation inadmissible de la preuve en l'absence d'erreur révisable dans l'appréciation des faits par la juge du procès. Finalement, la Cour d'appel ne pouvait prioriser le principe d'harmonisation des peines prévu à l'art. 718.2 du *Code* au détriment de la règle du respect de la discrétion de la juge du procès, dans la mesure où la sentence n'était pas entachée d'une erreur de principe et où la juge du procès n'avait pas infligé une peine nettement déraisonnable en accordant une attention inadéquate à des facteurs particuliers ou en évaluant incorrectement la preuve. [30] [33] [35] [53]

Le juge chargé de la détermination de la peine ne doit pas tenir compte de la période de surveillance dans la collectivité de l'accusé en tant que délinquant à contrôler au moment où il détermine la durée acceptable de son incarceration. Même si le juge qui fixe la peine d'emprisonnement sera également saisi de la demande de déclaration de délinquant à contrôler avant d'avoir prononcé sa sentence, il est important de rester fidèle à la distinction conceptuelle entre la détermination de la peine et l'imposition d'une période de surveillance. Leur confusion risque de porter atteinte au respect des principes normatifs et des objectifs de la peine. L'objectif premier d'une peine de prison demeure le châtiment bien que sa durée soit tempérée par plusieurs facteurs dont la gravité de l'infraction, le niveau de responsabilité du délinquant, le principe de la parité, et la possibilité d'une sanction moins contraignante. Par contre, l'objectif de la mesure de surveillance d'un délinquant à contrôler est la prévention contre la récidive et la protection du public au cours d'une période de réinsertion sociale contrôlée; la durée de cette surveillance est basée sur le passé criminel et les risques de récidive du délinquant. En l'espèce, la juge du procès a appliqué correctement les objectifs et les principes propres aux deux types de décisions. [46-50] [53]

Le juge Fish (dissent) : Bien qu'il faille faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard des décisions du juge du procès en matière de détermination de la peine, les juges de la majorité de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en modifiant les peines infligées par la juge du procès en raison de leur sévérité excessive par rapport aux peines imposées dans des cas raisonnablement

is required by s. 687 of the *Criminal Code* to “consider the fitness of the sentence appealed against”, and the court is expressly empowered to vary the sentence if it finds the sentence unfit. In determining a fit sentence, Parliament has now recognized in s. 718.2(b) of the *Code* that parity is a principle that trial judges must consider. Failure to do so adequately thus amounts in itself to a reviewable error in principle: appellate intervention does not depend on the existence of an additional error in principle as well. However, the disparity of an impugned sentence will only justify appellate intervention where, as the majority of the Court of Appeal found was the case here, the sentence imposed by the trial judge represents a substantial and marked departure from sentences customarily imposed on similar offenders for committing similar crimes. [55-56] [63-65]

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *R. v. Cheddesingh*, [2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16; **distinguished:** *R. v. M.P.*, [2005] Q.J. No. 78 (QL), 2005 QCCA 7; **referred to:** *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Beaulieu v. R.*, [2007] Q.J. No. 2116 (QL), 2007 QCCA 403; *Corneau v. R.*, [2001] R.J.Q. 2509; *R. v. Ménard*, [2002] Q.J. No. 5271 (QL); *R. v. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66; *R. v. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205; *R. v. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004.

By Fish J. (dissenting)

R. v. M. (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 152, 153, 161(2)(a), 163.1, 172.1, 173(2), 271, 272, 273, 687, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 752.1(1), 753, 753.1, 810.1.

Authors Cited

Canada. Public Safety Canada. “Long term offender designation”, updated October 2006 (online: <http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/lto-eng.aspx>).

semblables. Lorsque la sentence est portée en appel, l’art. 687 du *Code criminel* exige que la cour d’appel considère « la justesse de la sentence dont appel est interjeté » et lui confère expressément le pouvoir de la modifier si elle conclut qu’elle est inappropriée. Le législateur a maintenant reconnu, à l’al. 718.2b) du *Code*, que les juges du procès sont tenus de considérer le principe de la parité pour déterminer quelle est la peine appropriée. Leur omission d’en tenir dûment compte constitue en soi une erreur de principe révisable : une intervention en appel n’est pas subordonnée à l’existence d’une erreur de principe additionnelle. Toutefois, la disparité d’une peine contestée ne justifie une intervention en appel que dans les cas où — comme la Cour d’appel à la majorité a jugé que c’était le cas en l’espèce — la peine infligée par le juge du procès s’écarte de façon marquée et substantielle des peines habituellement infligées à des délinquants similaires pour des crimes similaires. [55-56] [63-65]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. M.P.*, [2005] J.Q. n° 78 (QL), 2005 QCCA 7; **arrêts mentionnés :** *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Beaulieu c. R.*, [2007] J.Q. n° 2116 (QL), 2007 QCCA 403; *Corneau c. R.*, [2001] R.J.Q. 2509; *R. c. Ménard*, [2002] J.Q. n° 5271 (QL); *R. c. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66; *R. c. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205; *R. c. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. M. (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 151, 152, 153, 161(2)a), 163.1, 172.1, 173(2), 271, 272, 273, 687, 718, 718.1, 718.2, 718.3, 752.1(1), 753, 753.1, 810.1.

Doctrine citée

Canada. Sécurité publique Canada. « Désignation de délinquant à contrôler », mise à jour octobre 2006 (en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/lto-fra.aspx>).

Dadour, François. *De la détermination de la peine: principes et applications*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Ferris, Thomas W. *Sentencing: Practical Approaches*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Nuss, Morin and Côté JJ.A.), [2006] R.J.Q. 1354, 39 C.R. (6th) 133, [2006] Q.J. No. 4966 (QL), 2006 CarswellQue 4631, 2006 QCCA 735, setting aside the sentencing decision rendered by Wilhelmy J.C.Q., J.E. 2006-525, SOQUIJ AZ-50340372, [2005] Q.J. No. 15934 (QL), 2005 CarswellQue 9973. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

Benoît Lauzon, Michel Pennou and Lori Renée Weitzman, for the appellants.

Yves Gratton, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

A. *Nature of the Case*

[1] In this appeal, the Court must reconsider certain sentencing principles, and in particular those relating to maximum sentences. The case also raises difficulties flowing from the relationship between the procedure of the application for a finding that an offender is a long-term offender under s. 753.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), and the process for determining the appropriate sentence.

[2] The respondent, L.M., was convicted of sexually assaulting his daughter and of making, distributing and possessing child pornography. The trial judge imposed the maximum sentence on him

Dadour, François. *De la détermination de la peine : principes et applications*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Ferris, Thomas W. *Sentencing : Practical Approaches*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Nuss, Morin et Côté), [2006] R.J.Q. 1354, 39 C.R. (6th) 133, [2006] J.Q. n° 4966 (QL), 2006 CarswellQue 4631, 2006 QCCA 735, qui a infirmé la décision relative à la détermination de la peine rendue par la juge Wilhelmy, J.E. 2006-525, SOQUIJ AZ-50340372, [2005] J.Q. n° 15934 (QL), 2005 CarswellQue 9973. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

Benoît Lauzon, Michel Pennou et Lori Renée Weitzman, pour l’appelante.

Yves Gratton, pour l’intimé.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

A. *Nature du dossier*

[1] Dans le présent appel, notre Cour doit examiner de nouveau certains principes de détermination de la peine, notamment à l’égard des peines maximales. L’affaire soulève aussi des difficultés relatives aux rapports entre l’application de la procédure de demande de déclaration de délinquant à contrôler en vertu de l’art. 753.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), et la méthode de détermination de la peine appropriée.

[2] L’intimé, L.M., a été reconnu coupable d’agression sexuelle sur sa fille ainsi que de production, de distribution et de possession de pornographie juvénile. La juge du procès lui a infligé la peine

for the count of sexual assault and a consecutive sentence for the counts of making, distributing and possessing child pornography. She also found him to be a long-term offender and ordered him to be supervised in the community for a period of 10 years. L.M. appealed the sentence to the Court of Appeal. The majority of that court allowed the appeal and reduced the global sentence imposed by the trial judge. For the reasons that follow, I would restore that sentence.

B. *Origin of the Case*

[3] In 2002, Switzerland's federal police were investigating an international ring of pedophiles that included groups suspected of distributing child pornography on the Internet. In the course of this investigation, Swiss police officers contacted the Sûreté du Québec ("S.Q.") after identifying two Quebeckers in Internet user groups whose names included the root "sampi" (for "*sans pilosité*", meaning "hairless"). The first of these men revealed L.M.'s identity to the S.Q. Upon entering L.M.'s home, S.Q. officers noted that several items found there confirmed the origin of photographs discovered on the Internet, not to mention that the child who opened the door, R.M., the daughter of the accused, L.M., appeared in some of those photographs.

[4] The investigation and trial revealed that the childhood of R.M., one of the respondent's four children, had been nightmarish. R.M. was her father's principal victim, having been sexually assaulted between the ages of two and four. The evening of L.M.'s arrest, R.M. was questioned by police. According to her highly candid testimony, related in the words of a four-year-old child, this little girl had been regularly photographed in the nude by her father, who periodically touched her sexually, penetrated her and spent the night with her in what they referred to as the [TRANSLATION] "love room".

[5] During that time, L.M. made money distributing child pornography on the Internet. At the time of his arrest, his computer contained approximately

maximale pour le chef d'agression sexuelle ainsi qu'une peine consécutive pour les chefs de production, de distribution et de possession de pornographie juvénile. Elle l'a également déclaré délinquant à contrôler et l'a soumis pour une période de 10 ans à une surveillance au sein de la collectivité. L.M. a porté la sentence en appel devant la Cour d'appel. À la majorité, celle-ci a accueilli le pourvoi et réduit la peine globale infligée par la juge du procès. Pour les motifs qui suivent, je rétablirais la sentence prononcée par la juge de première instance.

B. *Origine du litige*

[3] En 2002, la police fédérale suisse menait une enquête au sujet d'un réseau international de pédophilie qui comprenait des groupes soupçonnés de distribuer de la pornographie juvénile sur Internet. Au cours de cette enquête, des policiers suisses ont contacté la Sûreté du Québec (« S.Q. ») après avoir identifié deux Québécois parmi des groupes d'internautes dont les noms comprenaient la racine « sampi » (signifiant « sans pilosité »). Le premier de ces hommes a fourni l'identité de L.M. à la S.Q. À leur entrée dans le domicile de L.M., les agents de la S.Q. ont constaté que plusieurs éléments du décor confirmaient l'origine de photographies trouvées sur Internet, sans compter que l'enfant leur ayant ouvert la porte, R.M., fille de l'accusé L.M., figurait sur certaines de ces photographies.

[4] L'enquête et le procès ont révélé que l'enfance de R.M., l'une des quatre enfants de l'intimé, relève du cauchemar. Victime principale de son père, R.M. a été agressée sexuellement entre les âges de deux et quatre ans. Le soir de l'arrestation de L.M., R.M. a été interrogée par les policiers. Fort candide, son témoignage relate, dans les mots d'une enfant de quatre ans, que la petite était régulièrement photographiée nue par son père, que ce dernier procédait périodiquement à des attouchements de nature sexuelle à son égard, qu'il l'avait pénétrée et que, la nuit, il partageait avec sa fille ce qu'ils appelaient la « chambre d'amour ».

[5] Pendant ce temps, L.M. tirait un revenu de la distribution de pornographie juvénile sur Internet. Lors de son arrestation, son ordinateur contenait

5,300 pornographic photographs and 540 pornographic videos involving children. Many of the photographs were either of R.M. or A., a four-year-old child who regularly visited L.M.'s home, or of both of them. For example, one of the hard drives seized by the S.Q. contained a series of 33 pictures of R.M. in which she first appears dressed as a princess, after which the final photographs are close-up shots of her genitals.

[6] L.M.'s arrest was not the first time he had been in trouble with the law. At the age of 17, he had been convicted of sexually assaulting a six-year-old girl. At 24, he was charged with sexually assaulting a minor, but the proceedings were terminated when he entered into a recognizance under s. 810.1 *Cr. C.* (sentencing decision, [2005] Q.J. No. 15934 (QL), at para. 38; judgment on long-term offender designation, [2005] Q.J. No. 15933 (QL), at para. 30).

