

Ross Barros *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions, Attorney General of Ontario, Canadian Association of Chiefs of Police, Canadian Crime Stoppers Association, Canadian Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BARROS

2011 SCC 51

File No.: 33727.

2011: January 25; 2011: October 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Informer privilege — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting to obtain stay of charges by identifying informant — Whether investigator bound by informer privilege.

Criminal law — Appeals — Powers of court of appeal — Private investigator hired by defence to identify confidential police informant — Investigator allegedly attempting to obtain stay of charges by identifying informant — Investigator charged with one count of obstructing justice and two counts of extortion — Court of appeal overturning acquittals and ordering new trial — Whether trial judge committed errors of law allowing appellate review of acquittals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

B was a former police officer working as a private investigator. He was hired by the lawyer for Q, who had been charged with several drug offences based on

Ross Barros *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales, procureur général de l'Ontario, Association canadienne des chefs de police, Association canadienne d'échec au crime, Association canadienne des libertés civiles et Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BARROS

2011 CSC 51

N° du greffe : 33727.

2011 : 25 janvier; 2011 : 26 octobre.

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'ALBERTA

Droit criminel — Privilège de l'indicateur — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Le détective privé était-il lié par le privilège de l'indicateur?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Détective privé embauché par la défense pour identifier un indicateur confidentiel de la police — Le détective privé aurait tenté d'obtenir la suspension des accusations en découvrant l'identité de l'indicateur — Détective privé accusé d'un chef d'entrave à la justice et de deux chefs d'extorsion — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs de droit donnant ouverture au contrôle des acquittements en appel? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

B était un ancien agent de police qui travaillait comme détective privé. Il a été embauché par le procureur de Q, inculpé de plusieurs infractions en matière

information from a confidential police informant. To discover the identity of the informant, B met with several of Q's associates and requested their phone records and other information. He then met with the police officer in charge of Q's case and told the officer he knew who the informant was. B was later charged with one count of obstruction of justice and two counts of extortion. The judge directed a verdict of acquittal on the obstruction charge (Count 1), finding B was entitled to take any investigative steps to discover the informant's identity. The judge acquitted B of extortion with respect to the conversation with the police officer (Count 2), because the Crown had not established that B had the objective of ending the criminal proceedings against Q when he spoke to the officer. She also found no legal threat had been made and that the Crown had failed to negate justification or excuse for B's conduct. With respect to the extortion committed against Q's associates, the judge found the Crown proved neither a threat nor the intention required for extortion and acquitted B on Count 3. The Crown appealed the directed verdict and the acquittals. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial on all three counts.

Held (Fish and Cromwell JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The duty to protect and enforce informer privilege rests on the police, the Crown, and the courts. The latter must not disclose any information that would tend to reveal an informer's identity. However, the defence, including in this case B, is not bound by any such duty in undertaking its own investigation independently of the courts and the prosecution. The defence is entitled to do what it can to identify the informant and otherwise make full answer and defence, provided that the methods used are lawful. The right to make full answer and defence is fundamental to criminal justice and is protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, not all attempts to identify an informant will be linked to that right. It will depend on the circumstances. Some defence enquiries may amount to an obstruction of justice, or extortion, depending on the manner in which the enquiries are carried out and their intended purpose, and the other circumstances of the case.

de stupéfiants sur la foi de renseignements fournis par un indicateur confidentiel de la police. Pour découvrir l'identité de l'indicateur, B a rencontré plusieurs associés de Q et leur a demandé leurs relevés d'appel et d'autres renseignements. Il a ensuite rencontré l'agent de police responsable du dossier de Q et lui a dit qu'il connaissait l'identité de l'indicateur. B a plus tard été accusé d'un chef d'entrave à la justice et de deux chefs d'extorsion. La juge du procès a imposé un verdict d'acquiescement quant à l'accusation d'entrave à la justice (premier chef), estimant que B avait le droit de mener une enquête en vue de découvrir l'identité de l'indicateur. La juge du procès a acquitté B de l'infraction d'extorsion en ce qui concerne la conversation qu'il avait eue avec l'agent de police (deuxième chef) parce que le ministère public n'avait pas établi que B voulait mettre fin aux poursuites criminelles intentées contre Q lorsqu'il s'est entretenu avec l'agent de police. Elle a aussi conclu que, du point de vue juridique, aucune menace n'avait été proférée, et que le ministère public n'était pas parvenu à réfuter l'existence d'une justification ou d'une excuse expliquant les actes de B. Quant à l'extorsion contre les associés de Q, la juge du procès a conclu que le ministère public n'avait prouvé ni une menace, ni l'intention requise pour l'extorsion et elle a acquitté B du troisième chef. Le ministère public a interjeté appel du verdict imposé et des acquiescements. La majorité de la Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux trois chefs d'accusation.

Arrêt (les juges Fish et Cromwell sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : C'est à la police, au ministère public et aux tribunaux qu'il incombe de protéger et d'appliquer le privilège relatif aux indicateurs de police. Les tribunaux ne doivent pas divulguer de renseignements tendant à révéler l'identité d'un indicateur. La défense, notamment, en l'espèce, B, n'est cependant pas liée par une telle obligation alors qu'elle mène sa propre enquête indépendamment des tribunaux et de la poursuite. La défense a le droit de faire ce qu'elle peut pour identifier l'indicateur et présenter par ailleurs une défense pleine et entière, pourvu que les méthodes qu'elle utilise soient licites. Le droit de présenter une défense pleine et entière est fondamental en justice pénale et est garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Or, l'ensemble des tentatives d'identification d'un indicateur ne sont pas toutes visées par ce droit. Cela dépendra des circonstances. Certaines enquêtes faites par la défense peuvent équivaloir à une entrave à la justice ou à de l'extorsion selon la manière dont elles sont effectuées, l'objectif qu'elles visent et les autres circonstances de l'affaire.

In this case, the gist of the obstruction of justice charge (Count 1) is not just that B sought the name of the police informer, but that he did so to force the charges against Q to be dropped. This, if established, was not information gathering for a lawful purpose. Section 139 of the *Criminal Code* describes a crime that is complete upon proof of an attempt without the necessity of success or actual completion. The offence is framed broadly. The necessary limit is found in the obligation of the Crown to prove the mental element. A directed verdict is not available if there is any admissible evidence, which, if believed, would justify a conviction. In this case, there was evidence against B that, if believed, would establish intent to obstruct justice. To direct a verdict of acquittal was an error of law justifying a new trial.

As to the extortion charge (Count 2), the trial judge erred in concluding that the indirect suggestions and veiled references by B were not capable, as a matter of law, of satisfying the threats element of extortion. A veiled reference may constitute a threat if it is sufficient, in light of all the circumstances, to convey to the victim the consequences which he or she fears or would prefer to avoid. In this case, the question is what would a reasonable person in the position of the police officer understand? The officer testified that he understood well enough that the threat was to his source. The trial judge erred in her legal analysis of what conduct could qualify as a threat for the purpose of the extortion charge. Having erred in her legal analysis, the trial judge's consequential and dependent finding of B's lack of the requisite intent cannot stand and the Crown is entitled to a new trial on this count.

As to any reasonable justification or excuse, the trial judge accepted at face value B's explanation that he was trying to be helpful to the police rather than threatening. However, the trial judge should have considered B's conduct in its entirety, including the gathering of the information in the first place, and delved below the surface of the exchanges between the accused and the police, particularly where, as here, the protagonists spring from the same occupational background. Much that is understood between them need not be stated explicitly.

En l'espèce, l'accusation d'entrave à la justice (premier chef) repose non seulement sur le fait que B a tenté de découvrir le nom de l'indicateur de police, mais également sur le fait qu'il a agi dans le but de forcer le retrait des accusations portées contre Q. Si le bien-fondé de cette allégation est établi, alors la cueillette de renseignements ne visait pas un objectif légitime. Le crime prévu à l'art. 139 du *Code criminel* est considéré comme ayant été commis lorsqu'il est établi que l'accusé a tenté d'accomplir l'un ou l'autre des actes qui y sont décrits, et ce sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il a atteint son objectif ou qu'il est parvenu à commettre l'acte en question. L'infraction est définie de façon large. La limite qu'il convient d'y imposer se trouve dans l'obligation du ministère public de prouver l'élément mental. Le juge ne peut imposer un verdict s'il existe un quelconque élément de preuve admissible qui, s'il était accepté, justifierait une déclaration de culpabilité. Il existe en l'espèce des preuves contre B qui, si on leur ajoutait foi, établiraient l'intention d'entraver la justice. L'imposition d'un verdict d'acquittal constituait une erreur de droit justifiant la tenue d'un nouveau procès.

Quant à l'accusation d'extorsion (deuxième chef), la juge du procès a conclu à tort que les insinuations indirectes et les allusions voilées de B ne pouvaient, en droit, satisfaire à l'élément de l'extorsion qui se rapporte aux menaces. Une allusion voilée peut constituer une menace si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, elle suffit à informer la victime des conséquences qu'elle redoute ou préférerait éviter. La question qui se pose en l'espèce est de savoir ce que comprendrait la personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'agent de police. Ce dernier a témoigné avoir bien compris que la menace visait sa source. La juge du procès a commis une erreur dans son analyse juridique du comportement susceptible de constituer une menace permettant d'établir que l'infraction d'extorsion a été commise. Vu cette erreur, on ne saurait maintenir la conclusion qu'elle en a forcément tirée, à savoir que B n'avait pas l'intention requise, et le ministère public a droit à un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation.

En ce qui concerne l'existence d'une justification ou d'une excuse raisonnable quelconque, la juge du procès a ajouté foi à l'explication de B selon laquelle il tentait d'aider la police plutôt que de lui faire des menaces. La juge du procès aurait toutefois dû examiner le comportement de B dans son ensemble, notamment la cueillette initiale de renseignements, et examiner en détail les échanges entre l'accusé et la police, à plus forte raison parce qu'en l'espèce les protagonistes avaient les mêmes antécédents professionnels. En effet, une bonne part de ce sur quoi ils s'entendaient n'avait pas à être énoncée explicitement.

As to the last count of extortion, however, the legal errors that tainted the trial judge's analysis had no bearing on her reasons for acquittal. Count 3 relates to B's dealings with Q's associates. It was rejected on the facts by the trial judge, who found the Crown's key witness (an associate) to be unreliable. The only other evidence on that count came from statements given by B to the police which were largely self-exculpatory. The trial judge thus rejected the existence of any factual foundation to which her admittedly erroneous legal test could be applied. It would be a serious matter to deprive an accused of the benefit of an acquittal where, as here, the Crown is found to have led no credible evidence to support a conviction beyond a reasonable doubt. The Crown presumably put forward the case it had on Count 3 at the trial. The Crown is not entitled to a retrial based on a trial judge's flawed legal analysis that had no impact on the outcome of the case. The verdict of the acquittal rendered by the trial judge on Count 3 should stand.

Per Fish J. (dissenting in part): A new trial should be ordered on Count 1 and an acquittal entered on Count 3.

As to Count 2, no new trial should be ordered. The trial judge committed no error of law in acquitting B on that count. She expressly directed herself in accordance with the Ontario pattern jury instructions, noting that she was required, as a jury would be, to consider B's entire course of conduct. In considering whether B had a reasonable justification or excuse for his conduct, the trial judge recognized the need to assess the reasonableness of his conduct in the circumstances, as required by the pattern instructions, and stated that she had indeed reviewed all of the circumstances. She did not ignore any significant circumstance in applying the law to the facts as she found them. Nor did the trial judge misdirect herself as to whether B's conduct was capable in law of constituting a threat. Nowhere in her reasons did she indicate that, as a matter of law, explicit threats or demands were an essential element of extortion. In fact, she explicitly directed herself to the contrary. Moreover, in denying the motion for a directed verdict on Count 2, the trial judge concluded that there was some evidence on every element of the offence. Thus, the trial judge, applying the proper test for a directed verdict, did recognize that B's conduct could constitute a threat as a matter of law. At the conclusion of the trial, she was simply not satisfied as a matter of fact, that the evidence established beyond a reasonable

Quant au dernier chef d'extorsion, cependant, les erreurs juridiques qui ont entaché l'analyse de la juge du procès n'ont eu aucune incidence sur les motifs d'acquiescement qu'elle a exposés. Le troisième chef a trait aux échanges entre B et les associés de Q. Il a été rejeté au vu des faits par la juge du procès, qui a conclu que le témoin clé du ministère public (un associé) n'était pas fiable. Le seul autre élément de preuve relatif à ce chef provenait de déclarations que B avait faites à la police, qui étaient en grande partie disculpatoires. La juge du procès a donc rejeté l'existence de tout fondement factuel auquel son critère juridique, certes erroné, aurait pu s'appliquer. Ce serait commettre une erreur grave que de priver l'accusé d'un acquiescement dans un cas où, comme celui qui nous occupe, il a été conclu que le ministère public n'avait présenté aucune preuve crédible étayant hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité. Le ministère public a vraisemblablement présenté la preuve dont il disposait relativement au troisième chef lors du procès. Or, il n'a pas droit à un nouveau procès au motif que l'analyse juridique de la juge du procès — qui n'a eu aucune incidence sur l'issue du procès — était erronée. Il y a lieu de confirmer le verdict d'acquiescement rendu par la juge du procès relativement au troisième chef.

