

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**John Phillip Topp** *Respondent*

and

**Attorney General of Alberta** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. TOPP**

**2011 SCC 43**

File No.: 33529.

2011: March 23; 2011: September 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Sentencing — Fines — Offender's ability to pay — Burden of proof — Whether offender required to prove inability to pay a fine corresponding to funds fraudulently obtained — Whether trial judge erred in declining to impose a fine — Whether trial judge was bound to impose a fine in light of accused's failure to explain what happened to misappropriated funds — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 734(2).*

The accused used his brokerage business to defraud Canada Customs of \$4.7 million. He was convicted of 16 counts of fraud and attempted fraud under the *Customs Act*. The Crown sought a \$4.7 million fine in addition to imprisonment. At the sentencing hearing, the accused's counsel asserted that the accused was unable to pay a fine, but adduced little evidence to support the assertion. No explanation was given of where the \$4.7 million had gone and the Crown was unable to trace or locate the funds. The Crown urged the court to infer that the funds were still in the accused's possession. The trial judge sentenced the accused to imprisonment but declined to impose a fine because she was not satisfied as required by s. 734(2) of the *Criminal Code*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**John Phillip Topp** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Alberta** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. TOPP**

**2011 CSC 43**

N<sup>o</sup> du greffe : 33529.

2011 : 23 mars; 2011 : 23 septembre.

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

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

*Droit criminel — Détermination de la peine — Amendes — Capacité de payer du délinquant — Fardeau de la preuve — Incombe-t-il au délinquant de prouver qu'il est incapable de payer une amende correspondant aux fonds obtenus frauduleusement par lui? — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'infliger une amende à l'accusé? — La juge du procès était-elle tenue d'infliger une amende à l'accusé compte tenu de l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des fonds dont il s'était frauduleusement emparé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 734(2).*

L'accusé a fraudé Douanes Canada pour une somme de 4,7 millions de dollars par le biais de son entreprise de courtage. Il a été reconnu coupable de 16 chefs d'accusation de fraude et de tentative de fraude sous le régime de la *Loi sur les douanes*. Le ministère public a demandé qu'une amende de 4,7 millions de dollars lui soit infligée, en plus d'une peine d'emprisonnement. À l'audience de détermination de la peine, l'avocat de l'accusé a avancé que ce dernier n'avait pas la capacité de payer une amende, mais il a produit très peu d'éléments de preuve pour étayer son allégation et n'a offert aucune explication sur ce qu'il était advenu des 4,7 millions de dollars. Le ministère public, incapable de déterminer où se trouvaient les fonds, a invité la cour à déduire que

that the accused was able to pay a fine. The Court of Appeal dismissed an appeal by the Crown.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The legislative purpose behind s. 734(2) of the *Criminal Code* is to prevent offenders from being fined amounts that they are truly unable to pay, and to correspondingly reduce the number of offenders who are incarcerated in default of payment. A court may impose a fine only if satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has the means to pay the fine (or to discharge it under s. 736, which is not possible in this case). As a practical matter, s. 734(2) imposes a burden on the party seeking a fine to satisfy the court that the offender is able to pay. The party opposing the fine does not assume a formal burden of proof and remains free to argue that the evidence before the court should not satisfy the court that the offender is able to pay.

In the absence of a reasonable explanation to the contrary, past receipt of illegally obtained funds will often support an inference that the offender still possesses sufficient funds to pay a fine. However, a trial judge is not bound as a matter of law to reach that conclusion. The weight reasonably attributable to the past receipt of funds will vary according to at least two factors: the amount of funds acquired and the length of time that has passed between the acquisition of the funds and the imposition of sentence. Both the text of s. 734(2) and the legislative intention to avoid the incarceration of offenders who are truly unable to pay their fines support the conclusion that proof of past receipt of illegally obtained funds is not always conclusive of a present ability to pay.

The Crown is not required to identify or locate the specific assets that the offender can use to pay the fine and instead may rely on indirect evidence to prove an offender's ability to pay. On the other hand, the text of s. 734(2) explicitly requires an affirmative finding that the offender is able to pay a fine, instead of requiring the party opposing the fine to prove that the offender is unable to pay the fine.

l'accusé les avait toujours en sa possession. La juge du procès a condamné l'accusé à une peine d'emprisonnement, mais elle a refusé de lui imposer une amende car elle ne pouvait remplir la condition prévue au par. 734(2) du *Code criminel*, n'étant pas convaincue qu'il aurait été en mesure de la payer. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par le ministère public.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'objectif du par. 734(2) du *Code criminel* consiste à empêcher que des amendes soient infligées à des délinquants réellement incapables de les payer, et ainsi diminuer le nombre de délinquants incarcérés pour défaut de paiement. Le tribunal ne peut infliger une amende que s'il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que le délinquant a la capacité de la payer (ou de s'en acquitter en vertu de l'art. 736, ce qui n'est pas possible en l'espèce). En pratique, le par. 734(2) impose à la partie qui propose l'amende le fardeau de convaincre le tribunal que le délinquant est en mesure de la payer. La partie qui s'oppose à l'amende n'est pas tenue de s'acquitter d'un fardeau de preuve formel, et elle demeure libre d'avancer que la preuve dont dispose le tribunal ne saurait convaincre ce dernier que le délinquant est capable de la payer.

Il arrive souvent qu'en l'absence d'une explication raisonnable contraire, le fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement permette de déduire qu'il a toujours suffisamment de fonds pour payer une amende. Cependant, le juge du procès n'est pas tenu, en droit, de parvenir à cette conclusion. La valeur probante que l'on peut raisonnablement accorder au fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement variera en fonction d'au moins deux facteurs, à savoir le délai qui s'est écoulé entre le moment où il les a acquis et celui où il se voit imposer une peine, et l'importance de la somme en question. Le texte même du par. 734(2) ainsi que la volonté du législateur d'éviter que ne soient incarcérés des délinquants véritablement incapables de payer leurs amendes appuient la conclusion qu'il ne faut pas toujours déduire d'une preuve établissant que le délinquant a déjà reçu des fonds obtenus illégalement qu'il a toujours la capacité de payer une amende.