C. *Judgments of the Courts Below*

(1) Court of Québec

(a) *Conviction*

[7] L.M. pleaded guilty on the counts of possessing and distributing child pornography but contested the charges of making child pornography and sexual assault. At the end of the trial, Judge Wilhelmy found that the Crown had proven L.M.'s guilt on these counts. Regarding the sexual assault charge, Judge Wilhelmy found R.M.'s testimony highly reliable and credible because of what she said and the circumstances in which she said it ([2005] Q.J. No. 1215 (QL), at paras. 151-52). Furthermore, according to Judge Wilhelmy, virtual conversations on an ICQ chat site traced back to the computer of the accused confirmed the assault against R.M. (paras. 104, 123-24 and 155). The conviction is not contested in this Court.

environ 5 300 photographies et 540 animations pornographiques où figuraient des enfants. Plusieurs des photographies ont pour sujet soit R.M. ou A., une enfant de quatre ans qui fréquentait le domicile de L.M., soit les deux enfants. Par exemple, un des disques durs saisis par la S.Q. contenait une série de 33 images de R.M., où on la voit d'abord habillée en princesse et dont les dernières photographies présentent des plans rapprochés de ses parties génitales.

[6] Au moment de son arrestation, L.M. n'était pas à ses premiers démêlés avec la justice. À l'âge de 17 ans, il a été déclaré coupable d'agression sexuelle sur une enfant de six ans. À l'âge de 24 ans, il a été accusé d'agression sexuelle sur un enfant mineur, cette procédure s'étant terminée par la signature d'un engagement en vertu de l'art. 810.1 *C. cr.* (jugement sur la peine, [2005] J.Q. n° 15934 (QL), par. 38; jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, [2005] J.Q. n° 15933 (QL), par. 30).

C. *Jugements des cours inférieures*

(1) Cour du Québec

a) *Culpabilité*

[7] L.M. a admis sa culpabilité quant aux chefs de possession et de distribution de pornographie juvénile, mais a contesté les accusations de fabrication de pornographie juvénile et d'agression sexuelle. Au terme du procès, la juge Wilhelmy a conclu que la Couronne avait démontré la culpabilité de L.M. relativement à tous ces chefs. Dans son examen de l'accusation d'agression sexuelle, la juge Wilhelmy a reconnu un haut niveau de fiabilité et de crédibilité au témoignage de R.M. en raison de la teneur de ses propos et des circonstances de leur dévoilement ([2005] J.Q. n° 1215 (QL), par. 151-152). De plus, d'après la juge Wilhelmy, des conversations virtuelles sur le site de clavardage ICQ retracées sur l'ordinateur de l'accusé ont confirmé l'agression contre R.M. (par. 104, 123-124 et 155). La déclaration de culpabilité n'est pas remise en cause devant notre Cour.

(b) *Sentence*

[8] Eight months later, Judge Wilhelmy rendered her sentencing decision. In her opinion, there were several aggravating factors in the circumstances of the case. They included the repeated assaults on a very young child; the parental relationship with and position of authority over her; the creation of pornographic images and their distribution over the Internet or, in other words, around the world; and the criminal record of the accused (sentencing decision, at paras. 59 and 61). The trial judge then stated that the accused had committed the [TRANSLATION] “worst crime . . . in the worst circumstances” (para. 65). For these reasons, Judge Wilhelmy sentenced L.M. to the maximum penalty of 10 years’ imprisonment on the count of sexual assault and to 3, 5 and 5 years respectively on those of possessing, making and distributing child pornography. The global sentence was 15 years, as the sentences on the pornography-related counts were to be served concurrently with each other, but consecutively to the sentence for sexual assault. Finally, Judge Wilhelmy reduced the sentence for sexual assault by 16 months to give the accused credit for time spent in remand custody.

[9] That same day, in a separate judgment, the trial judge ruled on a motion by the Crown for a finding that the accused is a long-term offender and an order that he be supervised in the community for a period of 10 years under s. 753.1 *Cr. C.* In her opinion, the imposition of a period of supervision such as this cannot affect the length of the period of deprivation of liberty, as determined at the time of sentencing (judgment on long-term offender designation, at para. 18). According to Judge Wilhelmy, in setting the length of the period of supervision that was to follow the sentence, she had to consider in particular the risk that the offender would reoffend, which she thought to be substantial, and the fact that his sexual deviance was deeply rooted (paras. 27 and 30). She therefore ordered a 10-year supervision period, the maximum permitted by law.

b) *Sentence*

[8] Huit mois plus tard, la juge Wilhelmy a prononcé son jugement sur la détermination de la peine. À son avis, les circonstances de ce dossier révélaient plusieurs facteurs aggravants. Parmi ceux-ci se retrouvaient les assauts répétés sur une très jeune enfant, le lien de filiation et d’autorité avec celle-ci, la création d’images pornographiques et leur distribution sur l’Internet, autrement dit à l’échelle planétaire, et les antécédents criminels de l’accusé, etc. (jugement sur la peine, par. 59 et 61). La première juge a alors estimé que l’accusé avait commis le « pire crime [. . .] dans les pires circonstances » (par. 65). Pour ces motifs, la juge Wilhelmy a condamné L.M. à la peine maximale de 10 ans pour le chef d’agression sexuelle et à des peines respectives de 3, 5 et 5 ans pour possession, production et distribution de pornographie juvénile. La peine globale atteignait 15 ans, les peines relatives à la pornographie devant être purgées de manière concurrente, mais consécutivement à celle pour agression sexuelle. Enfin, la juge Wilhelmy a soustrait 16 mois à la peine pour agression sexuelle en raison du temps passé en détention avant le prononcé de la sentence.

[9] Le même jour, dans un jugement distinct, la première juge a statué sur une requête de la Couronne pour faire déclarer l’accusé délinquant à contrôler et ordonner qu’il soit soumis pour une période de 10 ans à une surveillance au sein de la collectivité, en vertu de l’art. 753.1 *C. cr.* Selon son opinion, l’imposition d’une telle période de surveillance ne saurait affecter la durée de la privation de liberté déterminée au moment de l’infliction de la peine (jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, par. 18). La juge Wilhelmy a estimé devoir fixer la période de surveillance postérieure à l’exécution de la sentence principalement en fonction du risque de récidive présenté par le prévenu, risque qu’elle croyait élevé, et du caractère bien ancré de sa déviance sexuelle (par. 27 et 30). Sur cette base, la juge a fixé la période de surveillance à 10 ans, soit le maximum prévu par la loi.

(2) Court of Appeal, [2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735

[10] L.M. appealed the sentence to the Quebec Court of Appeal. The appeal was allowed in part by the majority of that court. I will now summarize the reasons of the majority and those of the dissent.

(a) *Reasons of the Majority*

[11] For reasons written primarily by Côté J.A., the majority of the Court of Appeal allowed L.M.'s appeal and reduced the sentence imposed by the Court of Québec, which they found inappropriate. In Côté J.A.'s view, certain facts, the acts of penetration in particular, had not been proven. After weighing the factors she considered to have been proven and the holdings in cases she considered to be comparable, Côté J.A. concluded that the maximum sentence for sexual assault was unwarranted. In her opinion, this was not the worst crime committed in the worst circumstances. She therefore reduced the sentence for sexual assault to 6 years. Côté J.A. also reduced the concurrent sentences for making and distributing child pornography to 3 years. The global sentence imposed on L.M. was thus reduced from 15 to 9 years, less 16 months for the time spent in remand custody. However, Côté J.A. upheld the 10-year supervision period. Nuss J.A. concurred with his colleague's proposed disposition, but expressed reservations about adopting the concept of the [TRANSLATION] "worst crime committed in the worst circumstances".

(b) *Reasons of the Dissent*

[12] Morin J.A., dissenting, would have upheld the sentence imposed by the Court of Québec. In his view, the majority's intervention in the trial judge's assessment of the facts was unwarranted, as was their interference with the exercise of her sentencing discretion. He added that following Côté J.A.'s line of reasoning, it would never be possible to impose the maximum sentences provided for in the *Criminal Code* (para. 83).

(2) Cour d'appel, [2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735

[10] L.M. a interjeté appel de la sentence devant la Cour d'appel du Québec. Ce pourvoi a été accueilli en partie par la majorité de cette cour. Je résumerai ici les motifs de la majorité et ceux de la dissidence.

a) *Motifs de la majorité*

[11] Pour des motifs rédigés principalement par la juge Côté, la majorité de la Cour d'appel a fait droit au pourvoi de L.M. et réduit la peine que lui avait infligée la Cour du Québec parce qu'elle aurait été inappropriée. La juge Côté a estimé que certains faits, notamment des actes de pénétration, n'avaient pas été prouvés. En pesant les facteurs qu'elle jugeait établis et la jurisprudence dans des cas qu'elle considérait comme comparables, la juge Côté a conclu que la peine maximale pour l'agression sexuelle ne se justifiait pas. À son avis, il ne s'agissait pas du pire crime commis dans les pires circonstances. Elle a donc réduit la peine pour agression sexuelle à 6 ans. La juge Côté a aussi réduit les peines concurrentes pour production et distribution de pornographie juvénile à 3 ans. La peine globale imposée à L.M. se trouvait donc diminuée de 15 à 9 ans, dont il fallait déduire 16 mois pour la détention provisoire avant le prononcé de la sentence. Elle a toutefois maintenu la période de contrôle à 10 ans. Le juge Nuss a donné son accord au dispositif proposé par sa collègue, tout en exprimant des réserves sur l'utilisation de la notion du « pire crime commis dans les pires circonstances ».

b) *Dissidence*

[12] Le juge Morin, dissident, aurait confirmé la peine infligée par la Cour du Québec. Son opinion reprochait à la majorité d'être intervenue de manière injustifiée dans l'appréciation des faits par la première juge et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine. De plus, à son avis, le raisonnement adopté par la juge Côté ne permettrait jamais l'infliction des peines maximales prévues par le *Code criminel* (par. 83).

II. Analysis

A. *Issues*

[13] This appeal raises three issues with regard to sentencing. The first two have been addressed often by the courts, but in light of the position of the majority of the Court of Appeal, it may be helpful to review the relevant principles in this area of criminal law and procedure. The third issue is a newer one. I will discuss the following issues in turn:

- (1) What principles are applicable to intervention in an appeal against sentence?
- (2) What principles are applicable to the imposition of a maximum sentence? Is it necessary to imagine the worst crime committed in the worst circumstances?
- (3) Must a long-term offender's period of community supervision be taken into account in determining the appropriate term of imprisonment?

B. *Intervention by the Court of Appeal*

(1) Principles

[14] In its past decisions, this Court has established that appellate courts must show great deference in reviewing decisions of trial judges where appeals against sentence are concerned. An appellate court may not vary a sentence simply because it would have ordered a different one. The court must be "convinced it is not fit", that is, "that . . . the sentence [is] clearly unreasonable" (*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46, quoted in *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at para. 15). This Court also made the following comment in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90:

. . . absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary

II. Analyse

A. *Questions en litige*

[13] Le présent pourvoi soulève trois questions relatives à la détermination de la peine. Les deux premières ont souvent été discutées dans la jurisprudence, mais la position adoptée par la majorité de la Cour d'appel fait ressortir l'utilité d'un rappel des principes pertinents dans ce domaine du droit criminel et de la procédure pénale. La troisième s'avère plus nouvelle. Je traiterai donc successivement des questions suivantes :

- (1) Quels sont les critères d'intervention dans le cadre d'un appel sur la peine?
- (2) Quels critères gouvernent l'infliction d'une peine maximale? Faut-il nécessairement imaginer le pire crime commis dans les pires circonstances?
- (3) La période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler doit-elle être prise en compte dans l'évaluation de la peine d'emprisonnement appropriée?