Le juge Fish (dissent en partie) : Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant au premier chef et d'inscrire un acquiescement à l'égard du troisième chef.

Il n'y a pas lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès quant au deuxième chef. La juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en acquittant B relativement à ce chef. Elle s'est explicitement conformée au modèle ontarien d'instructions au jury, soulignant qu'il lui incombait, tout comme à un jury, de prendre en compte l'ensemble du comportement de B. En se demandant si B avait une justification ou une excuse raisonnable pour expliquer ses actes, la juge du procès a reconnu la nécessité d'examiner le caractère raisonnable des actes posés par B au vu des circonstances, conformément au modèle d'instructions qu'elle suivait, et mentionné qu'elle avait effectivement apprécié l'ensemble des circonstances. Elle n'a pas fait abstraction d'une quelconque circonstance importante en appliquant le droit aux faits qu'elle a constatés. Elle ne s'est pas non plus méprise sur la question de savoir si les actes de B pouvaient, en droit, constituer une menace. La juge du procès n'a nulle part dans ses motifs indiqué qu'en droit des menaces ou des exigences explicites constituaient un élément essentiel de l'extorsion. En fait, elle a explicitement agi dans le sens contraire. De plus, la juge du procès a conclu, en rejetant la requête visant à obtenir un verdict imposé relativement au deuxième chef, qu'il y avait certaines preuves relativement à chaque élément de l'infraction. Par conséquent, la juge du procès a bel et bien reconnu, en appliquant le

doubt that B had threatened to reveal the identity of the informant.

Per Cromwell J. (dissenting in part): The reasons of Binnie J. with respect to Counts 1 and 2 are agreed with. As to Count 3, a new trial should be ordered as well. In reaching her decision on this count, the trial judge considered that insofar as the Crown had failed to call certain named and unnamed alleged victims as witnesses at trial, it could not prove that they had been victims of extortion. The only evidence to consider, in her view, was therefore that given by K. Finding K's evidence to be mostly unreliable, she acquitted B on Count 3.

It is true that K was the only one of the persons named in the count to testify at trial. However, to succeed on this count, the Crown did not have to prove that B had threatened K. Nor did it have to prove that K felt threatened by B's conduct. The Crown's burden was to present evidence, whether from the alleged victims or not, which satisfied each element of the offence.

Even without K's evidence, there was evidence which was capable in law of proving each element of the offence. Of course, whether the evidence did so is for a trier of fact, not an appellate court, to determine. However, the trial judge's legal error coupled with her failure to turn her mind to these elements had a material bearing on her decision to acquit. That being the case, the correct disposition of this portion of the appeal is to direct a new trial, not reinstate the acquittal.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Named Person*

critère approprié en matière de verdict imposé, que les actes de B pouvaient, en droit, constituer une menace. À l'issue du procès, elle n'était tout simplement pas convaincue qu'en fait la preuve établissait hors de tout doute raisonnable que B avait menacé de révéler l'identité de l'indicateur.

Le juge Cromwell (dissident en partie) : Je souscris aux motifs du juge Binnie concernant les premier et deuxième chefs. Pour ce qui est du troisième chef, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. En parvenant à sa décision relativement à ce chef, la juge du procès a estimé que, dans la mesure où il avait omis de faire témoigner au procès certaines des personnes nommées et des personnes non désignées nommément qu'il présentait comme des victimes, le ministère public était incapable de prouver qu'elles avaient été victimes d'extorsion. Le seul témoignage dont il fallait tenir compte, selon elle, était donc celui de K. Jugeant que le témoignage de K était pour l'essentiel dénué de toute crédibilité, elle a acquitté B relativement au troisième chef.

Il est vrai que K a été la seule des personnes nommées dans le chef d'accusation à témoigner lors du procès. Cependant, pour avoir gain de cause sur ce chef, le ministère public n'avait pas à prouver que B avait menacé K. Il n'avait pas non plus à prouver que ce dernier s'était senti menacé par le comportement de B. Il lui incombait de présenter des éléments de preuve — peu importe qu'il s'agisse ou non des témoignages des personnes qu'il présentait comme des victimes — établissant chacun des éléments constitutifs de l'infraction.

Même sans le témoignage de K, il était possible d'établir chacun des éléments constitutifs de l'infraction, car il y avait suffisamment d'éléments de preuve à cet égard. Bien entendu, c'est au juge des faits et non à la cour d'appel qu'il appartient de trancher cette question. Cependant, l'erreur de droit que la juge du procès a commise, conjuguée à son omission d'examiner ces éléments, a eu une incidence significative sur sa décision de prononcer un verdict d'acquiescement. Cela étant, la façon correcte de statuer sur cet aspect du pourvoi consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès, et non à rétablir l'acquiescement.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Personne*

v. Vancouver Sun, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. McCormack*, 2009 CanLII 76382; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. v. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Hirscholtz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174; *R. v. Hearn*, [1989] 2 S.C.R. 1180; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679; *R. v. Bigras*, 2004 CanLII 21267; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. Nataralli*, [1967] S.C.R. 539; *R. v. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. v; *R. v. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. v. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262; *R. v. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595.

By Fish J. (dissenting in part)

Rousseau v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 38; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316.

By Cromwell J. (dissenting in part)

R. v. Graveline, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. v. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139, 346(1), (1.1)(a), (b), 676.

Authors Cited

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2011, release 12).
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter J.J.A.), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326, 477 A.R. 127, 483 W.A.C. 127, 254 C.C.C. (3d) 50, 75 C.R. (6th) 257, 208 C.R.R. (2d) 206, [2010] 10 W.W.R. 36, [2010] A.J. No. 387 (QL), 2010 CarswellAlta 643,

désignée c. Vancouver Sun, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. McCormack*, 2009 CanLII 76382; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. c. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Hirscholtz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174; *R. c. Hearn*, [1989] 2 R.C.S. 1180; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Bigras*, 2004 CanLII 21267; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. Nataralli*, [1967] R.C.S. 539; *R. c. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, autorisation d'appel refusée, [2006] 1 R.C.S. v; *R. c. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. c. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262; *R. c. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595.

Citée par le juge Fish (dissident en partie)

Rousseau c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 38; *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316.

Citée par le juge Cromwell (dissident en partie)

R. c. Graveline, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167; *R. c. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139, 346(1), (1.1)(a), (b), 676.

Doctrine citée

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2011, release 12).
Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326, 477 A.R. 127, 483 W.A.C. 127, 254 C.C.C. (3d) 50, 75 C.R. (6th) 257, 208 C.R.R. (2d) 206, [2010] 10 W.W.R. 36, [2010] A.J. No. 387 (QL), 2010 CarswellAlta 643,

setting aside the acquittals entered by Veit J., 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, [2007] A.J. No. 694 (QL), 2007 CarswellAlta 848, and ordering a new trial. Appeal allowed in part, Fish and Cromwell JJ. dissenting in part.

Hersh Wolch, Q.C., for the appellant.

James C. Robb, Q.C., for the respondent.

Nancy L. Irving and François Lacasse, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Paul S. Lindsay, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Derek Lai and Greg Preston, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Robert S. Gill, for the intervener the Canadian Crime Stoppers Association.

Anil K. Kapoor and Senem Ozkin, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Susan M. Chapman and Jennifer Micallef, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — The jurisprudence establishes that the identity of police informers is protected by a near-absolute privilege that overrides the Crown's general duty of disclosure to the defence. This privilege is subject neither to judicial discretion nor any balancing of competing interests (although qualified by an "innocence at stake" exception). The trial judge held however that this privilege does not restrict a defence investigation into the identity of a police informant, and further, that the attempt to fetter such a defence investigation would violate the constitutional right of an accused to a full answer and defence guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A majority of the Alberta Court of Appeal disagreed. In its view,

qui a annulé les acquittements prononcés par la juge Veit, 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, [2007] A.J. No. 694 (QL), 2007 CarswellAlta 848, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli en partie, les juges Fish et Cromwell sont dissidents en partie.

Hersh Wolch, c.r., pour l'appellant.

James C. Robb, c.r., pour l'intimée.

Nancy L. Irving et François Lacasse, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Paul S. Lindsay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Derek Lai et Greg Preston, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Robert S. Gill, pour l'intervenante l'Association canadienne d'échec au crime.

Anil K. Kapoor et Senem Ozkin, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Susan M. Chapman et Jennifer Micallef, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Selon la jurisprudence, l'identité des indicateurs de police est protégée par un privilège quasi absolu qui l'emporte sur l'obligation générale de divulgation à la défense qui incombe au ministère public. Ce privilège n'est pas assujéti au pouvoir discrétionnaire judiciaire et il n'invite pas la pondération d'intérêts opposés (sous réserve d'une exception relative à « la démonstration de l'innocence de l'accusé »). La juge du procès a toutefois conclu, d'une part, que ce privilège n'impose pas de limite à toute enquête de la défense concernant l'identité d'un indicateur de police, et, d'autre part, que la tentative de nuire à une telle enquête violerait le droit constitutionnel à une défense pleine et entière que l'art. 7 de la *Charte canadienne des*

on the contrary, informer's privilege prohibits the accused or anyone on his behalf from making efforts even wholly independent of the prosecution to discover which of his associates, if any, had "ratted" on him. This proposed extension of the rule would transform a rule of non-disclosure binding on the police, the prosecutorial authorities and the courts into a general prohibition of investigation into police informers binding on the whole world. In my view, with respect, this goes too far.

[2] An accused is not restricted by the narrow parameters of the "innocence at stake" exception when making his or her own enquiries independently of the state but nor can it be said, as the trial judge seems to have concluded, that all attempts by the accused to identify a confidential informer are constitutionally protected. What is constitutionally protected is the s. 7 right to make full answer and defence. Not all attempts to identify an informant will be linked to this right. It will depend on the circumstances.

[3] Some defence enquiries *may* of course amount to an obstruction of justice, or extortion, depending on the manner in which the enquiries are carried out and their intended purpose and the totality of the circumstances of the case. Here, for example, the Crown alleges that the appellant, Mr. Barros, an investigator hired by the defence counsel in a criminal trial, sought by threats or other unlawful means to find out the identity of the informer for use for an unlawful purpose, namely as a bargaining lever to force the Crown to withdraw the charges rather than risk disclosure of the identity of its informant. The Crown contends that Mr. Barros sought to discover the identity of the informer — by extortionate means — to have the Crown withdraw the charges against his client, Irfan Qureshi.

droits et libertés garanti à l'accusé. La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, n'a pas souscrit à cette conclusion. Au contraire, elle a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police interdisait à l'accusé ou à toute personne agissant en son nom de faire des efforts, même s'ils étaient entièrement indépendants de la poursuite, en vue de découvrir lequel de ses associés, le cas échéant, l'avait « mouchardé ». Cet élargissement proposé de la règle transformerait une règle de non-divulgence liant les autorités policières, celles chargées des poursuites et les tribunaux en une interdiction générale d'enquêter sur les informateurs de police liant tout le monde. En toute déférence, j'estime que cela va trop loin.

[2] Les accusés ne sont pas limités par les paramètres étroits de l'exception relative à la « démonstration de l'innocence de l'accusé » lorsqu'ils font leurs propres enquêtes indépendamment de l'État. Cela dit, on ne peut pas non plus affirmer, comme la juge du procès semble l'avoir conclu, que toutes les tentatives de l'accusé en vue d'identifier un indicateur confidentiel méritent une protection constitutionnelle. Ce qui est protégé par la Constitution, c'est le droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7. Or, l'ensemble des tentatives d'identification d'un indicateur ne sont pas toutes visées par ce droit. Cela dépendra des circonstances.