Le ministère public n'est pas tenu d'identifier ou de localiser les éléments d'actif précis dont le délinquant peut se servir pour payer l'amende; il peut plutôt se fonder sur une preuve indirecte pour établir la capacité de payer du délinquant. Par contre, le par. 734(2) prévoit expressément que le tribunal doit conclure formellement que le délinquant est capable de payer une amende, au lieu d'imposer à la partie qui s'oppose à l'amende le fardeau de le convaincre que le délinquant est incapable de le faire.

In this case, the trial judge committed no reviewable error in declining to impose a fine. She expressly took into account the accused's failure to explain what had happened to the misappropriated funds. She did not fail to consider anything relevant to her decision. She did not require the Crown to locate the missing funds. She was simply not satisfied that the accused was able to pay the fine sought by the Crown. This conclusion was open to her, as a matter of law, on the facts as she found them.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530; *R. v. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321; *R. v. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9; *R. v. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120; *R. v. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25; *R. v. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74; *R. v. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 720 to 724, 724(3)(d), (e), 734(1)(a), (2), (5), 736.  
*Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 153(c).

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5872.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Moldaver, Goudge and Rouleau JJ.A.), 2009 ONCA 828, [2009] O.J. No. 4934 (QL), 2009 CarswellOnt 7307, affirming a decision of Baltman J., 2008 CanLII 20991, [2008] O.J. No. 1766 (QL), 2008 CarswellOnt 2539. Appeal dismissed.

*Nicholas E. Devlin and Xenia Proestos*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

*Maureen J. McGuire*, for the intervener.

*P. Andras Schreck*, as *amicus curiae*.

En l'espèce, la juge du procès n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en refusant d'infliger une amende à l'accusé. Elle a expressément pris en compte l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des fonds dont il s'était frauduleusement emparé. Elle n'a pas omis de tenir compte d'un quelconque élément pertinent avant de prendre sa décision. Elle n'a pas imposé au ministère public le fardeau de déterminer où se trouvaient les fonds manquants. Elle n'était tout simplement pas convaincue que l'accusé était en mesure de payer l'amende que le ministère public cherchait à lui faire imposer. Elle pouvait, en droit, tirer une telle conclusion sur la base de sa propre appréciation des faits.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530; *R. c. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 321; *R. c. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9; *R. c. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120; *R. c. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25; *R. c. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74; *R. c. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 720 à 724, 724(3)(d), (e), 734(1)(a), (2), (5), 736.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 153(c).

### Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 20 septembre 1994, p. 5872.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Moldaver, Goudge et Rouleau), 2009 ONCA 828, [2009] O.J. No. 4934 (QL), 2009 CarswellOnt 7307, qui a confirmé une décision de la juge Baltman, 2008 CanLII 20991, [2008] O.J. No. 1766 (QL), 2008 CarswellOnt 2539. Pourvoi rejeté.

*Nicholas E. Devlin et Xenia Proestos*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

*Maureen J. McGuire*, pour l'intervenant.

*P. Andras Schreck*, en qualité d'*amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] John Phillip Topp, the respondent, was convicted in 2008 of using his brokerage business to defraud Canada Customs of \$4.7 million.

[1] John Phillip Topp, l'intimé, a été reconnu coupable en 2008 d'avoir fraudé Douanes Canada pour une somme de 4,7 millions de dollars par le biais de son entreprise de courtage.

[2] The Crown sought a \$4.7 million fine in addition to a seven-year term of imprisonment. The trial judge sentenced Mr. Topp to a total of five years' imprisonment (2008 CanLII 20991) but declined to impose a fine because she was not satisfied that Mr. Topp was able to pay, as required by s. 734(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] Le ministère public a demandé qu'une amende de 4,7 millions de dollars et une peine d'emprisonnement de sept ans lui soient infligées. La juge du procès l'a condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans au total (2008 CanLII 20991), mais elle a refusé de lui imposer une amende car elle ne pouvait remplir la condition prévue au par. 734(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, n'étant pas convaincue qu'il aurait été en mesure de la payer.

[3] An appeal by the Crown was dismissed, unanimously, by the Ontario Court of Appeal (2009 ONCA 828 (CanLII)) and the Crown now appeals to this Court, with leave, against the judgment of the Court of Appeal.

[3] La Cour d'appel de l'Ontario a rendu un arrêt unanime dans lequel elle a rejeté l'appel interjeté par le ministère public (2009 ONCA 828 (CanLII)), qui se pourvoit à présent devant notre Cour, avec autorisation, contre cet arrêt.

[4] In his submissions on sentence, defence counsel asserted that Mr. Topp was unable to pay a fine, but adduced little evidence to support his assertion and offered no explanation of where the \$4.7 million had gone. The Crown, unable to trace or locate the funds, urged the court to infer that the funds were still in Mr. Topp's possession.

[4] Dans ses observations relatives à la peine, l'avocat de la défense a avancé que M. Topp n'avait pas la capacité de payer une amende, mais il a produit très peu d'éléments de preuve pour étayer son allégation et n'a offert aucune explication sur ce qu'il était advenu des 4,7 millions de dollars. Le ministère public, incapable de déterminer où se trouvaient les fonds, a invité la cour à déduire que M. Topp les avait toujours en sa possession.

[5] In this Court, the Crown argues that s. 734(2) required Mr. Topp to prove he was unable to pay a fine corresponding to the funds he was shown to have fraudulently obtained. Since he failed to discharge that burden, says the Crown, the trial judge erred in law in declining to impose the requested fine.

[5] Devant notre Cour, le ministère public soutient que, selon le par. 734(2), il incombait à M. Topp de prouver qu'il était incapable de payer une amende correspondant aux fonds, qui, comme il a été établi, ont été obtenus frauduleusement par lui. M. Topp ne s'étant pas acquitté de ce fardeau, le ministère public fait valoir que la juge du procès a commis une erreur de droit en refusant de lui infliger l'amende proposée.