B. *Intervention de la Cour d'appel*

(1) Critères

[14] La jurisprudence de notre Cour a établi que les tribunaux d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue dans l'examen des décisions des juges de première instance à l'occasion d'un appel de la sentence. En effet, une cour d'appel ne peut modifier une peine pour la seule raison qu'elle aurait prononcé une sentence différente. Elle doit être « convaincue qu'elle n'est pas indiquée », c'est-à-dire « que la peine est nettement déraisonnable » (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 46, cité dans *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, par. 15). Notre Cour a d'ailleurs souligné dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 90 :

. . . sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel

a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

(See also *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, at para. 19; A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), at p. 359; and F. Dadour, *De la détermination de la peine: principes et applications* (2007), at p. 298.)

[15] Owing to the profoundly contextual nature of the sentencing process, in which the trier of fact has broad discretion, the standard of review to be applied by an appellate court is one based on deference. The sentencing judge has “served on the front lines of our criminal justice system” and possesses unique qualifications in terms of experience and the ability to assess the submissions of the Crown and the offender (*M. (C.A.)*, at para. 91). In sum, in the case at bar, the Court of Appeal was required — for practical reasons, since the trier of fact was in the best position to determine the appropriate sentence for L.M. — to show deference to the sentence imposed by the trial judge.

(2) Violation of the Principles

[16] The majority of the Court of Appeal did not meet this requirement of deference. In effect, they reassessed L.M.’s sentence without showing it to be clearly unreasonable. They even varied certain findings of fact, in particular with respect to the acts of penetration, despite Judge Wilhelmy’s conclusions concerning the quality of the evidence, which she found to be clear. In assessing the overall seriousness of the offences committed by L.M., the Court of Appeal also disregarded the close connection between the sexual assault charges and the charges of making child pornography and distributing it on the Internet. In so doing, it substituted its own assessment for that of the trier of fact and reviewed the exercise of her discretion without a valid reason. Moreover, as we will now see, the majority of the Court of Appeal misinterpreted the principles applicable to maximum sentences.

ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée.

(Voir aussi *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, par. 19; A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 359; et F. Dadour, *De la détermination de la peine : principes et applications* (2007), p. 298.)

[15] La nature profondément contextuelle du processus de détermination de la peine, qui laisse une large discrétion au juge du fait, justifie une norme de contrôle fondée sur une exigence de retenue de la part des juridictions d’appel. En effet, le juge infligeant la peine « sert en première ligne de notre système de justice pénale » et possède des qualifications uniques sur les plans de l’expérience et de l’appréciation des commentaires formulés par le ministère public et le contrevenant (*M. (C.A.)*, par. 91). En somme, en l’espèce, la Cour d’appel était tenue de conserver une attitude de respect à l’égard de la sentence prononcée par la première juge, et ce pour des raisons fonctionnelles, la juge du fait restant la mieux placée pour évaluer la peine que méritait L.M.

(2) Violation des critères

[16] La majorité de la Cour d’appel n’a pas respecté cette exigence de retenue et de déférence. En effet, elle a réévalué la peine infligée à L.M. sans démontrer le caractère nettement déraisonnable de la sentence originale. Elle a même modifié certaines conclusions de fait, particulièrement quant aux actes de pénétration, malgré les conclusions de la juge Wilhelmy sur les qualités d’une preuve qu’elle considérait comme claire. Dans l’appréciation de la gravité d’ensemble des infractions commises par L.M., la Cour d’appel a aussi négligé le lien étroit entre les accusations d’agression sexuelle et celles de production et de distribution de pornographie juvénile sur l’Internet. Elle s’est ainsi substituée au juge du fait et a révisé sans motif valable l’exercice de sa discrétion. Par surcroît, la majorité de la Cour d’appel a mal interprété les principes régissant l’infliction des peines maximales, comme on le verra maintenant.

C. *Maximum Sentences*

(1) General Sentencing Principles

Determining the Appropriate Sentence

[17] Far from being an exact science or an inflexible predetermined procedure, sentencing is primarily a matter for the trial judge's competence and expertise. The trial judge enjoys considerable discretion because of the individualized nature of the process (s. 718.1 *Cr. C.*; *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, at para. 22; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 82). To arrive at an appropriate sentence in light of the complexity of the factors related to the nature of the offence and the personal characteristics of the offender, the judge must weigh the normative principles set out by Parliament in the *Criminal Code*:

- the objectives of denunciation, deterrence, separation of offenders from society, rehabilitation of offenders, and acknowledgment of and reparations for the harm they have done (s. 718 *Cr. C.*) (see Appendix);
- the fundamental principle that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender (s. 718.1 *Cr. C.*); and
- the principles that a sentence should be increased or reduced to account for aggravating or mitigating circumstances, that a sentence should be similar to other sentences imposed in similar circumstances, that the least restrictive sanctions should be identified and that available sanctions other than imprisonment should be considered (s. 718.2 *Cr. C.*).

(2) Maximum Sentences and *Cheddesingh*

[18] This individualized sentencing process is part of a system in which Parliament has established a very broad range of sentences that can in some cases extend from a suspended sentence to

C. *Le problème des peines maximales*

(1) Principes généraux de détermination de la peine

La recherche de la sentence appropriée

[17] Loin d'être une science exacte ou une procédure inflexiblement prédéterminée, la détermination de la peine relève d'abord de la compétence et de l'expertise du juge du procès. Ce dernier dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire en raison de la nature individualisée du processus (art. 718.1 *C. cr.*; *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, par. 22; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82). Dans sa recherche d'une sentence adéquate, devant la complexité des facteurs relatifs à la nature de l'infraction commise et à la personnalité du contrevenant, le juge doit pondérer les principes normatifs prévus par le législateur dans le *Code criminel* :

- Les objectifs de dénonciation, de dissuasion, d'isolation des délinquants, leur réinsertion sociale, ainsi que la reconnaissance et la réparation des torts qu'ils ont causés (art. 718 *C. cr.*) (voir annexe);
- le principe fondamental de la proportionnalité de la peine au regard de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du délinquant (art. 718.1 *C. cr.*);
- les principes d'adaptation de la peine aux circonstances aggravantes et atténuantes, d'harmonisation des peines, d'identification des sanctions moins contraignantes et des sanctions substitutives applicables (art. 718.2 *C. cr.*).

(2) Le problème des peines maximales et l'arrêt *Cheddesingh*

[18] Ce processus individualisé de détermination de la peine se situe d'ailleurs dans un système où le législateur prévoit des fourchettes très larges de peines possibles qui peuvent, dans certains cas,

life imprisonment. The *Criminal Code* provides for a maximum sentence for each offence. However, it seems that the maximum sentence is not always imposed where it could or should be, as judges are influenced by an idea or viewpoint to the effect that maximum sentences should be reserved for the worst cases involving the worst circumstances and the worst criminals. As can be seen in the case at bar, the influence of this notion is such that it sometimes leads judges to write horror stories that are always worse than the cases before them. As a result, maximum sentences become almost theoretical:

In the end the difficulty with maximums is that they may be seen as almost theoretical rather than as an indication of how seriously an offence is to be treated in the “ordinary” case.

(T. W. Ferris, *Sentencing: Practical Approaches* (2005), at p. 292)

[19] As Morin J.A. noted in his dissenting reasons, human nature is such that it will always be possible for a court to imagine a worse case than the one before it. Morin J.A. rightly pointed out that it is important for a judge, when deciding whether the maximum sentence can or should be imposed for a given offence, to avoid contemplating fictitious situations in this way. This approach is consistent with this Court’s recent case law.

[20] In *R. v. Cheddesingh*, [2004] 1 S.C.R. 433, 2004 SCC 16, the Court acknowledged the exceptional nature of the maximum sentence, but firmly rejected the argument that it must be reserved for the worst crimes committed in the worst circumstances. Instead, all the relevant factors provided for in the *Criminal Code* must be considered on a case-by-case basis, and if the circumstances warrant imposing the maximum sentence, the judge must impose it and must, in so doing, avoid drawing comparisons with hypothetical cases:

... terms such as “stark horror”, “worst offence” and “worst offender” add nothing to the analysis and should

aller de la sentence suspendue à la prison à vie. Le *Code criminel* prévoit ainsi des peines maximales pour chaque infraction. Il semble toutefois que ces peines maximales ne soient pas toujours infligées lorsqu’elles pourraient ou devraient l’être, à cause de l’influence d’une idée ou d’une attitude selon laquelle elles doivent être réservées aux pires cas, impliquant les pires circonstances et les pires criminels. Comme on le constate dans le présent dossier, l’influence de cette conception amène parfois les juges à se lancer dans la création de scénarios d’horreur qui dépassent toujours la réalité dont ils sont saisis. En conséquence, les peines maximales deviennent pratiquement théoriques :

[TRADUCTION] En définitive, la difficulté que posent les peines maximales tient à ce qu’elles peuvent être perçues comme pratiquement théoriques plutôt que comme une indication du sérieux avec lequel il faut traiter une infraction dans les cas « ordinaires ».

(T. W. Ferris, *Sentencing : Practical Approaches* (2005), p. 292)

[19] Comme le souligne le juge Morin dans ses motifs dissidents, la nature humaine fait en sorte que l’on peut toujours imaginer un pire scénario que celui dont est saisi le tribunal. Le juge Morin rappelle avec justesse l’importance d’éviter cette recherche de situations fictives lorsqu’il s’agit de décider si l’on peut ou doit infliger la peine maximale prévue pour un crime donné. Cette approche correspond à la jurisprudence récente de notre Cour.

[20] Dans *R. c. Cheddesingh*, [2004] 1 R.C.S. 433, 2004 CSC 16, notre Cour a admis la nature exceptionnelle de la peine maximale, mais a rejeté fermement la proposition voulant qu’elle doive être réservée au pire crime commis dans les pires circonstances. Il faut plutôt prendre en compte tous les facteurs pertinents prévus au *Code criminel* dans un contexte individualisé et infliger la peine maximale si les circonstances le justifient, sans s’arrêter à des comparaisons avec des scénarios théoriques :

... des termes comme « abomination », « pire infraction » et « pire délinquant » n’ajoutent rien à l’analyse et

be avoided. All relevant factors under the *Criminal Code* . . . must be considered. A maximum penalty of any kind will by its very nature be imposed only rarely . . . and is only appropriate if the offence is of sufficient gravity and the offender displays sufficient blameworthiness. As is always the case with sentencing, the inquiry must proceed on a case-by-case basis. [para. 1]

[21] Even where a maximum sentence is imposed, therefore, regard must be had to the trial judge's discretion, the individualized nature of sentencing and the normative principles set out by Parliament in ss. 718, 718.1 and 718.2 *Cr. C.* There is still a place in criminal law for maximum sentences in appropriate circumstances.

[22] Thus, the maximum sentence cannot be reserved for the abstract case of the worst crime committed in the worst circumstances. The trial judge's decision will continue to be dictated by the fundamental principle that a "sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender" (s. 718.1 *Cr. C.*). Proportionality will be achieved by means of a "complicated calculus" whose elements the trier of fact understands better than anyone. The trial judge's position in the sentencing process justifies the respect owed to the reasoned exercise of his or her discretion and the deferential approach that appellate courts should take in such matters (see Manson, at p. 86). As is noted in one commentary on sentencing principles:

[TRANSLATION] [The] objectives of denunciation, deterrence, separation from society, rehabilitation, reparations and retribution are all quite general, and there is no precise standard that can be applied to rank them. At first glance, this is desirable, since the sentencing process is fundamentally an individualized one in that sentences will necessarily vary from one offender to another in light of the particular emphasis that will be placed on one or the other of the objectives in order to arrive at the appropriate sentence, having regard to all the circumstances, in each case.

(Dadour, at p. 17)

[23] In the case at bar, the Court of Appeal should have asked whether, in light of Judge Wilhelmy's

devraient être évités. Tous les facteurs pertinents pour l'application du *Code criminel* [. . .] doivent être pris en compte. En raison de leur nature même, les peines maximales, quelles qu'elles soient, sont rarement infligées [. . .] et ne sont appropriées que si l'infraction est suffisamment grave et le délinquant suffisamment à blâmer. Comme toujours en matière de détermination de la peine, il faut examiner chaque cas individuellement. [par. 1]

[21] La discrétion du premier juge, la nature individualisée de la détermination de la peine et les principes normatifs énumérés par le législateur aux art. 718, 718.1, 718.2 *C. cr.* doivent ainsi être respectés, même lorsqu'il s'agit de l'application des peines maximales. Le droit pénal leur laisse toujours une place dans les circonstances appropriées.