[3] Certaines enquêtes faites par la défense *peuvent* évidemment équivaloir à une entrave à la justice ou à de l'extorsion selon la manière dont elles sont effectuées, l'objectif qu'elles visent et l'ensemble des circonstances. Dans la présente affaire, par exemple, le ministère public prétend que l'appellant, M. Barros, enquêteur embauché par le procureur de la défense dans un procès criminel, a tenté, par le biais de menaces et d'autres moyens illicites, de découvrir l'identité de l'indicateur afin d'utiliser ce renseignement dans un but illégitime, à savoir s'en servir comme outil de négociation pour obliger le ministère public à retirer les accusations sous peine de divulgation de l'identité de son informateur. Le ministère public soutient que M. Barros a tenté de découvrir l'identité de l'indicateur — en ayant recours à l'extorsion — afin d'obtenir le retrait des accusations portées contre son client, Irfan Qureshi.

[4] The prosecution's case was rejected by the trial judge, who was not satisfied that the activities of Mr. Barros were directed to obstructing justice, nor, in her view, did the Crown establish the elements of extortion beyond a reasonable doubt.

[5] While I disagree with the majority of the Court of Appeal on the scope of the informer privilege, I do agree that the trial judge erred with respect to her legal analysis of the elements of obstruction of justice (Count 1) and extortion in respect of the dealings of Mr. Barros with the police (Count 2). On these two counts, I agree that there must be a new trial.

[6] The second charge of extortion related to the dealings of Mr. Barros with members of Qureshi's group (Count 3). It was rejected on the facts by the trial judge, who found the Crown's key witness (a group member) to be unreliable. The only other evidence on that count came from statements given by Mr. Barros to the police which were (as one would expect) largely self-exculpatory. The legal errors that tainted the trial judge's view of extortion had no bearing on her reasons for the acquittal on Count 3. The Crown has no right of appeal from the trial judge's findings of fact. In ordering a new trial on Count 3, the Court of Appeal engaged in a reweighing of the evidence and thereby erred, in my respectful opinion. In that respect, the appeal is allowed. In other respects, the appeal is dismissed.

I. Facts

[7] In March 2005, Sgt. Kevin Brezinski of the Edmonton drug squad obtained and executed a search warrant at the home of Irfan Qureshi based in part on the information provided by a confidential police informer. The police seized 1.5 kg each

[4] La juge du procès a rejeté la preuve de la poursuite, car elle n'était pas convaincue que les activités de M. Barros visaient à entraver la justice ou que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction d'extorsion.

[5] Bien que je ne souscrive pas à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel quant à la portée du privilège relatif aux indicateurs de police, je suis d'accord que la juge du procès a commis une erreur dans son analyse juridique des éléments constitutifs de l'infraction d'entrave à la justice (premier chef) et de celle d'extorsion relativement aux échanges qui ont eu lieu entre M. Barros et la police (deuxième chef). En ce qui concerne ces deux chefs d'accusation, j'estime que la tenue d'un nouveau procès s'impose.

[6] La deuxième accusation d'extorsion avait trait aux échanges entre M. Barros et les membres du groupe de M. Qureshi (troisième chef). Elle a été rejetée au vu des faits par la juge du procès, qui a conclu que le témoin clé du ministère public (un membre du groupe) n'était pas fiable. Le seul autre élément de preuve relatif à ce chef provenait de déclarations que M. Barros avait faites à la police, déclarations qui (comme on pouvait s'y attendre) étaient en grande partie disculpatoires. Les erreurs juridiques qui ont entaché l'opinion de la juge du procès quant à l'extorsion n'ont eu aucune incidence sur les motifs d'acquiescement qu'elle a exposés relativement au troisième chef. Le ministère public n'a pas le droit d'en appeler des conclusions de fait de la juge du procès. En toute déférence, j'estime qu'en ordonnant la tenue d'un nouveau procès relativement au troisième chef la Cour d'appel s'est livrée à une nouvelle appréciation de la preuve et a, par conséquent, commis une erreur. À cet égard, l'appel est accueilli. Pour le reste, il est rejeté.

I. Les faits

[7] En mars 2005, le sergent Kevin Brezinski, de l'escouade antidrogue d'Edmonton, a obtenu et exécuté un mandat de perquisition, fondé en partie sur les renseignements fournis par un indicateur confidentiel de la police, relativement à la résidence

of methamphetamine and cocaine, three handguns, a bulletproof vest and paraphernalia for cooking and packaging cocaine. In the same month a second search netted a seizure of 4 kg of cocaine, 6 oz. of methamphetamine, a handgun, and \$55,000. Qureshi and others were charged with a number of drug trafficking and firearms offences.

[8] Defence counsel retained the appellant Ross Barros, a private investigator, to look into the strengths and weaknesses of the Crown's case. Mr. Barros is a retired police officer with 25 years of experience with the Edmonton police service, seven of which were engaged in investigating drug crimes.

[9] Mr. Barros decided to take steps to discover the informer's identity. According to the theory of the prosecution, he met with Qureshi's associates, told them he was working for the defence and was going to find out who had informed on Qureshi. He demanded the associates' cell phone numbers to see if any of them had been in touch with the investigating officer, Sgt. Brezinski. Mr. Barros warned them that the informer in their midst should seek legal advice and contact him so that they could "work this thing together".

[10] Mr. Barros obtained the associates' call records from sources unknown. He also compared the criminal record of each of the associates against the disclosed criminal record of the informer to eliminate potential candidates. He helped identify a polygraph operator, and suggested that those of Qureshi's associates who had not provided their cell phone numbers should instead participate in a polygraph test. He later began approaching individuals, telling each that he "knew" that person was the informer.

d'Irfan Qureshi. La police y a saisi 1,5 kg de méthamphétamine, 1,5 kg de cocaïne, trois pistolets, une veste pare-balles et le nécessaire pour faire cuire et emballer de la cocaïne. Au cours du même mois, une deuxième fouille a permis à la police de saisir 4 kg de cocaïne, 6 oz de méthamphétamine, un pistolet et la somme de 55 000 \$. M. Qureshi et d'autres personnes ont été accusés d'un certain nombre d'infractions relatives au trafic des stupéfiants et aux armes à feu.

[8] Le procureur de la défense a retenu les services de l'appellant, M. Ross Barros, enquêteur privé, pour qu'il apprécie les forces et les faiblesses de la thèse du ministère public. M. Barros est un agent de police à la retraite qui a travaillé pendant 25 ans pour le service de police d'Edmonton; il a consacré sept de ces années à enquêter sur des activités criminelles liées aux stupéfiants.

[9] M. Barros a décidé d'entreprendre des démarches en vue de découvrir l'identité de l'indicateur de police. Selon la thèse de la poursuite, il a rencontré les associés de M. Qureshi et leur a dit qu'il travaillait pour la défense et qu'il allait découvrir l'identité de celui qui avait fourni des renseignements à la police au sujet de M. Qureshi. Il leur a demandé de lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire afin qu'il puisse vérifier si l'un ou l'autre d'entre eux avait contacté l'enquêteur, le sergent Brezinski. Il les a aussi prévenus que l'indicateur parmi eux avait intérêt à consulter un avocat et à communiquer avec lui afin qu'ils puissent [TRADUCTION] « régler ce problème ensemble ».

[10] M. Barros a obtenu de sources inconnues les relevés d'appel des associés. Il a comparé les antécédents judiciaires de chacun de ces derniers avec ceux de l'indicateur qui avaient été divulgués, et ce afin d'éliminer d'éventuels suspects. Il a contribué à trouver un expert en détecteurs de mensonges et a suggéré à ceux des associés de Qureshi qui ne lui avaient pas donné leurs numéros de téléphone cellulaire de se soumettre à un test polygraphique. Il a par la suite abordé certains des associés, disant à chacun d'entre eux qu'il « savait » que c'était lui qui était l'indicateur.

[11] Mirza Kassam, the only one of the associates to testify at trial, said he arrived late at the initial meeting in which Mr. Barros requested the associates' phone numbers. He left his name and number on a piece of Mr. Barros's letterhead. After Kassam missed a subsequent meeting, he was instructed to call Mr. Barros, whom he later met in a parking lot. Mr. Barros told him, "[Y]ou're the informant". Kassam says he denied the accusation but was afraid of falling under suspicion because "out there, informants get killed". Mr. Barros demanded Kassam's cell phone records. Kassam said he felt that if he did not comply, Mr. Barros would conclude that he was the informer. Kassam testified to his belief that Mr. Barros wanted him to confess so that Mr. Barros could put it to the police that he knew who their source was and get the charges dropped. Kassam said that after this meeting, despite his denial, the other associates became very hostile towards him and he feared that he might be killed. (The trial judge found this evidence to be wholly unreliable.)

[12] Mr. Barros eventually arranged a meeting with Sgt. Brezinski for May 6, 2005, at a local golf course. Sgt. Krewenchuk was also present at this meeting. Qureshi had a bail hearing scheduled for the same date. Sgt. Brezinski had already recommended bail for Qureshi on strict conditions. Mr. Barros advised Sgt. Brezinski (up until that time a personal friend) that he knew the identity of the informer but that he had not revealed this information to Qureshi. Nor was he going to advise his retaining counsel of the informer's identity "at this time".

[13] Mr. Barros told Sgt. Brezinski and Sgt. Krewenchuk of several cases Mr. Barros recalled

[11] M. Mirza Kassam, le seul des associés qui a témoigné au procès, a déclaré qu'il était arrivé en retard à la première rencontre, au cours de laquelle M. Barros avait demandé aux associés de lui donner leurs numéros de téléphone. Il a dit avoir inscrit son nom et son numéro de téléphone sur du papier à correspondance officielle de M. Barros. Après avoir manqué une rencontre ultérieure, M. Kassam a eu pour instructions d'appeler M. Barros, qu'il a plus tard rencontré dans un stationnement. M. Barros lui a alors dit : [TRADUCTION] « c'est toi qui est l'indicateur ». M. Kassam affirme avoir nié cette allégation, mais qu'il craignait que M. Barros ne le soupçonne d'être l'indicateur parce que [TRADUCTION] « dans ce milieu, les indicateurs se font tuer ». M. Barros a demandé à M. Kassam de lui fournir les relevés d'appel de son téléphone cellulaire. M. Kassam a affirmé avoir eu l'impression que son défaut d'obtempérer à la demande de M. Barros amènerait ce dernier à conclure que c'était lui qui était l'indicateur. Par ailleurs, il a affirmé dans son témoignage qu'il croyait que M. Barros voulait qu'il passe aux aveux afin que celui-ci puisse dire aux autorités policières qu'il savait de qui elles obtenaient leur information et, ainsi, obtenir qu'elles retirent leurs accusations. Enfin, il a affirmé qu'après cette rencontre les autres associés sont devenus très hostiles à son égard malgré sa dénégaration et qu'il craignait d'être tué. (La juge du procès a conclu que ce témoignage n'était aucunement fiable.)

[12] M. Barros a par la suite organisé une rencontre avec le sergent Brezinski, qui a eu lieu le 6 mai 2005 à un club de golf de la région et à laquelle le sergent Krewenchuk a lui aussi assisté. Le même jour, M. Qureshi devait se présenter à une enquête sur cautionnement. Or, le sergent Brezinski avait déjà recommandé que M. Qureshi soit libéré sous caution, sous réserve de conditions rigoureuses. M. Barros a informé le sergent Brezinski (jusque-là un ami personnel) qu'il connaissait l'identité de l'indicateur, mais qu'il ne l'avait pas révélée à M. Qureshi et que, [TRADUCTION] « pour le moment », il ne la révélerait pas non plus à l'avocat qui avait retenu ses services.

[13] M. Barros a fait part au sergent Brezinski et au sergent Krewenchuk de nombreux cas dont il se

from his time on the Edmonton police force where the charges against an accused were dropped in order to protect the informer once the identity of an informer was discovered. Mr. Barros said that although he had not told anyone about the informer's identity, he would eventually have to report it to defence counsel. Sgt. Brezinski testified that he understood Mr. Barros to be asking him to drop the charges against Qureshi if he didn't want the identity of the informer to be revealed. Sgt. Brezinski told Mr. Barros that he was committing extortion and obstruction of justice.