[6] I would dismiss the appeal.

[7] Past receipt of illegally obtained funds does not impose an evidential burden on offenders to prove they no longer possess their ill-gotten gains. In the absence of a credible explanation, however, it will often be open to the court to infer that the offender is able to pay a fine. But the court is not legally bound to do so. The probative weight of the inference will depend on the circumstances, and therefore vary from case to case.

[8] I agree with the Court of Appeal that this was a “close call” (para. 1). While another judge might well have decided differently, I agree as well that it was open to the trial judge, on the evidence and the information placed before her, to decline to impose a fine.

## II

[9] Mr. Topp was the owner and manager of Topp Customs Services Inc., a brokerage business that helped importers determine and satisfy their customs obligations. Between 1999 and 2001, on more than 400 separate occasions, he instead helped himself to a total of more than \$4.7 million entrusted to his firm for that purpose. In each instance, Topp Customs collected from its clients the duties and taxes properly payable to the government, but submitted false documents to Canada Customs indicating that the clients owed little or nothing.

[10] Mr. Topp was convicted at trial of 16 counts of fraud and attempted fraud under s. 153(c) of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.). His convictions are not in issue.

[11] The sole issue on this appeal is whether the trial judge, Baltman J., erred in law in declining to impose a fine, pursuant to the Crown’s request. More particularly, the decisive question is whether Judge Baltman misapplied s. 734(2) of the *Criminal*

[6] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

[7] Le fait d’avoir reçu des fonds obtenus illégalement n’impose pas au délinquant le fardeau de prouver qu’il ne les a plus en sa possession. Toutefois, il arrive souvent que le tribunal puisse déduire de l’absence de toute explication crédible de la part du délinquant que celui-ci est en mesure de payer une amende. Cependant, le tribunal n’est pas tenu par la loi de faire une telle déduction, dont la valeur probante dépendra des circonstances de chaque cas et variera donc d’une affaire à l’autre.

[8] Je suis d’accord avec la Cour d’appel qu’il s’agit d’un [TRADUCTION] « cas limite » (par. 1). Un autre juge aurait certainement pu en décider autrement, mais je suis également d’accord qu’il était loisible à la juge du procès, compte tenu de la preuve et des renseignements dont elle disposait, de refuser d’imposer une amende à M. Topp.

## II

[9] M. Topp possédait et administrait Topp Customs Services Inc., une entreprise de courtage qui aidait les importateurs à déterminer et remplir leurs obligations douanières. De 1999 à 2001, à plus de 400 occasions distinctes, il a empoché les sommes que des importateurs avaient versées à l’entreprise à cette fin, et ce pour un total de plus de 4,7 millions de dollars. Dans chaque cas, l’entreprise percevait les droits et taxes à payer au gouvernement, mais elle soumettait à Douanes Canada de faux documents indiquant que ses clients ne lui devaient rien ou à peu près rien.

[10] Au procès, M. Topp a été reconnu coupable de 16 chefs d’accusation de fraude et de tentative de fraude en application de l’al. 153(c) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.). Les déclarations de culpabilité prononcées à son égard ne sont pas contestées.

[11] La seule question que soulève le présent pourvoi est de savoir si la juge du procès, la juge Baltman, a commis une erreur de droit en rejetant la demande du ministère public d’infliger une amende à M. Topp. Plus particulièrement, il

*Code*. More particularly still, the question is whether Judge Baltman was bound to impose a fine in light of Mr. Topp's failure to explain what had happened to the \$4.7 million he was found by the judge to have misappropriated.

[12] Section 734(2) provides:

**734. . . .**

(2) Except when the punishment for an offence includes a minimum fine or a fine is imposed in lieu of a forfeiture order, a court may fine an offender under this section only if the court is satisfied that the offender is able to pay the fine or discharge it under section 736.

[13] Section 736 provides that “[a]n offender who is fined under section 734 may . . . discharge the fine in whole or in part by earning credits for work performed during a period not greater than two years in a [provincial] program established for that purpose”. Ontario has not established such a program. Accordingly, unless the judge was satisfied that Mr. Topp was able to pay the fine, no fine could legally be imposed.

[14] Judge Baltman declined to impose a fine. After considering counsels' submissions, she explained her conclusion this way:

There is virtually no information about what Mr. Topp did with the stolen funds; the Crown attempted to trace the funds and found that some monies had been transferred to a bank account in Antigua, but there was nothing left to recover. Mr. Topp appears to have few tangible assets, and so where the money went remains a mystery.

. . . As I am not persuaded the accused has the ability to pay a fine, none is imposed. [paras. 6 and 33]

s'agit de savoir si la juge Baltman a mal appliqué le par. 734(2) du *Code criminel* et, plus précisément encore, si elle était tenue d'infliger une amende à M. Topp, compte tenu de l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des 4,7 millions de dollars dont il s'était frauduleusement emparé, comme elle l'a conclu.

[12] Le paragraphe 734(2) prévoit ce qui suit :

**734. . . .**

(2) Sauf dans le cas d'une amende minimale ou de celle pouvant être infligée au lieu d'une ordonnance de confiscation, le tribunal ne peut infliger l'amende prévue au présent article que s'il est convaincu que le délinquant a la capacité de la payer ou de s'en acquitter en application de l'article 736.

[13] L'article 736 du *Code criminel* prévoit que « [l]e délinquant condamné au paiement d'une amende au terme de l'article 734 [. . .] peut s'acquitter de l'amende en tout ou en partie par acquisition de crédits au titre de travaux réalisés, sur une période maximale de deux ans, dans le cadre d'un programme [provincial] [. . .] établi à cette fin ». Or, l'Ontario n'a pas établi un tel programme. Par conséquent, à moins que la juge ait été convaincue que M. Topp était en mesure de payer l'amende, aucune amende ne pouvait, en droit, lui être infligée.