[22] Ainsi, on ne peut réserver la peine maximale au scénario abstrait du pire crime commis dans les pires circonstances. C'est encore le principe fondamental selon lequel la « peine [sera] proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » qui dictera la décision du juge du procès (art. 718.1 *C. cr.*). La proportionnalité sera atteinte par un [TRANSLATION] « calcul complexe » dont le juge du fait maîtrise les éléments mieux que quiconque. Sa position dans le système de détermination de la peine justifie le respect dû à l'exercice raisonné de sa discrétion et l'attitude de déférence et de retenue conseillée aux tribunaux d'appel en ces matières (voir Manson, p. 86). Comme le souligne un commentaire sur les principes régissant la fixation des peines :

[L]es objectifs de dénonciation, de dissuasion, d'isolement, de réinsertion, de réparation ou de rétribution sont autant de paramètres généraux qui n'obéissent à aucune norme précise permettant de les hiérarchiser. Cela est de prime abord souhaitable, puisque le processus de détermination de la peine est fondamentalement individualisé, en ce sens que toute peine variera nécessairement d'un contrevenant à l'autre compte tenu de l'insistance particulière sur l'un ou l'autre des objectifs afin de rencontrer la peine qui sera appropriée dans l'ensemble des circonstances.

(Dadour, p. 17)

[23] En l'espèce, la Cour d'appel aurait dû rechercher, sur la base des constatations de fait de la juge

findings of fact, imposing the maximum sentence was reasonable having regard to the circumstances and the objectives of sentencing rather than digging deeper to find something horrible. A review of the Court of Québec's judgment in light of the principles stated above confirms that the sentence imposed was lawful and reasonable. This is clear from the reasons given by Judge Wilhelmy for her sentencing decision.

(3) Application of the Sentencing Principles by the Trial Judge

Objective and Subjective Seriousness

[24] Judge Wilhelmy began her analysis by considering the objective seriousness of the offences of which L.M. had been convicted. She noted the lengths of the maximum sentences provided for by Parliament: 10 years for sexual assault (s. 271(1)(a) *Cr. C.*), 10 years for making child pornography (s. 163.1(2)(a) *Cr. C.*), 10 years for distributing child pornography (s. 163.1(3)(a) *Cr. C.*) and 5 years for possessing child pornography (s. 163.1(4)(a) *Cr. C.*).

[25] On the subjective seriousness of the offences, Judge Wilhelmy referred to a number of aggravating factors that led her to conclude that a long period of incarceration was necessary. She noted L.M.'s record of similar acts, the repeated nature of the acts and their impact on the victims, his parental relationship, position of authority and position of trust with respect to the principal victim, the quantity of pornographic materials seized, the central role played by the accused in supplying the distribution network and in facilitating the production of the materials, the children's ages, the nature of the scenes shown in the photographs and videos, and the medium — the Internet — used to distribute the pornographic photographs and videos (see in particular para. 61 of the sentencing decision).

[26] In addition to the violence inherent in repeated sexual assaults on such a young child, the

Wilhelmy, si la peine maximale représentait une sentence raisonnable en tenant compte des circonstances et des objectifs de détermination de la peine, sans chercher à approfondir une recherche de l'horreur. L'étude du jugement de la Cour du Québec à la lumière des principes posés plus haut confirme qu'une peine légale et raisonnable a été infligée. Cela ressortira de l'analyse des motifs de la sentence prononcée par la juge Wilhelmy.

(3) Application des critères de détermination de la peine par la juge de première instance

Gravité objective et subjective

[24] La juge Wilhelmy commence son analyse en examinant d'abord le niveau de gravité objective des infractions dont L.M. a été reconnu coupable. Elle souligne à ce propos l'importance des peines maximales prévues par le législateur : 10 ans pour l'agression sexuelle (al. 271(1)a *C. cr.*), 10 ans pour la production de pornographie juvénile (al. 163.1(2)a *C. cr.*), 10 ans pour la distribution de pornographie juvénile (al. 163.1(3)a *C. cr.*) et 5 ans pour la possession de pornographie juvénile (al. 163.1(4)a *C. cr.*).

[25] À l'occasion de son examen de la gravité subjective des infractions, plusieurs facteurs aggravants invitent la juge Wilhelmy à conclure à la nécessité d'une longue période d'incarcération. Elle mentionne l'antécédent de L.M. en matière semblable, la répétition puis l'impact de ses gestes sur ses victimes, le lien filial et d'autorité et le rapport de confiance avec sa victime principale, l'ampleur du matériel pornographique saisi, le rôle central de l'accusé dans l'alimentation du réseau de distribution ainsi que dans la facilitation de la production du matériel, l'âge des enfants, la nature des scènes révélées par les photographies et les animations, ainsi que le médium utilisé — Internet — pour distribuer les photos et animations pornographiques (voir notamment le par. 61 du jugement sur la détermination de la peine).

[26] En plus de la violence inhérente à des agressions sexuelles répétées sur une si jeune enfant, on

list of aggravating circumstances could include the fact that R.M. was unquestionably subjected to psychological violence. According to a report by the Centre jeunesse de Montréal dated April 19, 2005 that was filed in the Court of Québec, the little girl had been scarred for life by her father's acts and was having difficulty fitting in with children her own age (A.R., at pp. 108-9; sentencing decision, at para. 28).

[27] Moreover, the gravity of L.M.'s acts is clear from his *modus operandi*. A portion of the collection of pornographic photographs and videos he posted on the Internet were the product of sexual assaults on his own little girl. His acts must be considered as a whole.

[28] Finally, I note that L.M. disseminated his pornography around the world over the Internet. The use of this medium can have serious consequences for a victim. Once a photograph has been posted on the Web, it can be accessed indefinitely, from anywhere in the world. R.M. will never know whether a pornographic photograph or video in which she appears might not resurface someday.

[29] The only mitigating circumstance identified by Judge Wilhelmy was L.M.'s recent acknowledgment of his sexual deviance. Whether his admission was sincere is open to question. According to the pre-sentence report prepared for the Court of Québec by probation officer Isabelle Mailloux on May 3, 2005, L.M. at no time used [TRANSLATION] "negative language in referring to child pornography or acknowledged the unacceptable nature of that act" (A.R., at p. 125). In a psychiatric assessment submitted to the Court of Québec on June 13, 2005, Dr. Louis Morissette noted that L.M. had admitted [TRANSLATION] "the inadequacy of his fantasies" in a second interview only *after* having read the pre-sentence report (A.R., at p. 140). Judge Wilhelmy made the following comment: [TRANSLATION] "However, [the] reversal occurred after the accused had read the pre-sentence and psychological reports, which mentioned that he had acknowledged nothing and shown no regret

peut d'ailleurs ajouter à la liste des circonstances aggravantes le fait que R.M. a été victime d'une violence psychologique certaine. Le rapport du Centre jeunesse de Montréal du 19 avril 2005 soumis à la Cour du Québec démontre que la fillette est marquée à vie par les actes de son père et qu'elle a du mal à s'intégrer aux enfants de son âge (d.a., p. 108-109; jugement sur la peine, par. 28).

[27] De plus, le mode d'opération choisi par L.M. fait bien saisir la gravité de ses actes. En effet, L.M. alimentait en partie le stock de photographies et d'animations pornographiques qu'il publiait sur Internet par le produit des agressions sexuelles commises à l'endroit de sa fillette. Ses actes doivent ainsi être considérés dans leur ensemble.

[28] Je note enfin que L.M. diffusait son matériel pornographique à l'échelle planétaire par l'intermédiaire de l'Internet. L'emploi de ce mode de diffusion peut avoir des conséquences graves pour une victime. Dès lors qu'une photo est publiée sur le web, elle est disponible pour une durée indéterminée, partout dans le monde. R.M. ne saura jamais si on ne retracera pas, un jour, une photographie ou une animation pornographique où elle figure.

[29] La seule circonstance atténuante identifiée par la juge Wilhelmy est la reconnaissance récente, par L.M., de sa problématique sexuelle. La sincérité de cette reconnaissance demeure sujette à caution. Le rapport présentiel préparé pour la Cour du Québec par l'agente de probation Isabelle Mailloux le 3 mai 2005 indique que L.M. n'a attribué, en aucun moment, « de qualificatif négatif à l'égard de la pornographie juvénile ou reconnu le caractère inacceptable de cet acte » (d.a., p. 125). Puis, l'expertise psychiatrique soumise à la Cour du Québec par le psychiatre Louis Morissette le 13 juin 2005 note que L.M. a concédé lors d'une seconde entrevue « l'inadéquacité de ses fantaisies » seulement *après* avoir lu le rapport présentiel (d.a., p. 140). La juge Wilhelmy note que le « revirement survient cependant, après que l'accusé ait pris connaissance des rapports présentiel et psychologique, lesquels font état de l'absence totale de reconnaissance et/ou de regret

whatsoever” (judgment on long-term offender designation, at para. 22).

[30] L.M.’s acts were highly reprehensible, and the evidence convinced Judge Wilhelmy that they were sufficiently serious, and L.M. sufficiently blameworthy, to warrant the maximum sentence. Judge Wilhelmy rightly wanted to denounce L.M.’s conduct, deter sex offenders from committing such offences and separate L.M. from society because of his lack of remorse, especially since his acts included the abuse of a person under 18 in relation to whom he was in a position of trust. Similarly, the offence had been committed in the context of the abuse of a position of authority in relation to the victim.

[31] The judge also correctly understood the close relationship between the offences, the overall situation they gave rise to and the need to impose a global sentence suited to that situation. Viewed as a whole, the crime was complex. The offence of sexual assault was closely connected with three other offences of making, possessing and distributing child pornography that are subject to express sanctions under the *Criminal Code*. Each aspect of the offender’s conduct could be considered only in light of all these charges, viewed as a whole. As Judge Wilhelmy concluded, the global sentence was the crucial factor in determining the sentence in the case at bar.

[32] From this perspective, the sentence imposed by Judge Wilhelmy was not unreasonable. The trial judge had a broad discretion, was in a privileged position as the trier of fact and certainly had the expertise to assess L.M.’s character, the heinous nature of his acts and the impact that a longer or shorter sentence might have on the chances of his reoffending and on his prospects for rehabilitation.

(4) Unwarranted Intervention by the Court of Appeal

[33] As I mentioned above, the majority of the Court of Appeal erred in varying a sentence that

de sa part » (jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, par. 22).

[30] Les gestes commis par L.M. sont hautement répréhensibles et la preuve a persuadé la juge Wilhelmy qu’ils sont suffisamment graves et que L.M. est suffisamment à blâmer pour justifier une peine maximale. À bon droit, la juge Wilhelmy a souhaité dénoncer le comportement de L.M., dissuader les délinquants sexuels de commettre de telles infractions, isoler L.M. en raison de son manque de repentir, surtout car ses gestes incluait des mauvais traitements à l’égard d’une personne âgée de moins de 18 ans avec qui il entretenait une relation de confiance. De même, l’infraction était commise dans un contexte d’abus d’autorité à l’égard de la victime.

[31] La juge a aussi bien saisi les liens étroits entre les infractions commises, la situation d’ensemble qu’elles créent et la nécessité d’imposer une peine globale adaptée à cette situation. Le crime, une fois compris dans son ensemble, était complexe. L’agression sexuelle se rattachait étroitement à trois autres infractions de production, de possession et de distribution de pornographie juvénile, dont le *Code criminel* prévoit spécifiquement la punition. Seule la combinaison de ces accusations permettait de prendre en compte tous les aspects de la conduite du prévenu. Comme l’a conclu la juge Wilhelmy, la peine globale constituait l’élément crucial de la détermination de la peine en l’espèce.

[32] Dans ce contexte, la peine imposée par la juge Wilhelmy n’était pas déraisonnable. La juge de première instance jouissait d’une grande discrétion, d’une position privilégiée comme juge du fait ainsi que d’une expertise certaine pour évaluer la personne de L.M., le caractère odieux de ses actes ainsi que l’impact potentiel d’une peine plus ou moins longue sur ses possibilités de récidive et de réadaptation.