[14] Mr. Barros was charged with one count of obstructing justice for taking investigative steps to identify a confidential police source "for the purpose of interfering with criminal proceedings" against Irfan Qureshi. He was also charged with two counts of extortion, firstly for attempting to induce Sgt. Brezinski to withdraw the criminal proceedings against Qureshi at the May 6 meeting and, secondly, for inducing or attempting to induce the associates of Qureshi (including Kassam) to give him personal information including cellular phone numbers between March 7 and May 12, 2005.

[15] In a cautioned statement to police on May 13, 2005, following his arrest, Mr. Barros said that he knew the identity of the informer and was aware that the person thus identified would be in danger if this were disclosed, even if his "identification" turned out to be mistaken. He agreed that following the arrest of one of its members, a criminal organization will often attempt to identify and eliminate police informers within their group.

[16] Mr. Barros said in his police statement that he knew from previous experience that the protection of an informer's identity was a paramount concern of the police. He added that he believed it was routine for the Crown and the police to stay the charges against an accused where this became necessary to protect the identity of an informer.

rappelait du temps où il travaillait pour le service de police d'Edmonton où les accusations portées contre un accusé avaient été retirées afin de protéger l'indicateur une fois son identité découverte. M. Barros a affirmé n'avoir révélé à personne l'identité de l'indicateur, mais que tôt ou tard il devrait en faire part au procureur de la défense. Le sergent Brezinski a affirmé dans son témoignage qu'il comprenait que M. Barros lui demandait de retirer les accusations portées contre M. Qureshi s'il ne voulait pas que l'identité de l'indicateur soit révélée. Le sergent Brezinski a dit à M. Barros qu'il commettait une extorsion et une entrave à la justice.

[14] M. Barros a été accusé d'un chef d'entrave à la justice pour avoir mené une enquête en vue d'identifier une source policière confidentielle, et ce, [TRADUCTION] « dans le but d'entraver les procédures criminelles intentées » contre Irfan Qureshi. Il a également été accusé de deux chefs d'extorsion, d'abord pour avoir tenté, lors de la réunion du 6 mai, de persuader le sergent Brezinski d'abandonner les procédures criminelles intentées contre M. Qureshi et, ensuite, pour avoir persuadé ou tenté de persuader, entre le 7 mars et le 12 mai 2005, les associés de M. Qureshi (notamment M. Kassam) de lui donner des renseignements personnels, notamment leurs numéros de téléphone cellulaire.

[15] Dans une déclaration après mise en garde qu'il a faite à la police le 13 mai 2005 à la suite de son arrestation, M. Barros a affirmé qu'il connaissait l'identité de l'indicateur et qu'il savait que cette personne serait en danger si ce renseignement était divulgué, et ce même si l'« identification » s'avérait erronée. Il a reconnu qu'il arrive souvent qu'à la suite de l'arrestation de l'un de ses membres une organisation criminelle tente d'identifier et d'éliminer les indicateurs de police qu'elle compte en son sein.

[16] M. Barros a affirmé dans sa déclaration à la police qu'il savait par expérience que la protection de l'identité d'un indicateur était d'une importance capitale pour la police. Il a ajouté que, selon lui, il arrive souvent que le ministère public et la police suspendent les accusations portées contre un accusé lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger

He offered a number of examples in which he had done so as a police officer. He said, however, that he had been motivated in his investigation of Qureshi's associates to ensure that no harm befell the "source" thus identified.

II. Relevant Statutory Provisions

[17] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

346. (1) [Extortion] Every one commits extortion who, without reasonable justification or excuse and with intent to obtain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done.

(1.1) [Punishment] Every person who commits extortion is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

139. (1) [Obstructing justice] Every one who wilfully attempts in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding,

(a) by indemnifying or agreeing to indemnify a surety, in any way and either in whole or in part, or

(b) where he is a surety, by accepting or agreeing to accept a fee or any form of indemnity whether in whole or in part from or in respect of a person who is released or is to be released from custody,

is guilty of

(c) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(d) an offence punishable on summary conviction.

(2) [Idem] Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is

l'identité d'un indicateur. Il a donné un certain nombre d'exemples où il avait agi ainsi lorsqu'il était agent de police. Il a toutefois affirmé qu'en menant son enquête sur les associés de M. Qureshi il avait pris soin de voir à ce que la « source » identifiée ne subisse aucun préjudice.

II. Dispositions législatives pertinentes

[17] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

346. (1) [Extorsion] Commet une extorsion quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'obtenir quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

(1.1) [Peine] Quiconque commet une extorsion est coupable d'un acte criminel passible :

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

139. (1) [Entrave à la justice] Quiconque volontairement tente de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire :

a) soit en indemnisant ou en convenant d'indemniser une caution de quelque façon que ce soit, en totalité ou en partie;

b) soit étant une caution, en acceptant ou convenant d'accepter des honoraires ou toute forme d'indemnité, que ce soit en totalité ou en partie, de la part d'une personne qui est ou doit être mise en liberté ou à l'égard d'une telle personne,

est coupable :

c) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

d) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(2) [Idem] Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une

guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(3) [Idem] Without restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed,

(a) dissuades or attempts to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence;

(b) influences or attempts to influence by threats, bribes or other corrupt means a person in his conduct as a juror; or

(c) accepts or obtains, agrees to accept or attempts to obtain a bribe or other corrupt consideration to abstain from giving evidence, or to do or to refrain from doing anything as a juror.

676. (1) [Right of Attorney General to appeal] The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

(b) against an order of a superior court of criminal jurisdiction that quashes an indictment or in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction on an indictment;

(c) against an order of a trial court that stays proceedings on an indictment or quashes an indictment; or

(d) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench (Veit J.), Oral Reasons, December 21, 2007*

[18] The trial judge concluded that there was no evidence upon which a reasonable jury could convict on the count of obstruction because Mr. Barros

manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

(3) [Idem] Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée, selon le cas :

a) dissuade ou tente de dissuader une personne, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de témoigner;

b) influence ou tente d'influencer une personne dans sa conduite comme juré, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption;

c) accepte ou obtient, convient d'accepter ou tente d'obtenir un pot-de-vin ou une autre compensation vénale pour s'abstenir de témoigner ou pour faire ou s'abstenir de faire quelque chose à titre de juré.

676. (1) [Le procureur général peut interjeter appel] Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

b) contre une ordonnance d'une cour supérieure de juridiction criminelle qui annule un acte d'accusation ou refuse ou omet d'exercer sa compétence à l'égard d'un acte d'accusation;

c) contre une ordonnance d'un tribunal de première instance qui arrête les procédures sur un acte d'accusation ou annule un acte d'accusation;

d) avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, contre la peine prononcée par un tribunal de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette peine ne soit de celles que fixe la loi.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la juge Veit), motifs prononcés à l'audience le 21 décembre 2007*

[18] La juge du procès a conclu qu'il n'existait aucune preuve permettant à un jury raisonnable de déclarer M. Barros coupable du chef d'accusation

was constitutionally entitled to take investigative steps to identify the informer and his acts were not criminal. She therefore directed a verdict of acquittal on that charge. The two counts of extortion proceeded. Both were dismissed in oral reasons for judgment.

[19] In the trial judge's view, the Crown had not established that Mr. Barros induced or attempted to induce Sgt. Brezinski to withdraw the criminal proceedings against Qureshi. Sgt. Brezinski did not testify that Mr. Barros had explicitly requested the charges be dropped; only that he interpreted Mr. Barros to be asking for this. Accordingly, the prosecution had not proven that Mr. Barros threatened Sgt. Brezinski, nor had it negated any reasonable justification or excuse for his actions. The trial judge emphasized that Mr. Barros had not disclosed the identity to defence counsel and had generally made an effort to "make sure that no one would get hurt" in the course of his dealings with the police (A.R., at p. 17).

[20] Regarding the second count of extortion, the trial judge found that the Crown had proven that Mr. Barros did induce or attempt to induce Qureshi's associates to provide their cell phone numbers, but not that Mr. Barros used threats or violence to do so; nor did it establish the absence of any reasonable justification for his actions. Extortion had not been established beyond a reasonable doubt. Mr. Barros was therefore acquitted on all counts.

B. *Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter J.J.A.), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326*

[21] The Crown appealed both the directed verdict on the charge of obstruction of justice and the

d'entrave à la justice étant donné qu'il avait, en vertu de la Constitution, le droit de faire enquête en vue d'identifier l'indicateur, et que ses actes n'étaient pas criminels. Elle a donc imposé un verdict d'acquiescement quant à ce chef d'accusation. Les deux chefs d'extorsion ont fait l'objet d'un procès. Elle les a rejetés dans des motifs qu'elle a prononcés à l'audience au terme du procès.

[19] Selon la juge du procès, le ministère public n'avait pas établi que M. Barros avait induit ou tenté d'induire le sergent Brezinski à abandonner les procédures criminelles intentées contre M. Qureshi. Le sergent Brezinski n'a pas affirmé dans son témoignage que M. Barros lui avait explicitement demandé de retirer les accusations; il a plutôt déclaré avoir tout simplement déduit que c'est ce qu'il lui demandait de faire. Par conséquent, la poursuite n'avait ni établi que M. Barros avait menacé le sergent Brezinski, ni démontré l'absence de toute justification ou excuse raisonnable de M. Barros relativement à ses actes. La juge du procès a souligné que M. Barros n'avait pas révélé l'identité de l'indicateur au procureur de la défense et que, de manière générale, il avait pris soin, dans ses rapports avec la police, de [TRADUCTION] « voir à ce que personne ne subisse de préjudice » (d.a., p. 17).

[20] En ce qui concerne le deuxième chef d'extorsion, la juge du procès a conclu que le ministère public avait établi que M. Barros avait effectivement induit ou tenté d'induire les associés de M. Qureshi à lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire, mais qu'il n'avait cependant pas prouvé, d'une part, que M. Barros avait eu recours à des menaces ou à la violence, et, d'autre part, qu'il n'y avait aucune justification ou excuse raisonnable relativement à ses actes. Elle a conclu que le ministère public n'avait pas établi hors de tout doute raisonnable qu'il y avait eu extorsion. M. Barros a donc été acquitté des trois chefs d'accusation portés contre lui.

B. *Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2010 ABCA 116, 25 Alta. L.R. (5th) 326*

[21] Le ministère public a interjeté appel du verdict imposé par la juge du procès quant au chef

acquittals on the two charges of extortion. A new trial was ordered on all three charges.

(1) The Majority — Slatter J.A.

[22] Writing for himself and Watson J.A., Slatter J.A. held that the trial judgment contained “some factually based errors that are so egregious as to undermine the whole verdict, and so amount to errors of law” (para. 27). As to the scope of informer privilege rule, he wrote:

Both the existing informer and the potential informer will regard it as equally dangerous regardless of whether their identity is disclosed by the police, or discovered independently by the accused. In either case, their safety is jeopardized, and the willingness of citizens to come forward with important information is compromised. *Leipert* sets out a public policy basis for the privilege that depends on secrecy; the whole privilege cannot be swept away by saying an accused has a private right to expose informers. [para. 46]

Slatter J.A. found that the methods used by Mr. Barros were inherently malevolent and oppressive and inclined to obstruct justice (para. 67). In his view, taking investigative steps to discover the identity of an informer, without more, *prima facie* amounts to obstruction of justice absent a reasonable justification or excuse (para. 68), of which there was none in this case.

[23] On the first extortion charge, Slatter J.A. noted that while the trial judge was entitled to deference on her findings of fact, her conclusions that the meeting between Mr. Barros and Sgt. Brezinski was about Qureshi’s application for bail on the same date, and that Mr. Barros did not threaten Sgt. Brezinski, were unsupported by the evidence. The threatened harm was the possibility of retribution against the informer by Qureshi or members of his group.

d’accusation d’entrave à la justice, d’une part, et des acquittements qu’elle a prononcés relativement aux deux chefs d’accusation d’extorsion, d’autre part. La tenue d’un nouveau procès a été ordonnée relativement aux trois chefs d’accusation.