[14] La juge Baltman a donc refusé de lui infliger une amende. Après avoir examiné les observations des avocats, elle a expliqué sa conclusion de la manière suivante :

[TRADUCTION] Il n'existe pour ainsi dire aucune information sur ce que M. Topp a fait des fonds qui ont été dérobés; le ministère public a tenté d'en retrouver la trace et conclu qu'une partie de ceux-ci avait été transférée à un compte bancaire à Antigua, mais qu'il n'était plus possible de les recouvrer. Comme M. Topp ne semble posséder que peu de biens matériels, nul ne sait ce qu'il est advenu des fonds.

. . . Étant donné que je ne suis pas convaincue que l'accusé est en mesure de payer une amende, je ne lui en infligerai pas. [par. 6 et 33]

[15] An appeal by the Crown was dismissed by the Ontario Court of Appeal. In its brief endorsement, the Court of Appeal described the matter as “a close call”, but found that “it was open to the trial judge, on the record before her and the submissions of defence counsel, to find that the respondent did not have the ability to pay the fine” (para. 1).

### III

[16] Subject to s. 734(2), the court may impose a fine “in addition to or in lieu of any other sanction” that the court is required or authorized to impose (s. 734(1)(a)).

[17] In this case, the Crown urged the court to impose a fine in addition to a lengthy term of imprisonment. In other cases, the offender seeks the imposition of a fine in lieu of a more severe punishment. Moreover, the court may impose a fine where none is requested by either side. Section 734(2) applies in all three instances: The court can only impose a fine if it is satisfied, on the basis of the record before it, that the offender has the means to pay the contemplated fine (or to discharge it under s. 736).

[18] The legislative purpose behind s. 734(2) is to prevent offenders from being fined amounts that they are truly unable to pay, and to correspondingly reduce the number of offenders who are incarcerated in default of payment. In proposing its adoption in 1994, the then-Minister of Justice explained the rationale behind s. 734(2) this way:

[TRANSLATION] At the present time, nearly a third of the people liable to incarceration in provincial jails are in that situation because they did not pay fines. . . .

The bill recognizes this situation.

These provisions state that the court must be convinced that the offender can pay the fine contemplated before imposing it.

(*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, at p. 5872)

[15] L'appel du ministère public a été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans son bref arrêt, la cour a dit qu'il s'agissait d'[TRADUCTION] « un cas limite », mais elle a tout de même jugé que « la juge du procès pouvait conclure, sur la base du dossier dont elle disposait et des observations de l'avocat de la défense, que l'intimé n'avait pas la capacité de payer l'amende » (par. 1).

### III

[16] Sous réserve du par. 734(2), le tribunal peut imposer une amende « en sus ou au lieu de toute autre peine » qu'il doit ou peut infliger (al. 734(1)a)).

[17] En l'espèce, le ministère public a exhorté la cour à infliger une amende à M. Topp, en plus d'une longue période d'emprisonnement. Il arrive parfois que le délinquant demande qu'une amende lui soit infligée au lieu d'une peine plus sévère. Par ailleurs, le tribunal peut infliger une amende au délinquant même si aucune des parties ne le demande. Quoi qu'il en soit, le par. 734(2) s'applique dans ces trois cas : le tribunal ne peut infliger une amende que s'il est convaincu, sur la base du dossier dont il dispose, que le délinquant a la capacité de la payer (ou de s'en acquitter en vertu de l'art. 736).

[18] L'objectif visé par le par. 734(2) consiste à empêcher que des amendes soient infligées à des délinquants réellement incapables de les payer, et ainsi diminuer le nombre de délinquants incarcérés pour défaut de paiement. En proposant l'adoption de ce paragraphe, en 1994, le ministre de la Justice de l'époque en a ainsi expliqué la raison d'être :

À l'heure actuelle, près d'un tiers des personnes admissibles à l'incarcération en institution provinciale le sont pour défaut de paiement d'amende. . . .

Ce projet de loi reconnaît cette situation.

Par ces dispositions, le tribunal devra être convaincu que le contrevenant peut payer l'amende envisagée avant de l'infliger.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 20 septembre 1994, p. 5872)

[19] And the effect of the provision was thus described by this Court in *R. v. Wu*, 2003 SCC 73, [2003] 3 S.C.R. 530, at para. 47:

... Parliament rejected in general the notion that a fine should be set without regard to an offender's ability to pay. A means inquiry is now a condition precedent to the imposition of a fine except where otherwise provided by law.

[20] An affirmative finding that an offender is able to pay is therefore required before a fine can be imposed. In the absence of evidence capable of supporting that finding, the party seeking a fine cannot succeed.

[21] Section 734(2) does not impose a formal burden of proof on the party seeking a fine. As a practical matter, however, it does so to this extent. As a matter of law, the court cannot impose a fine unless it is satisfied that the offender is able to pay. This necessarily involves an affirmative finding based on the evidence and information properly before the court pursuant to ss. 720 to 724 of the *Criminal Code*. Absent a sufficient basis for that finding, the party seeking the fine cannot legally succeed.

[22] In this sense, s. 734(2) imposes a burden on the party seeking the fine to satisfy the court that the offender is able to pay. To discharge that burden, the proponent of the fine may rely on all the relevant material before the court on sentencing — including evidence or information provided by any other party, or otherwise properly elicited by the judge pursuant, for example, to s. 723(3) of the *Criminal Code*.

[23] The party opposing a fine — often, but not always, the offender — is entitled, of course, to present any evidence or information admissible on sentence and tending to show that the offender is unable to pay. But that party, in opposing the fine,

[19] L'effet de la disposition a été décrit de la façon suivante par notre Cour dans *R. c. Wu*, 2003 CSC 73, [2003] 3 R.C.S. 530, par. 47 :

... le législateur a rejeté de façon générale la notion selon laquelle une amende devait être fixée sans égard à la capacité de payer d'un délinquant. Sauf disposition contraire de la loi, le juge doit désormais s'assurer de la capacité de payer du délinquant avant de lui infliger une amende.

[20] Avant d'infliger l'amende au délinquant, le tribunal doit donc conclure formellement que celui-ci est en mesure de la payer. En l'absence de preuve étayant une telle conclusion, la partie qui demande l'imposition d'une amende ne saurait avoir gain de cause.