(4) L’intervention injustifiée de la Cour d’appel

[33] Comme je le soulignais plus haut, la majorité de la Cour d’appel a modifié à tort une sentence

was not unreasonable. Their finding that penetration had not been proven beyond a reasonable doubt constitutes an improper reassessment of the evidence in the absence of a reviewable error in the Court of Québec's assessment of the facts.

[34] Moreover, the majority of the Court of Appeal attached great importance to the principle that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances (paras. 41 *et seq.*), which is one of the normative sentencing principles provided for in the *Criminal Code* (s. 718.2 *Cr. C.*). Although this principle permits an appellate court to temper the discretionary aspect of the sentencing process, it was applied incorrectly by the majority of the Court of Appeal.

[35] This exercise of ensuring that sentences are similar could not be given priority over the principle of deference to the trial judge's exercise of discretion, since the sentence was not vitiated by an error in principle and the trial judge had not imposed a sentence that was clearly unreasonable by failing to give adequate consideration to certain factors or by improperly assessing the evidence (*M. (C.A.)*, at para. 92, quoted in *McDonnell*, at para. 16; *W. (G.)*, at para. 19; see also Ferris, at p. 149, and Manson, at p. 93). This Court has clearly confirmed the "trial judge's traditionally broad sentencing discretion" (*M. (C.A.)*, at para. 56). Furthermore, this principle has been codified in s. 718.3 *Cr. C.*

[36] Owing to the very nature of an individualized sentencing process, sentences imposed for offences of the same type will not always be identical. The principle of parity does not preclude disparity *where warranted by the circumstances*, because of the principle of proportionality (see Dadour, at p. 18). As this Court noted in *M. (C.A.)*, at para. 92, "there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime". From this perspective, an appellate court is justified in intervening only if the sentence imposed by the trial judge "is in substantial and marked departure from the sentences

qui n'était pas déraisonnable. De plus, son rejet de la preuve de pénétration hors de tout doute raisonnable représente une réévaluation inadmissible de la preuve en l'absence d'erreur révisable dans l'appréciation des faits par la Cour du Québec.

[34] Par ailleurs, la majorité de la Cour d'appel fait grand cas du principe de l'harmonisation des peines (par. 41 et suiv.) qui demeure, en effet, l'un des principes normatifs prévus au *Code criminel* en matière de détermination de la peine (art. 718.2 *C. cr.*). Bien que ce principe permette de tempérer l'élément discrétionnaire du processus de détermination de la peine, il a cependant été mal employé par la majorité de la Cour d'appel.

[35] On ne pouvait prioriser cet exercice d'harmonisation des peines au détriment de la règle du respect de la discrétion du juge de procès, dans la mesure où la sentence n'était pas entachée d'une erreur de principe et où la première juge n'avait pas infligé une peine nettement déraisonnable en accordant une attention inadéquate à des facteurs particuliers ou en évaluant incorrectement la preuve (*M. (C.A.)*, par. 92, cité dans *McDonnell*, par. 16; *W. (G.)*, par. 19; voir aussi Ferris, p. 149, et Manson, p. 93). Notre Cour a clairement confirmé le « vaste pouvoir discrétionnaire dont dispose depuis toujours le juge du procès en matière de détermination de la peine » (*M. (C.A.)*, par. 56). Ce principe a d'ailleurs été codifié à l'art. 718.3 *C. cr.*

[36] Des peines prononcées à l'égard des mêmes catégories d'infraction ne seront pas toujours parfaitement semblables, en raison de la nature même d'un processus de détermination de la peine axé sur l'individu. En effet, le principe de la parité n'interdit pas la disparité *si les circonstances le justifient*, en raison de l'existence de la règle de la proportionnalité (voir Dadour, p. 18). Comme notre Cour l'a rappelé dans *M. (C.A.)*, par. 92, « il n'existe pas de peine uniforme pour un crime donné ». Dans un tel contexte, une cour d'appel n'est justifiée d'intervenir que si la peine qu'a infligée le juge du procès

customarily imposed for similar offenders committing similar crimes” (*M. (C.A.)*, at para. 92).

[37] The case at bar can be distinguished from each of the cases cited by the majority of the Court of Appeal. The case before this Court is markedly different as regards the quantity of materials seized and the scope of the network of Internet users having access to them, not to mention the connection between the sexual assaults committed by L.M. and his making, possession and distribution of child pornography. I will give one example of this. The majority of the Court of Appeal stressed the similarity between *R. v. M.P.*, [2005] Q.J. No. 78 (QL), 2005 QCCA 7, and the instant case (see para. 73). Their aim in doing so was to bring L.M.’s sentence in line with the one imposed in *M.P.* But in that case the pornographic materials were not posted on the Internet; they were sent only to two friends of the abused child’s father. Having disregarded L.M.’s wide distribution of the materials, made possible by the Internet, the Court of Appeal failed to demonstrate any real similarity between *M.P.* and the case at bar. Consequently, this attempt at achieving parity in sentencing, based as it was on an incorrect analogy, was itself inappropriate.

D. *Finding That the Offender Is a Long-Term Offender*

[38] This appeal also raises the issue of the relationship between sentencing and the procedure for finding an offender to be a long-term offender. When the Crown applies to have an offender found to be a long-term offender, must the judge, in determining the length of the term of imprisonment, take the subsequent period of community supervision into account? I do not think so. In my view, a distinction must be made between sentencing *per se* and the procedure for imposing a period of post-sentence supervision.

« s’écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires » (*M. (C.A.)*, par. 92).

[37] En l’espèce, il est possible de distinguer chacune des affaires citées par la majorité de la Cour d’appel de celle qui fait l’objet du présent pourvoi. Le dossier porté devant notre Cour comporte des différences marquées sur le plan de l’ampleur du matériel saisi et du réseau d’internautes ayant accès à ce matériel, sans compter le lien entre les agressions sexuelles commises par L.M. et ses activités de production, de possession et de distribution de pornographie juvénile. J’en donnerai un exemple. La majorité de la Cour d’appel souligne la similitude entre l’arrêt *R. c. M.P.*, [2005] J.Q. n° 78 (QL), 2005 QCCA 7, et la présente affaire (voir par. 73). Elle souhaite ainsi harmoniser la peine de L.M. avec celle infligée dans *M.P.* Toutefois, dans cette dernière affaire, le matériel pornographique n’était pas diffusé sur Internet, mais uniquement transmis à deux amis du père de l’enfant victime d’abus. Faute de prise en compte de la diffusion à grande échelle permise par l’Internet que pratiquait L.M., la Cour d’appel ne pouvait démontrer une similitude réelle entre *M.P.* et le présent dossier. En conséquence, cet effort d’harmonisation des peines, fondé sur une analogie incorrecte, s’avère lui-même inapproprié.

D. *La déclaration de délinquant à contrôler*

[38] Le présent appel soulève aussi le problème des rapports entre la détermination de la peine et la procédure de déclaration de délinquant à contrôler. Lorsque la Couronne dépose une demande de déclaration de délinquant à contrôler, le juge qui fixe la peine d’emprisonnement doit-il tenir compte de la période de surveillance qui suivra au sein de la collectivité? À mon avis, non. Il importe selon moi de distinguer la détermination de la peine proprement dite et la procédure d’assujettissement à une période de contrôle après l’exécution de la sentence.

(1) Description of the System of Supervision

[39] As this Court did with respect to *dangerous* offenders (*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 339; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 297), I note the exceptional nature of the finding that an offender is a *long-term* offender. As I will explain below, the strictness and precision of the rules applicable to this supervisory mechanism necessarily limit the number of people to whom it will apply. In 2005, or eight years after the introduction of this new system of supervision, there were 300 long-term offenders in Canada: 187 of them were incarcerated, and 113 were in the community under supervision. Most of them had committed sexual offences (“Long term offender designation”, Public Safety Canada (online: www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/lto-eng.aspx)).

Procedure

[40] The *Criminal Code* provides that the Crown must first of all apply to have an accused found to be a long-term offender after he or she has been convicted, but before sentence is imposed (ss. 752.1(1), 753.1(1)(a) and 753.1(3.1)(a) *Cr. C.*). After this application is filed, the court may have experts assess the offender. Their report will be used as evidence in the application (ss. 752.1(1) and 753.1(1) *Cr. C.*). This report will enable the judge to determine whether the offender poses a serious risk to public safety. The *Criminal Code* sets out three conditions that must be met before a judge may grant an application for supervision:

- (i) First, a sentence of imprisonment of two years or more must be warranted for the offence for which the offender has been convicted (s. 753.1(1)(a) *Cr. C.*).
- (ii) Next, the judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that there is a substantial risk that the offender will reoffend (s. 753.1(1)(b) *Cr. C.*; see, for example, *Beaulieu v. R.*, [2007] Q.J. No. 2116 (QL), 2007 QCCA 403, at para. 25). In assessing that risk, the judge must determine (s. 753.1(2) *Cr. C.*):

(1) Description du système de contrôle

[39] Comme notre Cour l’a fait dans le cas des délinquants *dangeroux* (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 339; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 297), je rappelle la nature exceptionnelle des déclarations de délinquant à *contrôler*. Ainsi que je l’expliquerai plus bas, le caractère strict et précis des critères gouvernant l’imposition de cette mesure de contrôle restreint nécessairement le nombre de personnes auxquelles elle trouvera à s’appliquer. De fait, en 2005, donc 8 ans après l’entrée en vigueur de ce nouveau système de contrôle, le Canada comptait 300 délinquants à contrôler : 187 étaient incarcérés et 113 étaient surveillés dans la collectivité. La majorité d’entre eux avaient commis des infractions d’ordre sexuel (« Désignation de délinquant à contrôler », Sécurité publique Canada (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/lto-fra.aspx)).

Procédure

[40] Le *Code criminel* prévoit d’abord que la Couronne doit présenter la demande de déclaration de délinquant à contrôler une fois l’accusé reconnu coupable, mais avant que la peine n’ait été déterminée (par. 752.1(1) et al. 753.1(1)(a) et 753.1(3.1)(a) *C. cr.*). Après le dépôt de cette demande, le tribunal peut faire évaluer le délinquant par des experts. Leur rapport est utilisé comme preuve lors de l’examen de la demande (par. 752.1(1) et 753.1(1) *C. cr.*). En effet, ce rapport permet d’évaluer si le délinquant pose un risque sérieux pour la sécurité publique. Le *Code criminel* édicte trois conditions pour que le juge fasse droit à une demande de contrôle :

- (i) D’abord, une peine minimale d’emprisonnement de deux ans doit être justifiée pour l’infraction dont le délinquant a été déclaré coupable (al. 753.1(1)(a) *C. cr.*).
- (ii) Ensuite, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que le délinquant présente un risque élevé de récidive (al. 753.1(1)(b) *C. cr.*; voir, par exemple, *Beaulieu c. R.*, [2007] J.Q. n° 2116 (QL), 2007 QCCA 403, par. 25). Pour évaluer le risque de récidive, le juge doit constater la présence des deux facteurs suivants (par. 753.1(2) *C. cr.*) :