(1) La majorité — le juge Slatter

[22] S’exprimant en son nom et en celui du juge Watson, le juge Slatter a conclu que le jugement de première instance contenait [TRADUCTION] « des erreurs fondées sur les faits qui [sont] si flagrantes qu’elles [minent] le verdict dans son ensemble et [équivalent] donc à des erreurs de droit » (par. 27). En ce qui concerne la portée de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] L’indicateur aussi bien que la personne qui songe à l’être estimeront que cela est dangereux, peu importe que leur identité soit révélée ou non par la police ou qu’elle soit découverte par l’accusé lui-même. Dans les deux cas, leur sécurité est compromise, tout comme le serait la volonté de citoyens de fournir des renseignements importants. L’arrêt *Leipert* énonce que le privilège est sous-tendu par un principe d’intérêt public tributaire du secret; on ne peut écarter le privilège dans son ensemble en disant qu’un accusé a le droit de dévoiler les noms des indicateurs. [par. 46]

Le juge Slatter a conclu que les méthodes utilisées par M. Barros étaient intrinsèquement malveillantes et abusives et qu’elles tendaient à faire entrave à la justice (par. 67). Selon lui, faire enquête afin de découvrir l’identité d’un indicateur, sans plus, équivaut à première vue à faire entrave à la justice si aucune justification ni excuse raisonnable n’est présentée (par. 68), comme c’est le cas en l’espèce.

[23] En ce qui concerne le premier chef d’accusation d’extorsion, le juge Slatter a souligné que, bien qu’il faille faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait de la juge du procès, sa conclusion que la rencontre entre M. Barros et le sergent Brezinski portait sur la demande de cautionnement de M. Qureshi, qui devait être entendue le même jour, et celle selon laquelle M. Barros n’avait pas menacé le sergent Brezinski, n’étaient pas étayées par la preuve. L’objet de la menace était la possibilité que M. Qureshi ou des membres de son groupe exercent des représailles contre l’indicateur.

[24] On the second charge of extortion, Slatter J.A. concluded that the trial judge had misapprehended the evidence, and that her description of the danger facing a suspected informer as “social pressure” was unreasonable. Mr. Barros did make threats against the associates in order to obtain their phone numbers and call records without reasonable justification and it was a reversible error to conclude otherwise.

(2) The Dissent — Berger J.A.

[25] Berger J.A. argued that the accused was entitled to take steps to investigate the informer in furtherance of his defence. The police and the courts have a duty not to disclose the informer’s identity to defence counsel, but the jurisprudence does not place any such prohibition on the accused or those acting on his behalf. In his view, the majority opinion would transform “the prohibition against revelation to a prohibition against discovery” (para. 117).

[26] The trial judge made a finding that the Crown had failed to establish that the purpose of Mr. Barros in arranging a meeting with Sgt. Brezinski was to stop the proceedings against Qureshi: “It follows that the Crown enjoys no right of appeal in respect of [this] finding which alone is sufficient to dispose of the appeal on count 2” (para. 144).

[27] On the second extortion count, there was no reason to interfere with the findings of the trial judge that Kassam was an unreliable witness and that the other elements of the offence of extortion had not been proven (paras. 149-52). Accordingly, Berger J.A. would have dismissed the Crown appeal in its entirety.

IV. Analysis

[28] The right of an accused to do what he or she can to make full answer and defence is fundamental

[24] Quant au deuxième chef d’accusation d’extorsion, le juge Slatter a conclu que la juge du procès s’était méprise sur la preuve et qu’il était déraisonnable de qualifier de [TRADUCTION] « pression sociale » le danger auquel est confronté l’individu soupçonné d’être indicateur de police. M. Barros a bel et bien proféré des menaces contre les associés afin d’obtenir leurs numéros de téléphone et leurs relevés d’appel, et ce sans fournir de justification raisonnable. Conclure autrement constituait une erreur justifiant l’annulation du verdict.

(2) La dissidence — le juge Berger

[25] Selon le juge Berger, l’accusé pouvait mener une enquête au sujet de l’indicateur aux fins de sa défense. La police et les tribunaux sont tenus de ne pas divulguer l’identité de l’indicateur au procureur de la défense, mais la jurisprudence n’impose pas une telle interdiction à l’accusé ou aux personnes qui agissent pour lui. À son avis, les motifs des juges majoritaires convertiraient [TRADUCTION] « l’interdiction de divulgation en une interdiction d’enquête préalable » (par. 117).

[26] La juge du procès a conclu que le ministère public n’était pas parvenu à établir que le but dans lequel M. Barros avait organisé une rencontre avec le sergent Brezinski était de faire arrêter les procédures intentées contre M. Qureshi : [TRADUCTION] « Il s’ensuit que le ministère public ne jouit d’aucun droit d’appel relativement à [cette] conclusion, ce qui, en soi, est suffisant pour trancher l’appel quant au deuxième chef » (par. 144).

[27] En ce qui concerne le deuxième chef d’accusation d’extorsion, rien ne justifiait de modifier les conclusions de la juge du procès que M. Kassam n’était pas un témoin fiable et que les autres éléments de l’infraction d’extorsion n’avaient pas été établis (par. 149-152). Par conséquent, le juge Berger était d’avis de rejeter complètement l’appel interjeté par le ministère public.

IV. Analyse

[28] Le droit d’un accusé de faire tout en son pouvoir pour présenter une défense pleine et entière est

to criminal justice. Yet informer privilege has been recognized at least since *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199, as an essential element in the investigation of crime and the protection of the public. Once informer privilege is found to exist, no exception or balancing of interests is made except “if upon the trial of a prisoner the judge should be of opinion that the disclosure of the name of the informant is necessary or right in order to show the prisoner’s innocence” (*Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), at p. 498; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at paras. 23-24; and *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 43). However, precisely because informer privilege can place a significant limitation on the activities of the defence, it is important not to extend its scope beyond what is necessary to achieve its purpose of protecting informers and encouraging individuals with knowledge of criminal activities to come forward to speak to the authorities.

[29] In order to assess the ramifications of the extension of informer privilege endorsed by the majority in the Alberta Court of Appeal, it is convenient to set out some of the broad parameters of the relevant law as it presently exists.

A. *The Importance of Informer Privilege*

[30] Police rely heavily on informers. Because of its almost absolute nature, the privilege encourages other potential informers to come forward with some assurance of protection against reprisal. A more flexible rule that would leave disclosure up to the discretion of the individual trial judge would rob informers of that assurance and sap their willingness to cooperate. See *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Leipert*; and *Basi*. The obligation to protect confidential sources clearly goes beyond a rule of evidence and is not limited to the

fondamental en justice pénale. Cependant, c’est au moins depuis l’affaire *The Trial of Thomas Hardy for High Treason* (1794), 24 St. Tr. 199, que le privilège relatif aux indicateurs de police est reconnu comme un élément essentiel des enquêtes criminelles et de la protection du public. Dès lors que l’on conclut à l’existence d’un privilège relatif aux indicateurs de police, aucune exception ni aucune pondération des intérêts ne sont permises, sauf [TRADUCTION] « si au procès d’un accusé le juge est d’avis qu’il est nécessaire ou juste de divulguer le nom de l’indicateur pour démontrer l’innocence du prisonnier » (*Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), p. 498; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 23-24; et *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 43). Toutefois, c’est précisément parce que le privilège relatif aux indicateurs de police peut imposer une restriction importante aux activités de la défense qu’il est important de ne pas étendre sa portée au-delà de ce qui est nécessaire pour qu’il atteigne son objectif de protéger les indicateurs et inciter les personnes au courant d’activités criminelles d’en parler aux autorités.

[29] Pour apprécier les conséquences de l’élargissement de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police à laquelle la Cour d’appel de l’Alberta a souscrit à la majorité, il convient d’énoncer certains des grands paramètres du droit tel qu’il existe actuellement.

A. *L’importance du privilège relatif aux indicateurs de police*

[30] La police compte énormément sur ses indicateurs. Compte tenu de sa nature quasi absolue, le privilège incite d’éventuels indicateurs à se manifester, sachant qu’ils bénéficieront d’une certaine garantie contre les représailles. Or, l’adoption d’une règle plus souple qui accorderait aux juges du procès le pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient ou non de divulguer l’identité des indicateurs de police priverait ces derniers de cette garantie et minerait leur volonté de collaborer. Voir *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S.

courtroom. As the trial judge in this case put it, “The police need help, but people who are available to provide information typically won’t give that information to the police unless they are protected” (A.R., at p. 7).

[31] Of course, not everybody who provides information to the police thereby becomes a confidential informant. In a clear case, confidentiality is explicitly sought by the informer and agreed to by the police. As noted in *Basi*, at para. 36:

The privilege arises where a police officer, in the course of an investigation, guarantees protection and confidentiality to a prospective informer in exchange for useful information that would otherwise be difficult or impossible to obtain.

Bisaillon, however, added that the promise need not be express. It may be implicit in the circumstances:

The rule gives a peace officer the power to promise his informers secrecy expressly or by implication, with a guarantee sanctioned by the law that this promise will be kept even in court, and to receive in exchange for this promise information without which it would be extremely difficult for him to carry out his duties and ensure that the criminal law is obeyed. [Emphasis added; p. 105.]

[32] A claim to informer status is always open to challenge by the defence. The Crown is better able to meet that challenge if it can point to clear evidence of informer status being conferred explicitly rather than after-the-fact supposition. Keeping in mind that informer’s privilege was created and is enforced as a matter of public interest rather than contract, it might be argued that in a situation of serious potential danger, the informer privilege (or other public interest privilege) might apply even in the absence of the contract-type elements of offer and acceptance. However, that question does not

253; *Leipert*; et *Basi*. La portée de l’obligation de protéger les sources confidentielles dépasse manifestement celle d’une simple règle de preuve et elle ne se limite pas à la salle d’audience. Comme la juge du procès l’a dit, [TRADUCTION] « [I]a police a besoin d’aide, mais, en règle générale, les personnes qui peuvent lui fournir des renseignements ne le feront que si elles sont protégées » (d.a., p. 7).

[31] Évidemment, les individus qui fournissent des renseignements à la police n’en deviennent pas tous des indicateurs confidentiels. Dans les cas clairs, l’indicateur demande explicitement que son identité demeure confidentielle et la police accède à sa demande. L’arrêt *Basi* mentionne ce qui suit, au par. 36 :

La question du privilège se pose lorsque, dans le cadre d’une enquête, un policier garantit la protection et la confidentialité d’un indicateur éventuel en échange de renseignements utiles qu’il lui serait difficile ou impossible d’obtenir autrement.

La Cour a toutefois ajouté dans l’arrêt *Bisaillon* qu’il n’est pas nécessaire que la promesse soit explicite. Elle peut être implicite selon les circonstances :

Le principe confère en effet à l’agent de la paix le pouvoir de promettre explicitement ou implicitement le secret à ses indicateurs, avec la garantie sanctionnée par la loi que cette promesse sera tenue même en cour, et de recueillir en contrepartie de cette promesse, des renseignements sans lesquels il lui serait extrêmement difficile d’exercer ses fonctions et de faire respecter le droit criminel. [Je souligne; p. 105.]

[32] La prétention que l’intéressé s’est vu confier le rôle d’indicateur de police peut toujours être contestée par la défense. Or, il sera plus facile au ministère public d’y répondre s’il peut invoquer une preuve claire que ce rôle a été explicitement confié à l’intéressé plutôt que s’il s’agit d’une simple supposition présentée après le fait. En gardant à l’esprit que le privilège relatif aux indicateurs de police a été créé et est appliqué dans l’intérêt public plutôt que d’un point de vue contractuel, on pourrait soutenir qu’en cas de menace de danger important ce privilège (ou tout

arise on the facts of this case and I say no more about the issue.

[33] Unfounded claims to different types of privilege are made from time to time and, as counsel for Mr. Barros points out, there have been cases where the police have claimed informer status in manifestly inappropriate circumstances; see, e.g., *R. v. McCormack*, 2009 CanLII 76382 (Ont. S.C.J.). It would not, I think, be in the interest of justice to accept the proposition of the majority in the Alberta Court of Appeal that would prevent an accused from ascertaining independently of the state whether facts for such a challenge exist. No protection is afforded to a “source” whose conduct goes beyond the provision of information and acts as an “agent provocateur” or is otherwise a material witness to the crime. Both the *agent provocateur* and the material witness play an active role in criminal investigations and proceedings that goes beyond “tipping” the police. Once a police informer goes into the “field” and acts as a police agent, the informer privilege is no longer applicable to prevent disclosure of his or her identity in respect of the events in which he or she acted as an agent: *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at pp. 607-9; *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.), at p. 303; *R. v. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465 (Ont. C.A.). This does not mean, of course, that the informer loses protection in other cases where he or she has not stepped out of the protected role.