[21] Le paragraphe 734(2) n'impose pas un fardeau de preuve formel à la partie qui propose l'amende. En pratique, cependant, il le fait dans une certaine mesure car, en droit, le tribunal ne peut infliger une amende au délinquant que s'il est convaincu que ce dernier est capable de la payer. Or, cela suppose nécessairement que le tribunal tire d'abord une conclusion formelle en se fondant sur la preuve et les renseignements dont il a été dûment saisi conformément aux art. 720 à 724 du *Code criminel*. En l'absence de preuve suffisante étayant une telle conclusion, la partie qui propose l'amende ne saurait avoir gain de cause.

[22] En ce sens, le par. 734(2) impose à la partie qui propose l'amende le fardeau de convaincre le tribunal que le délinquant est en mesure de la payer. Pour s'acquitter de ce fardeau, cette partie peut se fonder sur l'ensemble des éléments de preuve pertinents qui ont été soumis au tribunal au stade de la détermination de la peine, y compris les preuves et les renseignements fournis par toute autre partie ou autrement obtenus de façon régulière par le juge, par exemple en vertu du par. 723(3) du *Code criminel*.

[23] La partie qui s'oppose à l'amende — souvent, mais pas toujours, le délinquant — a évidemment le droit de présenter toute preuve ou tout renseignement admissible au stade de la détermination de la peine qui tend à démontrer que le

does not assume a formal burden of proof — evidential or persuasive. He or she remains free to argue that the evidence relied on by the proponent of the fine should not satisfy the court that the offender is able to pay.

[24] In determining whether the record contains sufficient evidence to “satisfy” the court that the offender can afford to pay the contemplated fine, the trial judge must be satisfied, *on a balance of probabilities*, of the offender’s ability to pay. The balance of probabilities standard is appropriate, in the context of s. 734(2), for two reasons.

[25] First, as a logical matter, the word “satisfied” in this context cannot signify anything less than the balance of probabilities standard. It would make little sense for a trial judge to be satisfied that an offender could pay a contemplated fine, but not believe that the offender was, more likely than not, able to pay it.

[26] Second, the balance of probabilities standard accords with s. 724(3)(d) of the *Code*. Section 724(3)(d) states:

**724. . . .**

(3) Where there is a dispute with respect to any fact that is relevant to the determination of a sentence,

. . . .

(d) subject to paragraph (e), the court must be satisfied on a balance of probabilities of the existence of the disputed fact before relying on it in determining the sentence . . .

Paragraph (e) states that aggravating facts must be proved by the Crown beyond a reasonable doubt. The finding that an offender is able to pay a fine is not an aggravating fact.

délinquant est incapable de la payer. Cette partie n’est toutefois pas tenue de s’acquitter d’un fardeau de preuve formel — qu’il s’agisse d’un fardeau de présentation de la preuve ou d’un fardeau de persuasion — pour s’opposer à l’amende. Elle demeure libre d’avancer que la preuve invoquée par la partie qui propose l’amende ne saurait convaincre le tribunal que le délinquant est capable de la payer.

[24] Pour conclure que le dossier contient assez d’éléments de preuve pour « convaincre » le tribunal que le délinquant peut se permettre de payer l’amende proposée, le juge du procès doit être convaincu, *par une preuve prépondérante*, que ce dernier a la capacité de la payer. Il convient d’appliquer cette norme de preuve dans le contexte du par. 734(2), et ce pour deux raisons.

[25] Premièrement, il est logique de penser que le mot « convaincu » dans ce contexte ne peut désigner rien de moins que la norme de la prépondérance des probabilités. Il ne serait pas logique que le juge du procès puisse être convaincu que le délinquant pourrait payer l’amende proposée, d’une part, mais douter qu’il serait, selon toute vraisemblance, en mesure de la payer, d’autre part.

[26] Deuxièmement, cette norme est compatible avec l’al. 724(3)(d) du *Code criminel*, dont voici le libellé :

**724. . . .**

(3) Les règles suivantes s’appliquent lorsqu’un fait pertinent est contesté :

. . . .

d) sous réserve de l’alinéa e), le tribunal doit être convaincu, par une preuve prépondérante, de l’existence du fait contesté sur lequel il se fonde pour déterminer la peine;

Selon l’alinéa e), le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable tout fait aggravant. Or, la conclusion qu’un délinquant est capable de payer une amende n’est pas un fait aggravant.

## IV

[27] In the absence of a reasonable explanation to the contrary, past receipt of illegally obtained funds will often — but not always — support an inference that the offender still possesses sufficient funds to pay a fine at the time of sentencing: *R. v. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296, at paras. 17-20; *R. v. Desjardins* (1996), 182 N.B.R. (2d) 321 (C.A.), at para. 29; *R. v. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9 (B.C.C.A.), at pp. S.-14 to S.-15; *R. v. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120, at para. 21; *R. v. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25 (C.A.). See also *R. v. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74, at para. 23; *R. v. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609, at para. 34, which deal with restitution orders, a related but different matter.

[28] As stated earlier, the strength of that inference will depend on the circumstances and vary from case to case. None of the cases mentioned have addressed the issue in the precise circumstances of this case. Nor have they fully canvassed the legal issue before us on this appeal: Is a trial judge not only *permitted*, but *bound as a matter of law*, to find that an offender still possesses the fruits of his crime, unless the offender explains what happened to the funds?

[29] I would answer that question in the negative, essentially for two reasons.