- (a) that the offender has been convicted of a sexual offence under ss. 151, 152, 153, 163.1(2), 163.1(3), 163.1(4), 163.1(4.1), 172.1, 173(2), 271, 272 or 273 *Cr. C.*, or has engaged in “serious conduct of a sexual nature in the commission of another offence of which the offender has been convicted” (s. 753.1(2)(a) *Cr. C.*); and
- (b) that the offender has shown a pattern of repetitive behaviour that shows a likelihood of the offender’s causing injury to or inflicting severe psychological damage on other persons, *or* has, by conduct in any sexual matter, shown a likelihood of causing injury to other persons in the future (s. 753.1(2)(b)(i) and (ii) *Cr. C.*; see, for example, *Corneau v. R.*, [2001] R.J.Q. 2509 (C.A.)). This assessment of [TRANSLATION] “prospective dangerousness” concerns, in sum, past conduct and the facts relating to the commission of the offences (*R. v. Ménard*, [2002] Q.J. No. 5271 (QL) (C.A.), at para. 23).
- (iii) Finally, the judge must find that there is a “reasonable possibility” of eventual control of the risk in the community (s. 753.1(1)(c) *Cr. C.*). It is interesting to note that the expression used in the French version of this provision is “*possibilité réelle*” (real possibility) (*R. v. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66, at para. 27).
- a) Le délinquant a été reconnu coupable d’une infraction de nature sexuelle prévue aux art. 151, 152, 153, 163.1(2), 163.1(3), 163.1(4), 163.1(4.1) 172.1, 173(2), 271, 272 et 273 *C. cr.*, ou a commis un « acte grave de nature sexuelle lors de la perpétration d’une autre infraction dont il a été déclaré coupable » (al. 753.1(2)a) *C. cr.*).
- b) Le délinquant a accompli des actes répétitifs permettant de croire qu’il causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d’autres personnes, *ou* sa conduite antérieure dans le domaine sexuel laisse prévoir qu’il causera à l’avenir des sévices à d’autres personnes (sous-al. 753.1(2)b)(i) et (ii) *C. cr.*; voir, par exemple, *Corneau c. R.*, [2001] R.J.Q. 2509 (C.A.)). Cet exercice visant à évaluer la « dangerosité potentielle » tient compte, en somme, de la conduite antérieure et des faits ayant entouré la perpétration des infractions (*R. c. Ménard*, [2002] J.Q. n° 5271 (QL) (C.A.), par. 23).
- (iii) Enfin, il faut que le juge reconnaisse l’existence d’une « possibilité réelle » que ce risque de récidive puisse être maîtrisé au sein de la collectivité (al. 753.1(1)c) *C. cr.*). Il est intéressant de noter que la version anglaise de cette disposition utilise l’expression « *reasonable possibility* » (*R. c. M. (J.S.)* (2003), 173 C.C.C. (3d) 75, 2003 BCCA 66, par. 27).

[41] This Court has previously stated that a sentencing judge must, if satisfied that a community supervision order will make it possible “to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level”, consider the option of finding an offender to be a *long-term* offender before finding him or her to be a *dangerous* offender (see *Johnson*, at para. 40; see also C. Ruby, *Sentencing* (6th ed. 2004), at p. 541). This is the only situation in which the *Criminal Code* requires a judge to consider the possibility of supervision before determining the appropriate sentence. The decision is thus based on controlling a serious risk: if this objective can be attained in

[41] Notre Cour a déjà précisé que le juge déterminant la peine doit envisager l’option de la déclaration de délinquant à *contrôler* avant celle de la déclaration de délinquant *dangeroux*, s’il est convaincu qu’il sera possible « d’abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit » avec l’ordonnance de surveillance dans la collectivité (voir *Johnson*, par. 40; voir aussi C. Ruby, *Sentencing* (6th ed. 2004), p. 541). C’est le seul cas où le *Code criminel* impose au juge l’obligation d’examiner la possibilité d’une déclaration de contrôle avant de déterminer la peine appropriée. Il s’agit donc d’une décision fondée sur le contrôle d’un risque élevé :

the community, an offender cannot be found to be dangerous and, as a result, be imprisoned for an indeterminate period (see Ferris, at pp. 301-3).

[42] Although they both contribute to assuring public safety, the dangerous offender and long-term offender designations have different objectives. Unlike a *dangerous* offender (s. 753 *Cr. C.*), who will continue to be deprived of liberty, since such offenders are kept in prison to separate them from society (s. 718.1), a *long-term* offender serves a sentence of imprisonment of two years or more and is then subject to an order of supervision in the community for a period not exceeding 10 years for the purpose of assisting in his or her rehabilitation (s. 753.1(3) *Cr. C.*). This measure, which is less restrictive than the indeterminate period of incarceration that applies to dangerous offenders, protects society and is at the same time consistent with [TRANSLATION] “the principles of proportionality and moderation in the recourse to sentences involving a deprivation of liberty” (Dadour, at p. 228).

(2) Relationship to Sentencing

[43] The respondent relies on an Ontario Court of Appeal decision to argue that the principle of proportionality should apply to the combined effect of the period of community supervision and the sentence of imprisonment. While it was careful to state that a community supervision order is “not a sentence”, the Ontario Court of Appeal made the following comments, on that occasion, regarding the combined effect of the prison sentence and the supervision period:

Although it may be argued that a mandatory community supervision order . . . is not a sentence, in my view, as a matter of principle, the principles of sentencing in ss. 718 to 718.2 should apply when measuring the combined effect of a mandatory custodial sentence and mandatory community supervision order. This would include the fundamental principle of proportionality in s. 718.1. . . .

si cet objectif peut être atteint au sein de la collectivité, un délinquant ne saurait être déclaré dangereux et donc emprisonné pour une durée indéterminée (voir Ferris, p. 301-303).

[42] Bien qu’elles concourent toutes les deux à protéger la sécurité publique, les mesures de déclaration de délinquant dangereux et de délinquant à contrôler correspondent à des objectifs différents. En effet, à la différence du délinquant *dangereux* (art. 753 *C. cr.*) qui continuera à subir une privation de liberté puisqu’on le gardera incarcéré pour être isolé du reste de la société (art. 718.1), le délinquant à *contrôler* subit une peine d’emprisonnement d’au moins deux ans, après quoi on le soumet à une ordonnance de surveillance dans la collectivité pour une période maximale de 10 ans afin de favoriser sa réinsertion sociale (par. 753.1(3) *C. cr.*). Moins contraignante que l’incarcération pour une durée indéterminée réservée aux délinquants dangereux, cette mesure permet d’assurer la protection de la société tout en respectant « les principes de proportionnalité et de modération dans le recours aux peines privatives de liberté » (Dadour, p. 228).

(2) Lien avec la détermination de la peine

[43] L’intimé s’appuie sur une décision de la Cour d’appel de l’Ontario pour soutenir que le principe de la proportionnalité de la peine devrait s’appliquer à l’effet combiné de la période de surveillance dans la collectivité et de la peine d’emprisonnement. Tout en prenant soin de préciser que l’ordonnance de surveillance au sein de la communauté n’est [TRADUCTION] « pas une peine », la Cour d’appel de l’Ontario a fait à cette occasion quelques commentaires sur l’effet cumulatif de la peine d’emprisonnement et de la période de contrôle :

[TRANSLATION] Même si on peut prétendre qu’une ordonnance obligatoire de surveillance au sein de la communauté [. . .] ne constitue pas une peine, sur le plan des principes, j’estime que les principes de détermination de la peine prévus aux art. 718 à 718.2 s’appliquent lorsqu’il s’agit de mesurer l’effet combiné d’une peine d’emprisonnement obligatoire et d’une ordonnance obligatoire de surveillance au sein de la communauté. Cela vaut notamment pour le principe fondamental de la proportionnalité prévu à l’art. 718.1. . .

... Assuming that the principle of proportionality applies ... , I find nothing inappropriate about the eight-year period of community supervision in addition to this sentence. It is necessary to recognize that the custodial sentence for the predicate offences and the community supervision order each serve a discrete purpose. Therefore, in considering the appropriateness of the length of the appellant's community supervision, it must be considered in the context of the purpose of the dangerous and long-term offender regime, which is to protect the public.

(*R. v. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376, at paras. 21-22)

[44] Of course, a period of community supervision cannot be any longer than is necessary to obviate the risk that the offender will reoffend and thus to protect the public. In my view, however, to adopt the general rule the respondent wishes to draw from *Archer* would be to disregard the distinction between the sentence of imprisonment and the period of supervision, which have different objectives.

(3) Distinction Between the Function of the Finding and That of Sentencing

[45] This Court has held that the procedure for finding an offender to be a *dangerous* offender forms part of the sentencing process (*Lyons*, at pp. 350 and 374; *Jones*, at p. 294; *Johnson*, at para. 23). Can it be said that the procedure for finding an offender to be a *long-term* offender also forms part of the sentencing process? Obviously, since the sentencing judge is the same judge who would make the order so finding. However, the similarities between that finding and a sentencing proceeding end there.

[46] These two types of decisions can be distinguished on the basis of the objectives and methods, and certain technical aspects, of the sentencing process. The principal objective of a prison sentence is punishment, although the sentence must be determined in accordance with the principles set out in the *Criminal Code*. On the other hand,

... En tenant pour acquis que le principe de la proportionnalité s'applique [. . .], je ne vois rien d'inapproprié à la période de huit ans de surveillance au sein de la communauté qui s'ajoute à la peine infligée en l'espèce. Il faut reconnaître que la peine d'emprisonnement pour l'infraction sous-jacente et l'ordonnance de surveillance au sein de la communauté visent chacune un objectif distinct. Par conséquent, pour apprécier le bien-fondé de la durée de la surveillance de l'appelant au sein de la communauté, il faut l'examiner en regard de l'objectif du régime applicable aux délinquants dangereux et aux délinquants à contrôler, qui est de protéger le public.

(*R. c. Archer* (2005), 193 C.C.C. (3d) 376, par. 21-22)

[44] Certes, une période de surveillance dans la collectivité ne saurait excéder le temps nécessaire pour prévenir les risques de récidive et assurer ainsi la protection du public. Cependant, à mon avis, la règle générale que l'intimé veut tirer de l'arrêt *Archer* ne respecterait pas la distinction entre la peine d'incarcération et la période de surveillance, qui visent des objectifs différents.

(3) Distinction entre la fonction de la déclaration et celle de la détermination de la peine

[45] Notre Cour a assimilé la procédure de déclaration de délinquant *dangereux* au processus de détermination de la peine (*Lyons*, p. 350 et 374; *Jones*, p. 294; *Johnson*, par. 23). Or, pouvons-nous affirmer que la déclaration de délinquant à *contrôler* se rattache aussi au processus de détermination de la peine? Nécessairement, puisque le juge qui fixe la peine est aussi celui qui sera appelé à prononcer l'ordonnance de déclaration de délinquant à contrôler. Cependant, l'assimilation de cette déclaration à une procédure d'imposition de la peine s'arrête ici.

[46] En effet, l'examen des objectifs, méthodes et techniques propres à la détermination de la peine permet de distinguer ces deux types de décisions. L'objectif premier d'une peine de prison demeure le châtement, bien qu'il doive être déterminé conformément aux principes prévus par le *Code criminel*. Par contre, la prévention contre

the objectives of and rationale for the supervision of an offender in the community are to ensure that the offender does not reoffend and to protect the public during a period of supervised reintegration into society. The British Columbia Court of Appeal mentioned this distinction in a recent judgment:

The fixed sentence and supervision orders focus on two different goals: the former on punishment for the predicate offence, the latter on prevention of future criminal conduct. In the latter the predicate offence plays a relevant role as an indicator of risk.

(*R. v. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205, at para. 37; see *R. v. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004, at paras. 134 and 137, for another example of this.)

[47] Furthermore, the sentencing judge will not calculate the length of each of these steps in the same way. A number of factors are considered in determining the length of a prison sentence, including, to name but a few, the gravity of the offence, the degree of responsibility of the offender, the parity principle and the possibility of imposing a less restrictive sanction. In contrast, the length of a period of community supervision is based on an offender's criminal past and on the likelihood that he or she will reoffend, which are addressed in the assessment report.

[48] Finally, in practice, the effect of a sentence is to deprive the offender of his or her liberty, whereas community supervision is aimed at reintegrating the offender into the community under the supervision of the Correctional Service of Canada. Furthermore, the period of community supervision does not begin until after the sentence (imprisonment) has been served. From this perspective, the preferred approach for a judge considering a period of community supervision is very different from the one that must be taken in determining the length of a sentence of imprisonment.

la récidive et la protection du public au cours d'une période de réinsertion sociale contrôlée constituent l'objectif et représentent la raison d'être de la mesure de surveillance d'un contrevenant alors qu'il se trouve dans la collectivité. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a d'ailleurs souligné cette distinction dans un arrêt récent :

[TRADUCTION] Les peines d'une durée déterminée et les ordonnances de surveillance visent deux objectifs différents : les premières ont pour but de punir l'auteur de l'infraction sous-jacente, les secondes de prévenir la perpétration future d'infractions criminelles. S'agissant des secondes, l'infraction sous-jacente est pertinente en tant qu'indicateur du risque.