[34] This Court in *Leipert* held that the rule of non-disclosure binds the state unless the accused can establish “a basis on the evidence for concluding that disclosure of the informer’s identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused [M]ere speculation that the information might assist the defence is insufficient” (*per* McLachlin J., at para. 21 (emphasis added)). This is the “innocence at stake” exception to the general

autre privilège d’intérêt public) pourrait s’appliquer même en l’absence des éléments de nature contractuelle d’offre et d’acceptation. Toutefois, la question ne se pose pas eu égard aux faits de l’espèce et je ne m’y attarderai pas davantage.

[33] Il arrive de temps à autre que l’on invoque divers types de privilège en l’absence de tout fondement, et, comme le souligne l’avocat de M. Barros, il est déjà arrivé que la police revendique le privilège relatif aux indicateurs de police dans des circonstances manifestement inappropriées; voir, p. ex., *R. c. McCormack*, 2009 CanLII 76382 (C.S.J. Ont.). Selon moi, il ne serait pas dans l’intérêt de la justice de souscrire à l’affirmation des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta, qui empêcherait tout accusé de déterminer sans le concours de l’État si les faits permettent ou non une telle contestation. Aucune protection n’est accordée à la « source » dont la conduite va au-delà de la fourniture de renseignements et qui agit comme « agent provocateur » ou est par ailleurs un témoin important du crime. L’agent provocateur et le témoin important ont tous les deux une part active dans toute enquête et procédure criminelles, et leur rôle ne se borne pas au simple fait de donner un « tuyau » à la police. À partir du moment où l’indicateur se rend sur le « terrain » et se met à agir comme un agent de la police, le privilège relatif aux indicateurs de police, qui empêcherait la divulgation de son identité, cesse de s’appliquer à l’égard des événements dans le cadre desquels il agit comme agent : *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, p. 607-609; *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.), p. 303; *R. c. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465 (C.A. Ont.). Bien entendu, cela ne veut pas dire que l’indicateur perd la protection dans les autres cas où il n’a pas outrepassé les limites de son rôle.

[34] La Cour a conclu dans l’arrêt *Leipert* que la règle de non-divulgation lie l’État, sauf si l’accusé parvient à établir que « la preuve [révèle] l’existence d’un motif de conclure que la divulgation de l’identité de l’indicateur est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé [. . .] [L]a simple supposition [que les renseignements] pourraient être utiles à la défense [est] insuffisante » (la juge McLachlin, par. 21 (je souligne)). Il s’agit là de la « démonstration

public interest obligation *of the state* to protect the confidentiality of informer identity. The importance of informer privilege should not be allowed to trump “the right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt [which] has always remained paramount” (*Scott*, at pp. 995-96).

[35] The courts will enforce the privilege where it is applicable whether it is claimed or not (*Bisaillon*, at pp. 84 and 88; *Basi*, at para. 38), and, as stated, without the balancing of competing interests that applies to some other forms of privilege such as journalistic privilege, *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, or public interest privilege generally, *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, unless the protection is waived by the informer and the state: *Basi*, at para. 40; *Named Person*, at paras. 22-23; *Leipert*, at paras. 12-15; and *Bisaillon*, at p. 93.

[36] These general principles accommodate the rights of the accused and the interests of society and it is important that this equilibrium be retained. The argument of Mr. Barros is that the extension of informer privilege to prohibit any efforts by an accused to identify *independently of the state* the identity of the source would upset this equilibrium. I agree with that concern.

B. Was Mr. Barros Bound by Informer Privilege?

[37] The duty to protect and enforce informer privilege rests on the police, the Crown, and the courts, but we have been referred to no prior case where the duty has been extended to the accused and his or her representatives such as Mr. Barros apart from the exceptional case of inadvertent disclosure to defence counsel: see *R. v. Hirscholtz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174, and R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at pp. 2-43 and 2-44. There is no authority for the proposition

de l'innocence de l'accusé », exception à l'obligation générale d'intérêt public *qui incombe à l'État* de protéger la confidentialité de l'identité de l'indicateur. L'importance du privilège relatif aux indicateurs de police ne doit pas l'emporter sur « le droit[, qui a toujours primé,] d'une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité » (*Scott*, p. 995-996).

[35] Les tribunaux appliqueront le privilège lorsque c'est possible de le faire, qu'il soit revendiqué ou non (*Bisaillon*, p. 84 et 88; *Basi*, par. 38), et, comme il a été mentionné, sans la pondération d'intérêts opposés qui doit être faite dans le cas de certaines autres formes de privilège, tels le privilège journalistique, *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, ou, d'une manière générale, le privilège de l'intérêt public, *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à moins que l'indicateur et l'État ne renoncent à la protection : *Basi*, par. 40; *Personne désignée*, par. 22-23; *Leipert*, par. 12-15; et *Bisaillon*, p. 93.

[36] Ces principes généraux tiennent compte des droits de l'accusé et des intérêts de la société, et il est important que cet équilibre soit maintenu. L'argument de M. Barros est que l'élargissement de la portée du privilège relatif aux indicateurs de police en vue d'empêcher les accusés de faire quoi que ce soit *sans le concours de l'État* afin d'identifier des sources bouleverserait cet équilibre. Je conviens également que cette question est préoccupante.

B. M. Barros était-il lié par le privilège relatif aux indicateurs de police?

[37] C'est à la police, au ministère public et aux tribunaux qu'il incombe de protéger et d'appliquer le privilège relatif aux indicateurs de police, mais aucune jurisprudence n'a été portée à notre attention où ce devoir aurait été étendu à l'accusé et à ses représentants, comme M. Barros, sauf dans le cas exceptionnel de la divulgation par inadvertance au procureur de la défense : voir *R. c. Hirscholtz*, 2004 SKQB 17, [2006] 1 W.W.R. 174, et R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 2-43

that the substantive rule of confidentiality means that an accused and his representatives are prohibited from attempting to identify an informant for a lawful purpose and by lawful means. From the perspective of an accused, discovery of the identity of a source, and the circumstances under which his or her information was obtained by the police, may legitimately play a role in making out a full answer and defence. There are occasions mentioned in the cases where the “source” turned out to be non-existent, wholly unreliable, or had participated in an entrapment. In *McCormack*, for example, it was held that the police had deliberately misrepresented three sources, two of whom they had instructed to act as agents and one of whom was a civilian employee of the police force, as confidential informers simply as an “investigative technique” (paras. 7-21).

[38] Informers come in all shapes and sizes, from the concerned neighbour who calls “Crime Stoppers” about alleged child abuse next door to the drug dealer or the office whistleblower. Some informers are model citizens, others not so much so; some act in the public interest while others may be driven by motives that are wholly unsavoury. The defence is entitled to do what it can to poke holes in the prosecution’s case, provided that the methods used are otherwise lawful. An accused is within his or her rights to gather whatever information may raise a reasonable doubt even where the conditions triggering the “innocence at stake” exception are not satisfied. That exception pertains to disclosure *by the state* of the informer’s identity, not to information obtained by the defence through its own resources.

[39] Criminalizing efforts by the defence to ascertain the identity of the source independently of the Crown would in many cases render illusory the right to challenge his or her “informer” status. The Crown ought not to be able to rely

et 2-44. La jurisprudence ne permet pas d’affirmer que, selon la règle de fond en matière de confidentialité, il est interdit aux accusés et à leurs représentants de tenter de découvrir l’identité d’un indicateur par des moyens licites et en vue d’atteindre un objectif légitime. Du point de vue d’un accusé, la découverte de l’identité d’une source et les circonstances dans lesquelles son information a été obtenue par la police peuvent légitimement jouer un rôle dans la préparation d’une défense pleine et entière. La jurisprudence fait état de cas où la « source » n’existait tout simplement pas, a été jugée aucunement digne de foi, ou avait participé à une provocation policière. Dans *McCormack*, par exemple, il a été conclu que la police avait fait une déclaration délibérément fausse voulant que trois sources — deux à qui elle avait ordonné d’agir comme agents et une autre qui travaillait pour elle à titre d’employé civil — étaient des indicateurs confidentiels, et ce, en tant que simple [TRADUCTION] « technique d’enquête » (par. 7-21).

[38] Il existe toutes sortes d’indicateurs, qui vont du voisin inquiet qui communique avec « Échec au crime » à propos d’un enfant qu’il croit maltraité au trafiquant de stupéfiants, en passant par l’employé dénonciateur. Certains indicateurs sont des citoyens exemplaires, d’autres le sont moins; certains agissent dans l’intérêt public alors que d’autres agissent dans des buts répugnants. La défense a le droit de faire tout ce qu’elle peut pour affaiblir la thèse de la poursuite pourvu que les méthodes qu’elle utilise soient par ailleurs licites. Tout accusé a le droit de recueillir n’importe quel renseignement susceptible de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, et ce même si les conditions à remplir pour que s’applique l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ne sont pas réunies. Cette exception a trait à la divulgation *par l’État* de l’identité de l’indicateur et non pas aux renseignements obtenus par la défense grâce à ses propres moyens.

[39] La criminalisation des efforts déployés par la défense sans le concours du ministère public afin de connaître l’identité de la source rendrait illusoire, dans plusieurs cas, le droit de contester la prétention que l’intéressé s’était vu confié le rôle

on the prohibition against disclosure by the state of allegedly privileged information to prevent an independent defence investigation that may yield information which will result in the rejection of the privilege claim itself.

[40] The majority in the court below held that apart from the “innocence at stake” exception an accused has no “right” to disclosure of a confidential informant’s identity (para. 41). This is true, but the question is not whether he has a “right” to disclosure. He certainly has a “right” under s. 7 of the *Charter* to defend himself and, generally speaking, what is not prohibited by law (or professional ethics in the case of defence counsel) is permitted.

[41] Whether an investigation has crossed a line into obstruction of justice must be determined on a case-by-case evaluation of the totality of circumstances, which may include the methods and purpose of the defence investigation, and the use to which any information obtained is put. If all the elements of the offence of obstruction are met, a bald assertion that the investigation furthers the mounting of a full answer and defence will not excuse otherwise unlawful conduct.

[42] In much the same vein, the fact that an independent investigation of a police informer is permissible (so long as it is carried out in a manner that does not cross the line into criminality) does not mean that the investigator is free to use the fruits of an investigation as he or she sees fit. Where an informant is in a position of significant danger, as is frequently the case in dealing with organized crime and drug trafficking offences, the investigation must proceed in a responsible manner with due regard to the potential of obstructing justice.

d’« indicateur ». Le ministère public ne devrait pas pouvoir invoquer l’interdiction faite à l’État de divulguer des renseignements prétendument protégés afin d’empêcher la défense de mener une enquête indépendante susceptible de lui fournir des renseignements qui mèneraient au rejet de la revendication du privilège.

[40] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que, mise à part l’exception relative à la [TRADUCTION] « démonstration de l’innocence de l’accusé », les accusés n’ont pas le « droit » d’obtenir la divulgation de l’identité d’indicateurs confidentiels (par. 41). C’est vrai, mais la question n’est pas de savoir s’ils jouissent de ce « droit » ou non. Ils ont certainement le « droit » de se défendre en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, et, de façon générale, ce qui n’est pas interdit par la loi (ou par la déontologie dans le cas d’un procureur de la défense) est permis.

[41] La question de savoir si une enquête s’est muée en entrave à la justice doit être tranchée au cas par cas, sur la base d’une appréciation de l’ensemble des circonstances, ce qui peut comprendre les méthodes utilisées par la défense dans le cadre de son enquête, l’objet même de l’enquête, et l’utilisation qui a été faite des renseignements obtenus. Si tous les éléments de l’infraction d’entrave à la justice sont établis, la simple affirmation que l’enquête contribue à la présentation d’une défense pleine et entière ne pourra justifier un comportement qui autrement est illicite.

[42] Dans le même ordre d’idée, le fait qu’il soit permis de faire une enquête indépendante au sujet d’un indicateur de police (à condition que l’enquête soit menée d’une manière qui ne revêt aucun caractère criminel) ne signifie pas que l’enquêteur peut utiliser les fruits de son enquête comme bon lui semble. Dans les cas où l’indicateur est exposé à un danger important, comme cela arrive souvent lorsqu’il est question de crime organisé et d’infractions relatives au trafic de stupéfiants, il convient de mener l’enquête de façon responsable, en tenant compte de la possibilité qu’il y ait entrave à la justice.

[43] Discussions with prosecutors or police officers carry particular dangers. These individuals are bound to protect the identity of informers, and efforts to elicit information they are not permitted to disclose will not be tolerated.