[30] First, in my view, the weight reasonably attributable to the past receipt of funds will vary with at least two factors: the length of time that has passed between the acquisition of the funds and the imposition of sentence, and the amount of funds acquired. The more time that has passed since the acquisition of the funds, the less likely it is that the offender still possesses the full amount. And the lower the amount of funds acquired, the less likely it is that the offender still possesses much or all of

## IV

[27] Il arrive souvent — mais pas toujours — qu'en l'absence d'une explication raisonnable contraire, le fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement permette de déduire, au moment de la détermination de sa peine, qu'il a toujours suffisamment de fonds pour payer une amende : *R. c. Grimberg* (2002), 155 O.A.C. 296, par. 17-20; *R. c. Desjardins* (1996), 182 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 321 (C.A.), par. 29; *R. c. Dow* (1976), 1 C.R. (3d) S.-9 (C.A.C.-B.), p. S.-14 à S.-15; *R. c. Noseworthy*, 2000 NFCA 45, 192 Nfld. & P.E.I.R. 120, par. 21; *R. c. Guppy* (1995), 16 Cr. App. R. (S.) 25 (C.A.). Voir également *R. c. Johnson*, 2010 ABCA 392, 493 A.R. 74, par. 23; *R. c. Castro*, 2010 ONCA 718, 102 O.R. (3d) 609, par. 34, affaires qui traitent d'ordonnances de restitution, question connexe à celle qui nous occupe en l'espèce mais qui en diffère.

[28] Comme je l'ai déjà dit, le poids d'une telle déduction dépendra des circonstances de chaque cas et variera donc d'une affaire à l'autre. Aucune des affaires susmentionnées ne traite de cette question dans les circonstances précises du cas qui nous occupe ni ne fait une étude exhaustive de la question de droit que nous sommes appelés à trancher en l'espèce : le juge du procès a-t-il non seulement la *faculté*, mais l'*obligation, en droit*, de conclure que le délinquant a toujours le produit de son crime en sa possession, à moins que ce dernier n'explique ce qu'il est advenu des fonds?

[29] À mon avis, il convient de répondre à cette question par la négative, et ce essentiellement pour deux raisons.

[30] D'abord, j'estime que la valeur probante que l'on peut raisonnablement accorder au fait que le délinquant a reçu, dans le passé, des fonds obtenus illégalement variera en fonction d'au moins deux facteurs, à savoir le délai qui s'est écoulé entre le moment où il les a acquis et celui où il se voit imposer une peine, d'une part, et l'importance de la somme en question, d'autre part. Plus il s'est écoulé de temps depuis le moment où il a acquis les fonds, moins il est probable qu'il aura toujours

the funds. A small sum is more likely than a large sum to be gone in its entirety.

[31] Sentencing courts must retain their accepted measure of discretion in determining how much weight they should assign to proof of past possession, bearing in mind the variables I have mentioned and other factors they find relevant in the particular circumstances of the case. For example, where much time has passed and little money was stolen, past possession alone may not satisfy the court — even in the absence of an explanation by the offender — that the offender can still pay the fine. On the other hand, recent possession of a large sum will generally suffice, in the absence of a credible explanation, to satisfy the court that the offender still controls a significant chunk of the stash. In both cases, the past acquisition of fraudulently obtained funds will have the same probative effect as past possession of legally acquired assets.

[32] Second, the text of s. 734(2) and the legislative intention to avoid the incarceration of offenders who are truly unable to pay their fines support the conclusion that proof of past receipt is not always conclusive of a present ability to pay. Under s. 734(5), Mr. Topp would receive a substantial prison term if he defaulted on the \$4.7 million fine and was unable to show at the time of default that he no longer possessed the fraudulently obtained funds. It seems to me more consistent with the text and purpose of s. 734(2) to permit trial courts to discharge their duty under that remedial provision judicially. And this they cannot do without determining for themselves whether they are satisfied,

la somme totale en sa possession. Par ailleurs, plus cette somme est modeste, moins il est probable qu'il aura toujours l'ensemble des fonds, voire une bonne partie de ceux-ci, en sa possession. Enfin, il est plus probable que le délinquant aura dépensé les fonds en entier s'il s'agit d'une somme modeste, par opposition à une somme considérable.

[31] Il est impératif que les tribunaux appelés à prononcer la peine conservent le pouvoir discrétionnaire qui leur est reconnu de décider eux-mêmes de la valeur probante à accorder à toute preuve tendant à établir que le délinquant a déjà eu les fonds en sa possession, compte tenu des variables que j'ai déjà mentionnées et des autres facteurs qu'ils jugent pertinents dans les circonstances des affaires dont ils sont saisis. Par exemple, dans le cas où un délai important s'est écoulé et où la somme volée était modeste, le fait que le délinquant a déjà eu les fonds en sa possession ne suffira peut-être pas à lui seul à convaincre le tribunal — même en l'absence de toute explication de la part du délinquant — que ce dernier est toujours en mesure de payer l'amende. À l'inverse, le fait que le délinquant a récemment eu une somme importante en sa possession suffira généralement, en l'absence de toute explication crédible, à convaincre le tribunal que ce dernier dispose toujours d'une bonne partie de son butin. Dans l'un et l'autre cas, le fait que le délinquant a acquis, dans le passé, des fonds obtenus frauduleusement aura le même effet probant que le fait qu'il a déjà eu en sa possession des biens acquis de manière licite.

[32] Ensuite, le texte même du par. 734(2) ainsi que la volonté du législateur d'éviter que ne soient incarcérés des délinquants véritablement incapables de payer leurs amendes nous amènent à conclure qu'il ne faut pas toujours déduire d'une preuve établissant que le délinquant a effectivement reçu les fonds qu'il a toujours la capacité de payer une amende. Selon le par. 734(5), M. Topp se serait vu imposer une peine d'emprisonnement importante s'il avait fait défaut de payer l'amende de 4,7 millions de dollars et s'il n'était pas parvenu à établir qu'au moment où il avait fait défaut de payer il ne disposait plus des fonds obtenus frauduleusement. Il me semble que permettre aux tribunaux de

in light of all the circumstances and the materials placed before them, that the offender is able to pay a fine.

[33] The Crown submits that the offender bears an onus to explain what happened to the funds because the offender is in a better position to obtain and adduce relevant evidence than the Crown. It is often impossible for the Crown to trace the proceeds of crime. In the present case, for example, the Crown lost track of the fraudulently obtained funds after tracing them to a bank account in Antigua.

[34] This submission is attractive at first glance but loses its appeal on closer scrutiny.