(*R. c. Blair* (2002), 167 B.C.A.C. 21, 2002 BCCA 205, par. 37; voir *R. c. J.G.E.S.*, [2006] B.C.J. No. 3455 (QL), 2006 BCSC 2004, par. 134 et 137, pour un exemple de la même teneur.)

[47] Ensuite, le juge déterminant la peine n'adoptera pas la même méthode de calcul pour déterminer la durée de chacune des étapes. En effet, la durée d'une peine de prison est tempérée par plusieurs facteurs dont la gravité de l'infraction, le niveau de responsabilité du délinquant, le principe de la parité, la possibilité d'une sanction moins contraignante, pour ne nommer que ceux-là. À l'opposé, celle de la surveillance dans la collectivité se base sur le passé criminel et les risques de récidive du délinquant, qu'apprécie le rapport d'évaluation.

[48] Par ailleurs, l'effet pratique d'une peine de prison est la privation de liberté du délinquant. Pour sa part, la surveillance dans la collectivité vise l'intégration de celui-ci au sein de sa communauté sous la supervision du Service correctionnel du Canada. De plus, la période de surveillance au sein de la collectivité ne prend effet qu'une fois la peine (l'emprisonnement) purgée. Dans ce contexte, le mode de raisonnement suggéré au juge qui se penche sur la période de surveillance dans la collectivité diffère nettement de celui qui s'impose en matière de détermination de la durée de l'incarcération.

(4) Relationship to the Determination of the Appropriate Sentence

[49] Nevertheless, the judge determining the length of an offender's sentence of imprisonment will also receive the application to find the offender to be a long-term offender before passing sentence. As a result, the judge will quite likely tend to consider both decisions at the same time. He or she may accordingly find it difficult to observe the conceptual distinction between the two decisions. Despite these practical difficulties, it is important to remain faithful to the distinction between sentencing and the imposition of a supervision period. A judge who confuses these two processes risks straying from the normative principles and the objectives of sentencing. A judge who does so would also neglect the specific objective of the procedure for finding an offender to be a long-term offender, which requires the application of different principles. Parliament intended that the judge determine the appropriate sentence first. After doing so, the judge is to ask, in light of Parliament's objective of protecting the public, whether a period of supervision is warranted. The period of community supervision cannot therefore be equated with a new period of deprivation of liberty consecutive to the one resulting from the sentence.

(a) *Need to Maintain the Conceptual and Practical Distinction Between the Two Steps*

[50] It is therefore my opinion that a long-term offender's period of community supervision cannot be taken into account when determining the acceptable length of the offender's incarceration. I fear that the principle that a sentence should be similar to other sentences imposed in similar circumstances would be seriously undermined if Canadian courts were to compare fixed sentences (for sex offenders who have not been found to be long-term offenders) with fixed sentences accompanied by supervision orders (for sex offenders who have been found to be long-term offenders).

(b) *Application to the Case at Bar*

[51] Judge Wilhelmy pointed out that protecting society is the fundamental objective being

(4) Relation avec la détermination de la peine appropriée

[49] Cependant, le juge déterminant la peine d'emprisonnement d'un délinquant sera saisi de la demande de déclaration de délinquant à contrôler avant d'avoir prononcé sa sentence. Pour cette raison, il sera fort probablement porté à réfléchir aux deux décisions en même temps. Il se peut alors qu'il trouve difficile de respecter la distinction conceptuelle entre ces deux décisions. Malgré ces difficultés pratiques, il importe de rester fidèle à la distinction conceptuelle entre la détermination de la peine et l'imposition d'une période de surveillance. Leur confusion risque de porter atteinte au respect des principes normatifs et des objectifs de la peine. Elle négligerait aussi l'objectif propre à la déclaration de contrôle, qui obéit à des critères distincts. Le Parlement a voulu que le juge fixe d'abord la peine appropriée. Par la suite, dans la perspective de l'objectif de protection du public recherché par le législateur, le juge doit se demander si une période de contrôle se justifie. La période de surveillance dans la collectivité ne saurait donc être assimilée à une nouvelle période de privation de liberté, consécutive à celle qu'impose la sentence.

a) *Nécessité de conserver les deux étapes distinctes sur les plans conceptuel et pratique*

[50] Je suis donc d'avis que l'on ne peut tenir compte de la période de surveillance dans la collectivité d'un délinquant à contrôler au moment où l'on détermine la durée acceptable de son incarcération. Autrement, je crains que le principe de l'harmonisation des peines soit gravement atteint si les tribunaux canadiens comparent des peines fixes (pour les délinquants sexuels n'ayant pas été déclarés « à contrôler ») à des peines fixes additionnées d'une ordonnance de surveillance (pour les délinquants sexuels ayant été déclarés à contrôler).

b) *Application à l'espèce*

[51] La juge Wilhelmy rappelle que la protection de la société constitue l'objectif fondamental du

pursued in providing in the *Criminal Code* for the supervision of offenders. She mentioned that the accused was 31 years old and had never been treated for sexual deviance, although he claimed that he wanted to enter a program for sex abusers. She added that L.M. continued to insist that he had only fondled his daughter (without penetrating her) and to play down the gravity of what he had done to her, whereas the evidence showed that the situation was much more serious. Referring to L.M.'s history of sexual assaults and the recognizance he had entered into under s. 810.1 *Cr. C.*, Judge Wilhelmy concluded that L.M.'s deviance was of long standing. Finally, the experts agreed unanimously that there was a substantial risk that he would reoffend (judgment on long-term offender designation, at para. 27).

[52] For all these reasons, Judge Wilhelmy ruled in favour of a long supervision period for L.M. as a long-term offender. She did not take L.M.'s period of incarceration into account when determining the length of his period of community supervision. Instead, she focussed on the future, that is, on the need to protect the public from the risk that L.M. would reoffend. In my view, her analysis was flawless.

III. Conclusion

[53] Judge Wilhelmy imposed an appropriate sentence on L.M. The sentence is proportionate to the gravity of his acts, and the mitigating and aggravating circumstances and the objectives of the *Criminal Code* have been accounted for. As there was no reviewable error in Judge Wilhelmy's decision, the Court of Appeal was wrong to vary the sentence. In my opinion, the trial judge correctly applied the law, placing the appropriate emphasis on the specific objectives of the finding that an offender is a long-term offender.

IV. Disposition

[54] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of

Code criminel, dans la mise en œuvre de la procédure de contrôle des délinquants. Elle retient que l'accusé est âgé de 31 ans, n'a jamais suivi de thérapie pour déviance sexuelle, bien qu'il prétende vouloir s'impliquer dans un traitement pour agresseurs sexuels. Elle note aussi que L.M. continue de maintenir qu'il n'a fait que des attouchements sur sa fillette (sans pénétration) et qu'il persiste à minimiser la gravité de ses gestes à son égard, alors que la preuve dépeint une situation beaucoup plus grave. De plus, la juge Wilhelmy, soulignant l'antécédent de L.M. en matière d'agression sexuelle ainsi que la signature d'un engagement en vertu de l'art. 810.1 *C. cr.*, conclut que la déviance de ce dernier existe depuis longtemps. Enfin, les experts concluent unanimement à un risque élevé de récidive (jugement sur la déclaration de délinquant à contrôler, par. 27).

[52] Pour l'ensemble de ces raisons, la juge Wilhelmy se prononce en faveur d'une longue période de surveillance de L.M. en tant que délinquant à contrôler. Dans son analyse, elle ne tient pas compte de la période d'incarcération de L.M. pour évaluer la durée de sa période de surveillance dans la collectivité. Elle se concentre plutôt sur le futur, soit sur la nécessité de protéger le public du risque de récidive de L.M. Selon moi, cette analyse est sans faille.

III. Conclusion

[53] La juge Wilhelmy a infligé une peine appropriée à L.M. Cette peine est proportionnelle à la gravité de ses actes et tient compte des circonstances atténuantes et aggravantes ainsi que des objectifs prévus au *Code criminel*. De plus, en l'absence d'erreur révisable dans la décision de la juge Wilhelmy, la Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier la sentence. Enfin, je suis d'avis que la première juge a bien appliqué la loi en mettant l'accent approprié sur les objectifs propres à la déclaration de délinquant à contrôler.

IV. Dispositif

[54] Pour les motifs qui précèdent, je suggère d'accueillir l'appel, de casser le jugement de la

Appeal and restore the sentence imposed by the Court of Québec.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[55] It is well established that trial judges are entitled to considerable deference in sentencing matters. I take no issue in this regard with the clear and persuasive reasons of my colleague, Justice LeBel. With respect, however, I have reached a different conclusion regarding the application of that rule in this case. I would therefore dismiss the appeal.

II

[56] On an appeal against sentence, the Court of Appeal is required by s. 687 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to “consider the fitness of the sentence appealed against”. And the Court is expressly empowered to vary the sentence if it finds the sentence unfit.

[57] Here, the trial judge convicted the respondent of sexual assault and found him guilty as well of “making, distributing and possessing” child pornography ([2005] Q.J. No. 1215 (QL)). The respondent was immediately incarcerated pending sentence. Eight months later, the trial judge sentenced him to the maximum punishment for sexual assault — 10 years’ imprisonment — less 16 months on account of the respondent’s pre-sentence custody. On the child pornography counts, the trial judge imposed a total of 5 years’ imprisonment, to be served consecutively to the term for sexual assault. The trial judge also found the respondent to be a “long-term offender” within the meaning of s. 753.1 of the *Code* and ordered that he be supervised in the community for an additional 10 years, which is again the maximum period provided by law ([2005] Q.J. No. 15933 (QL) and [2005] Q.J. No. 15934 (QL)).

Cour d’appel et de rétablir la sentence prononcée par la Cour du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[55] Il est bien établi qu’il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l’égard des décisions du juge du procès en matière de détermination de la peine. Je n’ai rien à redire aux motifs clairs et convaincants exprimés sur ce point par mon collègue le juge LeBel. Avec égards, j’arrive toutefois à une conclusion différente quant à l’application de cette règle en l’espèce. Je suis donc d’avis de rejeter l’appel.

II

[56] Lorsque la sentence est portée en appel, l’art. 687 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige que la cour d’appel considère « la justesse de la sentence dont appel est interjeté » et lui confère expressément le pouvoir de la modifier si elle conclut qu’elle est inappropriée.

[57] En l’espèce, la juge du procès a déclaré l’intimé coupable d’agression sexuelle et l’a condamné également pour « production, distribution et possession » de pornographie juvénile ([2005] J.Q. n° 1215 (QL)). L’intimé a été incarcéré sur-le-champ en attendant le prononcé de la sentence. Huit mois plus tard, la juge du procès lui a infligé la peine maximale prévue pour l’infraction d’agression sexuelle — un emprisonnement de 10 ans — dont elle a soustrait 16 mois en raison du temps qu’il avait passé en détention avant le prononcé de la sentence. Pour les chefs relatifs à la pornographie, la juge du procès l’a condamné à purger 5 ans d’emprisonnement au total, consécutivement à sa peine d’emprisonnement pour agression sexuelle. La juge du procès a aussi déclaré l’intimé « délinquant à contrôler » au sens de l’art. 753.1 du *Code* et l’a soumis à une ordonnance de surveillance dans la collectivité pour une période additionnelle de 10 ans, soit, encore une fois, la période maximale prévue par la loi ([2005] J.Q. n° 15933 (QL) et [2005] J.Q. n° 15934 (QL)).

[58] At the time of sentence, the respondent was 31 years old. This was his first prison sentence. He did, however, have a previous conviction for sexual assault, committed when he was 17. The facts relevant to his convictions in this case, and the details regarding the sentences imposed, are fully set out in the reasons of Justice LeBel.

[59] On an appeal by the respondent, the Court of Appeal reduced his sentence for sexual assault from 10 years to 6 (again, less 16 months on account of pre-sentence custody), and the sentence on the child pornography counts from 5 years to 3 years ([2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735). The long-term offender finding and the 10-year supervision order were left undisturbed.