[44] Accordingly, the general prohibition against defence investigation propounded in the court below is too broad, in my respectful opinion. The state will refuse to disclose any information that would tend to reveal an informer's identity, and this will be enforced in the public interest, but the defence, including in this case Mr. Barros in his function as private investigator, is not bound by any such duty in undertaking its own investigation independently of the courts and the prosecution. Of course, a lawful activity may be pursued by unlawful means or for an unlawful purpose, but that is a different issue and one that is raised on the facts of this case and to which I now turn.

C. *Obstruction of Justice*

[45] This count in the indictment was disposed of by the trial judge by way of a directed verdict. The Crown alleged that the appellant

did unlawfully and wilfully attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice by taking investigative steps to identify a confidential police source for the purpose of interfering with criminal proceedings against Irfan Qureshi, contrary to section 139(2) of the Criminal Code of Canada.

[46] The gist of the charge is not *just* that the appellant sought the name of the police informer, but that he did so “for the purpose of interfering with criminal proceedings”, i.e. to have the charges against Qureshi dropped. This, if established, was not information gathering for a lawful purpose. Section 139 describes a crime that is complete upon proof of an attempt without the necessity of success or actual completion: *R. v. Hearn*, [1989] 2 S.C.R. 1180. The offence is framed broadly. The necessary limit is found in the obligation of the Crown to prove the mental element: *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 52. There

[43] Avoir des échanges avec des procureurs ou des agents de police comporte certains dangers. Or, ces personnes sont tenues de protéger l'identité des indicateurs, et toute manœuvre tendant à leur soutirer des renseignements qu'ils n'ont pas l'autorisation de divulguer ne saurait être tolérée.

[44] En toute déférence, j'estime donc que l'interdiction générale visant les enquêtes menées par la défense que préconise la Cour d'appel est trop large. L'État refusera, dans l'intérêt public, de divulguer tout renseignement tendant à révéler l'identité d'un indicateur, mais la défense, notamment, en l'espèce, M. Barros en sa qualité d'enquêteur privé, n'est pas liée par une telle obligation alors qu'elle mène sa propre enquête indépendamment des tribunaux et de la poursuite. Bien entendu, on peut mener une activité licite en utilisant des moyens illicites ou en poursuivant un but illicite, mais il s'agit là d'une tout autre question que soulèvent les faits de l'espèce et que je vais maintenant examiner.

C. *Entrave à la justice*

[45] Ce chef d'accusation a fait l'objet d'un verdict imposé par la juge du procès. Or, le ministère public a soutenu ce qui suit au sujet de l'appellant :

[TRADUCTION] [il] a bel et bien tenté illégalement et volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice en menant une enquête en vue d'identifier une source policière confidentielle dans le but de nuire aux procédures criminelles intentées contre Irfan Qureshi, et ce, en contravention du par. 139(2) du Code criminel du Canada.

[46] L'accusation ne porte pas *seulement* sur le fait que l'appellant a tenté de découvrir le nom de l'indicateur de police, mais aussi sur le fait qu'il a agi [TRADUCTION] « dans le but de nuire aux procédures criminelles », c'est-à-dire de faire retirer les accusations portées contre M. Qureshi. Si le bien-fondé de cette allégation est établi, alors la cueillette de renseignements ne visait pas un objectif légitime. Le crime prévu à l'art. 139 est considéré comme ayant été commis lorsqu'il est établi que l'accusé a tenté d'accomplir l'un ou l'autre des actes qui y sont décrits, et ce sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il a atteint son objectif ou qu'il est parvenu à

was evidence against Mr. Barros that, if believed, would establish an intent to obstruct justice.

[47] The trial judge directed a verdict of acquittal on this charge because, in part

[t]he doing of a lawful act, here identifying a police informant, does not in itself constitute an obstruction of justice; at the most, it might constitute preparation for an attempt to obstruct justice if the information concerning the police informant is used in a way which tends to obstruct the administration of justice. Without more, the mere taking of investigative steps to determine the identity of an informant cannot result in an injustice or an affront to the system of justice. [para. 22]

[48] A directed verdict is not available if there is any admissible evidence, whether direct or circumstantial which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction: *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, at paras. 1-4; *R. v. Bigras*, 2004 CanLII 21267 (Ont. C.A.), at paras. 10-17. Whether or not the test is met on the facts is a question of law which does not command appellate deference to the trial judge. An error of law grounds a Crown appeal under s. 676 of the *Criminal Code*.

[49] In my view, the trial judge erred in directing a verdict of acquittal on this charge. In characterizing the conduct of Mr. Barros as mere “preparation”, the trial judge failed to take into account the entire chain of events. There *was* evidence which, if believed, went far beyond the preparation stage. As Slatter J.A. pointed out, once Mr. Barros thought he had discovered the informer’s identity, he set up a meeting with Sgt. Brezinski to explain his “dilemma”, namely that if the charges were not dropped, Mr. Barros would “be forced to

commettre l’acte en question : *R. c. Hearn*, [1989] 2 R.C.S. 1180. L’infraction est définie de façon large. La limite qu’il convient d’y imposer se trouve dans l’obligation du ministère public de prouver l’élément mental : *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 52. Or, il existe des preuves contre M. Barros qui, si on leur ajoutait foi, établiraient l’intention d’entraver la justice.

[47] La juge du procès a imposé un verdict d’acquittement relativement à ce chef d’accusation, notamment pour les motifs suivants :

[TRADUCTION] L’accomplissement d’un acte légitime, en l’occurrence l’identification d’un indicateur de police, ne constitue pas en soi une entrave à la justice; il constitue tout au plus un préparatif en vue de faire une tentative d’entrave à la justice si les renseignements concernant l’indicateur de police sont utilisés d’une manière qui tend à entraver l’administration de la justice. La simple enquête visant à déterminer l’identité d’un indicateur ne saurait à elle seule résulter en une injustice ou une atteinte au système de justice. [par. 22]

[48] Le juge ne peut imposer un verdict s’il existe un quelconque élément de preuve directe ou circonstancielle admissible qui, s’il était accepté par un jury correctement instruit agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité : *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 1-4; *R. c. Bigras*, 2004 CanLII 21267 (C.A. Ont.), par. 10-17. La question de savoir si le critère juridique est satisfait eu égard aux faits est une question de droit qui ne commande pas, en appel, de déférence envers le juge du procès. Selon l’article 676 du *Code criminel*, le ministère public peut introduire un recours devant la cour d’appel si une erreur de droit a été commise.

[49] Selon moi, la juge du procès a commis une erreur en imposant un verdict d’acquittement relativement à cette accusation. En qualifiant le comportement de M. Barros de simple « préparation », la juge du procès a omis de prendre en compte la suite des événements dans son ensemble. Il *existait* certains éléments de preuve qui, si on y avait ajouté foi, auraient établi que le comportement de l’intéressé allait bien au-delà de la simple préparation. Comme le juge Slatter l’a souligné, dès que M. Barros a conclu qu’il avait découvert l’identité de

write a letter to [his instructing counsel] outlining his investigation”, and whatever counsel did with that information would be up to him (R.R., vol. I, at pp. 50-56, and vol. IV, at p. 22). Mr. Barros pointed out to the Edmonton police officers that his invariable experience was that in these circumstances, the charges would be stayed. He also noted that his retaining counsel had actually used such information in the past to obtain a stay of charges. He regarded it as a proper and available *modus operandi* for the defence.

[50] While I do not agree with the Court of Appeal that “undermining the privilege by attempting to identify an informer *prima facie* amounts to obstruction” (para. 68), I do agree that a trier of fact might reasonably conclude that the evidence in *this* case taken as a whole, if believed, demonstrated an intent to obstruct unlawfully the trial on the merits of the charges against Qureshi.

[51] I conclude that to direct a verdict of acquittal on the obstruction of justice charges was an error of law justifying a new trial.

D. *Extortion to Obtain Withdrawal of Charges Against Qureshi*

[52] It is common ground that no appeal lies from the trial judge’s acquittal of Mr. Barros on the extortion charges except on a question of law; see s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609. Although in *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, the Court held that the reasonableness of a conviction raised an issue of law (“[w]hether a conviction can be said to be unreasonable, or not supported by the evidence, imports in every case the application of a legal standard” (para. 23)), there is no corresponding right of the Crown to appeal what it considers

l’indicateur, il a organisé une rencontre avec le sergent Brezinski pour lui exposer son « dilemme », à savoir que si les accusations n’étaient pas retirées, il se verrait alors [TRADUCTION] « dans l’obligation d’écrire une lettre [à l’avocat qui avait retenu ses services] pour lui décrire l’enquête qu’il avait faite », et que ce dernier pourrait utiliser ces renseignements comme bon lui semblait (d.i., vol. I, p. 50-56, et vol. IV, p. 22). M. Barros a mentionné aux agents de la police d’Edmonton que, selon son expérience, les accusations étaient invariablement suspendues dans de telles circonstances. Il a également souligné que son avocat s’était déjà servi de tels renseignements dans le passé afin d’obtenir une suspension des accusations portées contre son client. Selon lui, la défense pouvait légitimement agir ainsi.

[50] Bien que je ne sois pas d’accord avec la Cour d’appel que [TRADUCTION] « miner le privilège en tentant d’identifier un indicateur constitue à première vue une entrave à la justice » (par. 68), je conviens qu’un juge des faits pourrait raisonnablement conclure qu’en l’espèce l’ensemble de la preuve, si on y ajoute foi, démontre une intention de faire illégalement entrave à l’instruction sur le fond des accusations portées contre M. Qureshi.

[51] Je conclus que l’imposition d’un verdict d’acquittal relativement aux accusations d’entrave à la justice constituait une erreur de droit justifiant la tenue d’un nouveau procès.

D. *Extorsion visant à obtenir le retrait des accusations portées contre M. Qureshi*

[52] Nul ne conteste qu’on ne puisse en appeler de l’acquittal de M. Barros prononcé par la juge du procès relativement aux accusations d’extorsion, sauf sur une question de droit; voir l’al. 676(1)(a) du *Code criminel*; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609. Bien que la Cour ait conclu, dans *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, que le caractère raisonnable d’une *déclaration de culpabilité* soulevait une question de droit (« [I]a question de savoir si on peut dire qu’une déclaration de culpabilité est déraisonnable ou ne s’appuie pas sur la preuve même, dans chaque cas, à l’application

to be an unreasonable *acquittal*, as Arbour J. made clear in *Biniaris* itself, at para. 32:

There can be no suggestion that the Crown's right of appeal at first instance is being enlarged or expanded to include "unreasonable acquittals" as a result of the determination that the reasonableness of a verdict is a "question of law" as well as a "question of law alone". As before, the Crown is barred from appealing an acquittal on the sole basis that it is unreasonable, without asserting any other error of law leading to it.

However, if a trial judge misdirects himself or herself on the law to be applied to the facts, an error of law will be committed sufficient to ground a Crown appeal under s. 676; see *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57:

... the essential caveat [is] that the "misapprehension" or "lack of appreciation" of the relevant evidence must have been the result of the trial judge's misdirection of himself or herself as to the applicable law [p. 75]

I share the view of Slatter J.A. that the trial judge misdirected herself in this case on the *legal* character of the "threats, accusations, menaces or violence" as well as other elements of the offence necessary to support a conviction.

[53] Extortion requires the Crown to establish beyond a reasonable doubt (i) that the accused has induced or attempted to induce someone to do something or to cause something to be done; (ii) that the accused has used threats, accusations, menaces or violence; (iii) that he or she has done so with the intention of obtaining something by the use of threats; and (iv) that either the use of the threats or the making of the demand for the thing sought to be obtained was without reasonable justification or excuse: see *R. v. Natarelli*, [1967] S.C.R. 539; D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005).

[54] Of particular pertinence in *Natarelli* is the instruction by Cartwright J. (later Chief Justice),

d'une norme juridique » (par. 23)), le ministère public ne jouit pas d'un droit corrélatif d'en appeler de ce qu'il estime être un *acquiescement* déraisonnable. Comme l'a dit clairement la juge Arbour dans *Biniaris*, au par. 32 :

On ne saurait laisser entendre que, de prime abord, le droit d'appel du ministère public est élargi de manière à viser les « acquiescements déraisonnables » en raison de la décision que le caractère raisonnable d'un verdict est à la fois une « question de droit » et une « question de droit seulement ». Comme c'était le cas auparavant, il est interdit au ministère public d'en appeler d'un verdict d'acquiescement pour la seule raison qu'il est déraisonnable, sans invoquer quelque autre erreur de droit à l'origine de ce verdict.