[35] First, the Crown is not required to identify or locate the specific assets that the offender can use to pay the fine, though direct evidence of this sort, when available to the Crown, is by its nature particularly persuasive. In its absence, the Crown may instead rely on various types of indirect evidence to satisfy the trial judge of the offender's ability to pay — including evidence that the offender had possession of impugned funds in the relatively recent past, evidence of an ongoing lavish lifestyle, and evidence of the offender's earning potential.

[36] Second, the Crown's argument disregards the text of s. 734(2). It may be desirable from a truth-seeking perspective to place an evidentiary onus on the party that is best positioned to produce evidence. Parliament well understood that the offender is better positioned to produce evidence of his finances than the Crown. But Parliament has

première instance de s'acquitter judiciairement de leur tâche par le biais de cette disposition réparatrice soit davantage compatible avec le texte et l'objet du par. 734(2). Et ils ne peuvent s'acquitter de cette tâche sans décider eux-mêmes si, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des éléments de preuve dont ils disposent, le délinquant est en mesure de payer une amende.

[33] Le ministère public soutient qu'il incombe au délinquant d'expliquer ce qu'il est advenu des fonds, car ce dernier est mieux placé que lui pour obtenir et présenter des éléments de preuve pertinents à cet égard. En effet, il est souvent impossible au ministère public de déterminer ce qu'il est advenu des produits de la criminalité. En l'espèce, par exemple, le ministère public a perdu la trace des fonds en cause après avoir appris qu'ils avaient été versés à un compte bancaire à Antigua.

[34] À première vue, cet argument paraît séduisant, mais, à y voir de plus près, il semble dénué de fondement.

[35] Premièrement, le ministère public n'est pas tenu d'identifier ou de localiser les éléments d'actif précis dont le délinquant peut se servir pour payer l'amende, mais il va de soi que toute preuve directe à cet égard dont dispose le ministère public, le cas échéant, est, de par sa nature même, particulièrement convaincante. S'il ne dispose pas d'une telle preuve, le ministère public peut plutôt se fonder sur divers types de preuve indirecte pour convaincre le juge du procès de la capacité du délinquant de payer l'amende, notamment une preuve que le délinquant avait les fonds en sa possession dans un passé relativement récent, une preuve qu'il mène toujours une vie fastueuse, ou encore une preuve de son potentiel salarial.

[36] Deuxièmement, l'argument du ministère public fait abstraction du texte même du par. 734(2). En effet, il peut être souhaitable, du point de vue de la recherche de la vérité, d'imposer le fardeau de la preuve à la partie qui est le mieux à même de produire des éléments de preuve. Le législateur a bien compris que c'est le délinquant, et non le ministère

nonetheless explicitly chosen to require an affirmative finding that the offender is *able* to pay a fine, instead of requiring the offender who opposes a fine to satisfy the court that he or she is *unable* to pay.

[37] The Crown also argues that the interpretation of s. 734(2) should be influenced by case law relating to restitution and the common law rules regarding the imposition of fines. With respect, the cases cited by the Crown are readily distinguishable.

[38] In *Johnson and Castro*, the Alberta and Ontario Courts of Appeal respectively held that, in the context of a *restitution* order, past receipt of ill-gotten gains places a burden on the offender to explain where they have gone. Restitution, however, differs from a fine in two important respects. First, and perhaps most important, restitution orders are not subject to s. 734(2). Second, an offender who defaults on a restitution order — unlike an offender who defaults on a fine — is not subject to imprisonment as a consequence.

[39] In *Noseworthy*, the Newfoundland Court of Appeal held that the offender bears the burden of affirmatively establishing his inability to pay. That case, however, dealt with a fine imposed under the *Excise Act*, R.S.C. 1985, c. E-14, which at the time was not subject to s. 734(2) (the section has since been amended to apply to fines imposed under all acts of Parliament). The Court of Appeal's decision addressed the allocation of burdens under the common law and not the interpretation of s. 734(2).

public, qui est le mieux placé pour produire des éléments de preuve concernant sa situation financière. Cependant, le législateur a tout de même décidé expressément que le tribunal doit conclure formellement que le délinquant est *capable* de payer une amende, au lieu d'imposer à ce dernier le fardeau de le convaincre qu'il est *incapable* de le faire.

[37] Le ministère public fait également valoir qu'il convient d'interpréter le par. 734(2) sous l'éclairage de la jurisprudence en matière de restitution et des règles de la common law concernant l'imposition d'amendes. Pourtant, les affaires citées par le ministère public peuvent facilement être distinguées du présent cas.

[38] Dans *Johnson et Castro*, les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario ont respectivement conclu, dans le contexte d'une ordonnance de *restitution*, que le fait que le délinquant avait reçu, dans le passé, des fonds acquis de façon illicite imposait à ce dernier le fardeau d'expliquer ce qu'il était advenu de ceux-ci. Toutefois, la restitution diffère de l'amende, et ce à deux égards importants. Premièrement, et peut-être ce qui est le plus important, les ordonnances de restitution ne sont pas régies par le par. 734(2). Deuxièmement, le délinquant qui omet de se conformer à une ordonnance de restitution ne s'expose pas à une peine d'emprisonnement, contrairement à celui qui omet de payer une amende.

[39] Dans *Noseworthy*, la Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu qu'il incombait au délinquant de prouver formellement son incapacité de payer l'amende. Cependant, il était question dans cette affaire d'une amende imposée en vertu de la *Loi sur l'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-14, et, à l'époque, une telle amende n'était pas assujettie au par. 734(2) (l'art. 734 a depuis été modifié et il s'applique maintenant à toute amende imposée sous le régime d'une loi fédérale). Dans son arrêt, la Cour d'appel de Terre-Neuve s'est penchée sur les fardeaux de preuve qu'il convient d'imposer suivant la common law et non sur l'interprétation à donner au par. 734(2).

V

[40] In declining to impose a fine, the trial judge in this case considered counsels' submissions and all of the information and evidence before her. She expressly took into account Mr. Topp's failure to explain what had happened to the money he was found beyond a reasonable doubt to have misappropriated. Nothing in the record indicates that she failed to consider anything relevant to her decision. In the end, the judge plainly declared that she was not satisfied that Mr. Topp was able to pay the fine requested by the Crown. She could reasonably have concluded otherwise, but she was not legally bound to do so.