[60] The only issue in this Court is whether the majority in the Court of Appeal erred in finding that the custodial sentences were “unfit” within the meaning of s. 687 of the *Criminal Code*. And, in this regard, there is no dispute that a sentence will not be considered unfit if the trial judge, bearing in mind the relevant facts, applied the governing principles correctly and the sentence itself is neither manifestly inadequate nor manifestly excessive.

[61] A governing principle of particular relevance to this appeal is set out in s. 718.2(b) of the *Criminal Code*, which requires the sentencing court to take into consideration the principle that “a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances”. Reading the separate reasons of Nuss and Côté J.J.A. together, as one must, it may properly be said that the majority in the Court of Appeal reduced the respondent’s cumulative sentence from 15 years to 9 years on the ground that the trial judge failed to adequately consider this principle, resulting in a manifestly excessive sentence.

[62] It is true that Côté J.A. disagreed in her reasons with the trial judge’s finding that the

[58] Au moment du prononcé de la sentence, l’intimé avait 31 ans et n’avait jamais été condamné à l’emprisonnement. Par ailleurs, il avait déjà été déclaré coupable d’une agression sexuelle, qu’il avait commise à l’âge de 17 ans. Les motifs du juge LeBel exposent tous les faits pertinents aux condamnations et les détails des peines infligées qui sont à l’origine du pourvoi.

[59] À la suite d’un appel de l’intimé, la Cour d’appel a réduit sa peine pour agression sexuelle, qui est passée de 10 à 6 ans (dont il faut toujours soustraire 16 mois en raison du temps passé en détention avant la sentence) et sa peine relative à la pornographie juvénile, qui est passée de 5 à 3 ans ([2006] R.J.Q. 1354, 2006 QCCA 735). Elle n’a pas modifié la déclaration de délinquant à contrôler ni l’ordonnance de surveillance pour une période de 10 ans.

[60] La seule question dont la Cour est saisie est celle de savoir si les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en concluant que les peines d’emprisonnement n’étaient pas « justes » au sens de l’art. 687 du *Code criminel*. À cet égard, il n’est pas contesté qu’une peine ne sera pas considérée inappropriée lorsque le juge du procès a correctement appliqué les bons principes, en tenant compte des faits pertinents, et que la peine n’est en soi ni manifestement inadéquate, ni manifestement excessive.

[61] L’un des principes applicables est particulièrement pertinent en l’espèce, soit celui de l’harmonisation des peines énoncé à l’al. 718.2b) du *Code criminel*, selon lequel le tribunal doit infliger des « peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». Après avoir lu ensemble, comme il se doit, les motifs exprimés séparément par les juges Nuss et Côté, on peut affirmer à juste titre que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont réduit la peine cumulative de l’intimé de 15 à 9 ans parce que la juge du procès n’avait pas tenu dûment compte de ce principe, ce qui l’avait amenée à infliger une peine manifestement excessive.

[62] Il est vrai que la juge Côté a affirmé, dans ses motifs, ne pas partager l’opinion de la juge du procès

maximum sentence for sexual assault was justified on the “worst offender, worst offence” criterion, but her conclusion ultimately rests on an extensive and detailed review of the sentences meted out in sexual assault cases involving child victims, and related cases of child pornography. She considered as well the range of sentences imposed for incest, which is punishable by 14 years’ imprisonment as opposed to 10 for sexual assault. Côté J.A. recognized that the respondent had not been charged with that offence but nonetheless found sentences for incest relevant, bearing in mind the facts of this case. Her conclusion that the sentences imposed by the trial judge were unfit rests, ultimately, on its disparity in relation to the other sentences she reviewed.

[63] In his separate reasons, moreover, Nuss J.A. made it clear that he did not adopt the observations of Côté J.A. regarding the “worst offender, worst offence” branch of the trial judge’s decision. I therefore think it right to conclude, as mentioned earlier, that the majority decision in the Court of Appeal rests essentially on the excessive severity of the impugned sentences in relation to the sentences imposed in reasonably similar cases. In my view, the court did not err in varying the sentence imposed by the trial judge for this reason. Nor did it err in finding that the respondent’s reprehensible conduct warranted a lengthy term of imprisonment — 9 years — followed by 10 years of supervision in the community.

[64] Parliament has now recognized in s. 718.2(b) of the *Criminal Code* that parity is a principle that trial judges *must* consider in determining a fit sentence. Failure to do so adequately thus amounts *in itself* to a reviewable error in principle: appellate intervention does not depend, in my respectful view, on the existence of an *additional* error in principle as well.

[65] I am aware, of course, that the disparity of an impugned sentence will only justify appellate intervention where the sentence imposed by the

que la peine maximale pour agression sexuelle était justifiée selon le critère « du pire délinquant et de la pire infraction », mais sa conclusion s’appuie, en définitive, sur une étude approfondie et détaillée des peines infligées dans des cas d’agression sexuelle commise contre un enfant et des cas connexes de pornographie juvénile. Elle a aussi pris en considération l’éventail des peines imposées pour l’infraction d’inceste, qui est punissable d’un emprisonnement de 14 ans comparativement à 10 ans pour une agression sexuelle. La juge Côté a reconnu que l’intimé n’avait pas été accusé d’inceste, mais elle estimait que les peines imposées pour cette infraction étaient pertinentes, compte tenu des faits de l’affaire. Sa conclusion que les peines infligées par la juge du procès étaient inappropriées repose, au bout du compte, sur leur disparité avec les peines infligées dans les autres cas qu’elle a étudiés.

[63] De plus, dans ses motifs séparés, le juge Nuss a clairement indiqué qu’il n’adhérait pas aux observations de la juge Côté concernant le volet « pire délinquant et pire infraction » de la décision de la juge du procès. Il me semble donc juste de conclure que l’opinion majoritaire de la Cour d’appel repose essentiellement sur la sévérité excessive des peines contestées par rapport à celles imposées dans des cas raisonnablement semblables. À mon avis, la cour n’a pas commis d’erreur en modifiant, pour ce motif, la peine infligée par la juge du procès. Elle n’a pas fait erreur non plus en concluant que la conduite répréhensible de l’intimé justifiait une longue période d’emprisonnement — soit de 9 ans — suivie de 10 ans de surveillance dans la collectivité.

[64] Le législateur a maintenant reconnu, à l’al. 718.2b) du *Code criminel*, que les juges du procès sont *tenus* de considérer le principe de la parité pour déterminer quelle est la peine appropriée. Leur omission d’en tenir dûment compte constitue *en soi* une erreur de principe révisable : une intervention en appel n’est pas subordonnée, à mon avis, à l’existence d’une erreur de principe *additionnelle*.

[65] Je suis bien sûr conscient que la disparité d’une peine contestée ne justifie une intervention en appel que dans les cas où la peine infligée par

trial judge represents a substantial and marked departure from sentences customarily imposed on similar offenders for committing similar crimes: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92. Moreover, appellate scrutiny on a claim of disparity is subject to due regard for the need to individualize sentences. But where a substantial and marked departure has been made out — as the Court of Appeal found was the case here — the sentence may in my view be varied to bring it within the acceptable range: see *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 48.

[66] I need hardly add that taking into consideration the principle of parity “does not require the court to apply it without regard to the other principles of sentencing set out in the *Code* or in binding decisions of the courts”: *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56, at para. 35.

[67] Finally, in fairness to the trial judge and to Justice Côté, I pause here to mention that, in the recent past “[i]t has often been remarked that . . . maximum sentences ought to be reserved for the worst offender committing the worst type of offence” (*per* Lamer C.J., speaking for the Court in *M. (C.A.)*, at para. 36). For the reasons given by Justice LeBel in this case, I agree that this criterion ought nonetheless to be abandoned.

III

[68] A Court of Appeal cannot vary the sentence imposed at trial merely because it might have instead rendered a different sentence: *Shropshire*, at para. 46. On an appeal by the Crown, it will thus not suffice for the Court of Appeal to conclude that the impugned sentence is *lenient*; nor, on an appeal by the accused, to find that the sentence is *severe*. Rather, a sentence may be varied only if it is found to be *too lenient* or *too severe* — that is to say, “clearly excessive or inadequate”; and therefore unfit (*Shropshire*, at para. 48).

[69] In short, as mentioned at the outset, Courts of Appeal are indeed bound to recognize that trial

le juge du procès s’écarte de façon marquée et substantielle des peines habituellement infligées à des délinquants similaires pour des crimes similaires : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 92. De plus, lorsque la disparité est invoquée comme moyen d’appel, il ne faut pas négliger le fait que les peines doivent être individualisées. Si toutefois un écart marqué et substantiel a été établi — comme la Cour d’appel a jugé que c’était le cas en l’espèce —, il est selon moi possible de modifier la peine pour la ramener à l’intérieur des limites acceptables : voir *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, par. 48.

[66] Il n’est guère besoin de préciser que, pour prendre en considération le principe de la parité, le tribunal « n’a pas à l’appliquer sans égard pour les autres principes de détermination de la peine prévus par le *Code* ou établis par des décisions judiciaires contraignantes » : *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56, par. 35.

[67] Enfin, en toute justice pour la juge du procès et pour la juge Côté, je tiens à mentionner en passant qu’il n’y a pas si longtemps, « [o]n a souvent fait remarquer que [les] peines maximales devaient être réservées aux contrevenants de la pire espèce qui commettent les infractions de la pire espèce » (le juge en chef Lamer, s’exprimant au nom de la Cour dans *M. (C.A.)*, par. 36). Pour les motifs exposés par le juge LeBel en l’espèce, je conviens néanmoins qu’il faut abandonner ce critère.

III

[68] Une cour d’appel ne peut pas modifier la peine infligée par le juge du procès simplement parce qu’elle aurait infligé une peine différente : *Shropshire*, par. 46. Il ne suffit pas que le tribunal d’appel conclue que la peine contestée est *clémente*, lorsque le ministère public interjette appel, ni que la peine est *sévère*, lorsque c’est l’accusé qui interjette appel. La peine ne peut être modifiée que si elle est *trop clémente* ou *trop sévère* — c’est-à-dire, « nettement excessive ou inadéquate » et, partant, inappropriée (*Shropshire*, par. 48).

[69] En résumé, comme je l’ai mentionné dès le départ, les cours d’appel doivent effectivement

courts enjoy a broad discretion in sentencing matters. But they are required to intervene where the sentence imposed at trial is shown to be unfit, within the meaning of the decided cases. And in reviewing their decisions on a recognized ground, we should remain mindful that provincial Courts of Appeal are endowed in sentencing matters with a supervisory jurisdiction that this Court is not meant to share. As Lamer C.J. put it in *M. (C.A.)*, at para. 92: “Appellate courts . . . serve an important function in reviewing and minimizing the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada.”

IV

[70] For all of these reasons, with respect for those who see the matter differently, I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

reconnaître que le tribunal de première instance est investi d’un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine. Elles doivent toutefois intervenir lorsqu’il est établi que la peine infligée par le juge du procès est inappropriée, selon la jurisprudence. Lorsque nous sommes appelés à réviser leurs décisions fondées sur un motif reconnu, nous ne devons pas oublier que les cours d’appel provinciales possèdent, en matière de détermination de la peine, un pouvoir de surveillance que notre Cour n’a pas la mission de partager. Comme l’a expliqué le juge en chef Lamer, dans *M. (C.A.)*, par. 92 : « . . . les cours d’appel jouent un rôle important en contrôlant et en réduisant au minimum la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada ».

IV

[70] Pour tous ces motifs, et avec égards pour ceux qui ne partagent pas mon point de vue, je suis d’avis de rejeter l’appel.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d’autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu’ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

753.1 (1) [Application for finding that an offender is a long-term offender] The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

- (a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;
- (b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and
- (c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

Appeal allowed, FISH J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors for the respondent: Des Longchamps, Bourassa, Trudeau & LaFrance, Montréal.

753.1 (1) [Demande de déclaration — délinquant à contrôler] Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

- a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;
- b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;
- c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.

Procureurs de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Des Longchamps, Bourassa, Trudeau & LaFrance, Montréal.