[41] The Crown submits that the trial judge erred in law by imposing a formal requirement on the Crown to locate Mr. Topp's misappropriated funds. This submission is without merit. It is clear from the transcript of the hearing on sentence that the trial judge imposed no such burden on the Crown:

THE COURT: . . . There's been no explanation offered on where the -- how the money was spent. So, you can't say that there is no lavish lifestyle. All you can say is the Crown wasn't able to find it which may only speak to someone's skill in concealing it.

DEFENCE COUNSEL: . . . Mr. Topp's prior counsel offered carte blanche for the government to go look anywhere they wanted. He'd sign any documents. . .

THE COURT: But it's not their job. They are not the ones that got the money. Who better than the person who received the money to explain what happened to it? So, it may be an argument that it's not obvious that it was spent in that way, but I don't think you can suggest that it wasn't in fact spent that way. [A.R., at pp. 217-18]

V

[40] La juge du procès a refusé d'infliger une amende à M. Topp après avoir soupesé les observations des avocats des parties ainsi que l'ensemble des renseignements et des éléments de preuve dont elle disposait. Elle a expressément pris en compte l'omission de ce dernier d'expliquer ce qu'il était advenu des fonds dont il s'était frauduleusement emparé, comme il a été établi hors de tout doute raisonnable. Rien au dossier n'indique qu'elle a omis de tenir compte d'un quelconque élément pertinent avant de prendre sa décision. En bout de ligne, la juge du procès a dit clairement ne pas être convaincue que M. Topp était en mesure de payer l'amende que le ministère public cherchait à lui faire imposer. Elle aurait pu raisonnablement conclure le contraire, mais elle n'était pas, en droit, tenue de le faire.

[41] Le ministère public fait valoir que la juge du procès a commis une erreur de droit en l'obligeant formellement à déterminer où se trouvaient les fonds dont M. Topp s'était frauduleusement emparé. Cet argument n'est pas fondé. En effet, il ressort clairement de la transcription de l'audience sur la détermination de la peine que la juge du procès n'a pas imposé un tel fardeau au ministère public :

[TRADUCTION]

LE TRIBUNAL : . . . Aucune explication n'a été fournie quant à savoir où -- comment les fonds ont été dépensés. Vous ne pouvez donc pas soutenir que l'intéressé ne menait pas une vie fastueuse. Tout ce que vous pouvez prétendre, c'est que le ministère public a été incapable d'en retrouver la trace, ce qui ne peut que démontrer la capacité d'un individu de les dissimuler.

L'AVOCAT DE LA DÉFENSE : . . . l'avocat précédent de M. Topp a donné carte blanche aux autorités gouvernementales pour qu'elles cherchent là où bon leur semble. Il aurait signé n'importe quel document à cet effet. . .

LE TRIBUNAL : Mais il ne leur revient pas de le faire. Ce ne sont pas elles qui ont les fonds en leur possession. Qui est mieux à même d'expliquer ce qu'il est advenu des fonds si ce n'est la personne qui les a reçus? On pourrait donc faire valoir qu'il ne va pas de soi qu'ils ont ainsi été dépensés, mais je ne pense pas que vous puissiez soutenir qu'en fait ils n'ont pas été ainsi dépensés. [d.a., p. 217-218]

Contrary to the Crown's submission, the trial judge thus recognized that the Crown was not required to locate the missing funds. She committed no error of law in this regard.

[42] Nor did the trial judge commit a reviewable error in deciding not to impose a fine. She was simply not satisfied, as required by s. 734(2), that Mr. Topp was able to pay. This conclusion was open to her, as a matter of law, on the facts as she found them. On the evidence and information before her, the judge was not bound to infer, on the balance of probabilities, that Mr. Topp was able to pay the fine sought by the Crown. Seven years had passed between Mr. Topp's acquisition of the fraudulently obtained funds and the hearing on sentence. Mr. Topp was by then 64 years old, had lost his licence to work as a customs broker, was unlikely to find future employment, and had "few tangible assets" (A.R., at p. 32).

[43] Another judge, I repeat, could certainly have decided otherwise, but I agree with the Court of Appeal that Judge Baltman committed no reviewable error in deciding as she did.

## VI

[44] For all of these reasons, as stated at the outset, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

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

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Schreck Presser, Toronto.*

Contrairement à ce qu'avance le ministère public, la juge du procès a donc reconnu que ce dernier n'était pas tenu de déterminer où se trouvaient les fonds manquants. Elle n'a pas commis d'erreur de droit à cet égard.

[42] La juge du procès n'a pas non plus commis d'erreur susceptible de révision en décidant de ne pas imposer d'amende. Elle n'était tout simplement pas convaincue, comme l'exige le par. 734(2), que M. Topp aurait été en mesure de la payer. Elle pouvait, en droit, tirer une telle conclusion sur la base de sa propre appréciation des faits. Compte tenu de la preuve et des renseignements dont elle disposait, la juge du procès n'était pas tenue d'inférer, suivant la prépondérance des probabilités, que M. Topp était en mesure de payer l'amende que le ministère public cherchait à lui faire imposer. En effet, sept années s'étaient écoulées entre le moment où M. Topp avait acquis les fonds obtenus frauduleusement et l'audience sur la détermination de la peine. Lorsque cette audience a eu lieu, M. Topp avait 64 ans, il avait perdu son permis de courtier en douane, il avait peu de perspectives d'emploi, et il ne possédait que [TRADUCTION] « peu de biens matériels » (d.a., p. 32).

[43] Un autre juge, je le répète, aurait certainement pu en décider autrement, mais je suis d'accord avec la Cour d'appel que la décision de la juge Baltman n'est pas entachée d'une erreur qui justifierait notre intervention.

## VI

[44] Pour tous ces motifs, comme je l'ai dit au début, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

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

*Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Schreck Presser, Toronto.*