Toutefois, si le juge du procès se méprend quant au droit applicable aux faits, il aura commis une erreur de droit suffisante pour justifier le dépôt d'un appel de la part du ministère public en vertu de l'art. 676; voir *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57 :

... l'élément essentiel que la « mauvaise compréhension » ou « l'absence d'appréciation » de la preuve pertinente doit avoir résulté de l'application de considérations erronées du juge du procès quant au droit applicable . . . [p. 75]

Je partage l'avis du juge Slatter que la juge du procès s'est trompée dans la façon dont elle a qualifié, sur le plan *juridique*, les [TRADUCTION] « menaces, accusations ou violence » ainsi que d'autres éléments de l'infraction nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité.

[53] Pour prouver qu'il y a eu extorsion, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que (i) l'accusé a induit ou tenté d'induire quelqu'un à accomplir ou à faire accomplir quelque chose, (ii) qu'il a eu recours à des menaces, des accusations, ou de la violence, (iii) qu'il a agi de la sorte avec l'intention d'obtenir ce quelque chose par recours à des menaces, et (iv) que son recours à des menaces ou sa demande faite en vue d'obtenir ce quelque chose était sans justification ou excuse raisonnable : voir *R. c. Natarelli*, [1967] R.C.S. 539; D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005).

[54] Ce qui est particulièrement pertinent dans *Natarelli*, c'est que le juge Cartwright (plus tard

speaking for the Court, that “one item in the accused’s course of conduct” is not to be isolated, but taken in the context of the “course of conduct considered in its entirety” (p. 546). Although Cartwright J. was speaking in relation to whether the conduct was “justifiable or excusable”, his observation applies with equal force to all of the elements of the charge of extortion.

[55] The need to view the conduct of the accused in its entirety and in context was further addressed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. v. It was argued in that case that extortion was not made out because the “threats”, however distasteful, were not themselves unlawful. Doherty J.A. commented:

When an accused charged with extortion has used threats in an attempt to collect a legitimate debt, the trier of fact must consider all of the circumstances, including the nature of the threat and the nature of the demand, to determine whether the Crown has proved beyond a reasonable doubt that there was no reasonable justification or excuse for the threat. [para. 84]

(See also *R. v. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361.)

The Crown’s position is that the trial judge failed to consider the relevant events in context and misapplied the proper legal test. In the result, it argues, her analysis was flawed by a series of *legal* errors.

[56] Count 2 of the indictment alleges that the appellant

did, without reasonable justification or excuse and with intent to obtain an end to criminal proceedings against Irfan Qureshi, by threats, accusations, menaces or violence induce or attempt to induce Detective Kevin Brezinski to take steps to cease criminal proceedings against Irfan Qureshi . . .

Juge en chef) a souligné, s’exprimant au nom de la Cour, qu’il ne faut pas considérer isolément [TRADUCTION] « un aspect particulier du comportement de l’accusé », mais plutôt l’examiner dans le contexte de « l’ensemble du comportement » (p. 546). Même si le juge Cartwright traitait de la question de savoir si le comportement était « justifiable ou excusable », son observation s’applique avec autant de force à l’ensemble des éléments de l’accusation d’extorsion.

[55] La nécessité d’examiner le comportement de l’accusé dans son ensemble et en contexte a été examinée davantage par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233, demande d’autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. v. On prétendait dans cette affaire que l’extorsion n’avait pas été établie parce que les « menaces », aussi répugnantes étaient-elles, n’étaient pas elles-mêmes illégales. Le juge Doherty a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le cas où la personne accusée d’extorsion a eu recours à des menaces en vue de recouvrer une créance légitime, le juge des faits doit examiner l’ensemble des circonstances, notamment la nature de la menace et celle de la demande, pour déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l’accusé a fait les menaces sans justification ou excuse raisonnable. [par. 84]

(Voir également *R. c. Royz* (2008), 248 O.A.C. 361.)

Le ministère public soutient que la juge du procès n’a pas examiné les événements pertinents dans leur contexte et qu’elle a mal appliqué le critère juridique approprié. Par conséquent, soutient-il, son analyse était entachée d’une série d’erreurs *de droit*.

[56] Le deuxième chef d’accusation mentionne ce qui suit au sujet de l’appellant :

[TRADUCTION] . . . a, par menaces, accusations ou violence, sans justification ou excuse raisonnable et avec l’intention d’obtenir que les procédures criminelles intentées contre M. Irfan Qureshi soient abandonnées, induit ou tenter d’induire le détective Kevin Brezinski à prendre des mesures en vue d’obtenir l’arrêt des procédures criminelles intentées contre M. Irfan Qureshi . . .

[57] The trial judge concluded that Mr. Barros had not engaged in conduct prohibited by s. 346 and thus “since in my view there were no threats, of course the third element [*mens rea*] also is not proved” (A.R., at p. 12). Her conclusion regarding the intent of Mr. Barros was therefore linked to her view of what constitutes a “threat” in law.

[58] In my respectful view, the trial judge made two errors of law that vitiate her verdict of acquittal on this count:

- (i) she failed to consider elements of the conduct of Mr. Barros in the context of his entire course of behaviour, contrary to *Natarelli*;
- (ii) she adopted an erroneously narrow view of what conduct is in law *capable* of constituting a threat or menace. In what can be taken as a summary of her approach to this branch of the case she stated that “it is not every pressure that qualifies as the threat that is meant in the Parliament’s definition of ‘extortion’” (A.R., at p. 12 (emphasis added)).

(i) The Appellant’s Conduct

[59] The first task is to identify the “something” sought by Mr. Barros by alleged threats or menaces and the person from whom this was sought. The indictment identifies the “something” as obtaining “an end to criminal proceedings against Irfan Qureshi” and accuses the appellant of seeking to obtain this by inducing or attempting “to induce Detective Kevin Brezinski to take steps” to withdraw the charges against Qureshi. This is alleged to have happened during the golf course meeting of May 6. Because this is closely related to the alleged use of threats by Mr. Barros, I will now turn to that point.

[57] Selon la juge du procès, M. Barros ne s’était pas conduit de façon prohibée par l’art. 346, ce qui l’a amenée à tirer la conclusion suivante : [TRADUCTION] « comme je suis d’avis qu’aucune menace n’a été proférée, il va de soi que le troisième élément [*la mens rea*] n’a pas non plus été établi » (d.a., p. 12). Sa conclusion concernant l’intention de M. Barros était donc liée à sa conception de ce qui constitue une « menace » en droit.

[58] En toute déférence, j’estime que la juge du procès a commis deux erreurs de droit qui vicient son verdict d’acquiescement relativement à ce chef :

- (i) elle a omis de prendre en compte certains des actes posés par M. Barros dans le contexte de l’ensemble de son comportement, et ce, contrairement à ce qui est préconisé dans *Natarelli*;
- (ii) elle a adopté à tort un point de vue étroit quant à savoir quel comportement *peut*, en droit, constituer une menace. Dans ce que l’on peut considérer comme un résumé de son approche à l’égard de cet aspect du dossier, elle a affirmé que [TRADUCTION] « les pressions ne peuvent pas toutes être qualifiées de menace au sens de la définition d’“extorsion” prévue par le législateur » (d.a., p. 12 (je souligne)).

(i) Le comportement de l’appelant

[59] La première étape consiste à identifier, d’une part, la « chose » que M. Barros cherchait à obtenir en proférant les menaces qui lui sont reprochées et, d’autre part, la personne à qui il l’a demandée. L’acte d’accusation mentionne que cette « chose » est [TRADUCTION] « l’arrêt des procédures criminelles intentées contre M. Irfan Qureshi », et il reproche à l’appelant d’avoir cherché à l’obtenir en induisant ou en tentant « d’induire le détective Kevin Brezinski à prendre des mesures » en vue de retirer les accusations portées contre M. Qureshi. Cela se serait produit au cours de la rencontre du 6 mai au terrain de golf. Puisque cela est intimement lié aux menaces que M. Barros aurait proférées, je me pencherai maintenant sur ce point.

(ii) The Appellant's Use of Threats

[60] It is true that Mr. Barros did not come right out and say that if the police did not drop the charges against Qureshi the “source” would suffer bad consequences. On the other hand, the law does not require the person accused of extortion to act clumsily and without subtlety. What is required is that the message be sent in words definite enough to convey to a person of ordinary intelligence *in the position of Sgt. Brezinski*, taking into account his shared police background with Mr. Barros, a threat of harm to his “secret source” if the prosecution was not ended. The trial judge was not prepared to view the alleged threat of Mr. Barros in this broader context. She stated:

With respect to dropping the charges, in particular, there was no request made, not even Brezinski said so, that Barros asked for the charges to be dropped. The dropping of the charges was an interpretation that Brezinski made of Barros' intention in raising the issue of the informant with Brezinski. [A.R., at p. 10]

[61] The key element, as the Court recognized in *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, is the relationship between the alleged threats, etc. and the complainant's freedom of choice:

Extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. It punishes those who, through threats, accusations, menaces, or violence induce or attempt to induce their victims into doing anything or causing anything to be done. . . . [T]he victim may be coerced into doing something he or she would otherwise have chosen not to do. [References omitted; para. 45.]

Accordingly, a veiled reference may constitute a threat if it is sufficient, in light of all the circumstances, to convey to the complainant the consequences which he or she fears or would prefer to avoid: *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (Man. C.A.), at p. 172. The courts have elsewhere adopted a similar contextual interpretation: *R. v. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262, at paras. 11-13; *R. v. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438 (Que. C.A.).

(ii) Le recours par l'appelant à des menaces

[60] Il est vrai que M. Barros n'a pas affirmé d'emblée que si la police ne retirait pas les accusations portées contre M. Qureshi, la « source » en subirait les conséquences. Par contre, la loi n'exige pas que la personne accusée d'extorsion agisse maladroitement, sans faire preuve d'aucune subtilité. Ce qu'il faut, c'est que le message soit formulé en paroles suffisamment claires pour faire comprendre à une personne d'intelligence moyenne se trouvant *dans la situation du sergent Brezinski*, sachant que ce dernier et M. Barros partageaient les mêmes antécédents professionnels, que sa « source secrète » risquerait de subir un préjudice s'il n'était pas mis fin à la poursuite. La juge du procès n'était pas disposée à examiner les menaces reprochées à M. Barros dans ce contexte plus large. Elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Pour ce qui est notamment du retrait des accusations, aucune demande n'a été faite — Brezinski lui-même n'en a pas parlé — de la part de Barros en vue d'obtenir que les accusations soient retirées. Le retrait des accusations était une interprétation que Brezinski faisait du but qui animait Barros lorsque ce dernier a soulevé la question de l'indicateur. [d.a., p. 10]

[61] L'élément clé, comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, est la relation qui existe entre les menaces, etc., que l'intéressé aurait proférées, et la liberté de choix du plaignant :

L'extorsion criminalise l'intimidation et l'atteinte à la liberté de choix. Elle rend passible de sanctions ceux qui, par menaces, accusations ou violence, induisent ou tentent d'induire leurs victimes à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. [. . .] [La victime] peut être forcée de faire ce que, autrement, elle aurait choisi de ne pas faire. [Renvois omis; par. 45.]

Par conséquent, une allusion voilée peut constituer une menace si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, elle suffit à informer le plaignant des conséquences qu'il redoute ou préférerait éviter : *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (C.A. Man.), p. 172. Dans d'autres affaires, les tribunaux ont adopté une interprétation contextuelle similaire : *R. c. Hodson*, 2001 ABCA 111, 92 Alta. L.R. (3d) 262, par. 11-13; *R. c. Pelletier* (1992), 71 C.C.C. (3d) 438 (C.A. Qué.).

[62] The trial judge emphasized at several points the absence of an explicit demand but Mr. Barros conveyed his threat more subtly for example by referring to what had happened in other cases where an informer was identified, i.e. the charges were dropped. Mr. Barros himself readily acknowledged in his statement to the police that “[t]he Policeman’s responsibility [is] to protect the source. I’ve gone through that, I’ve lost major cases [because] of having to protect my source” (R.R., vol. IV, at p. 35).

[63] The trial judge took a functional approach to the existence of a threat, i.e. “whatever is communicated must be definite enough that a person of ordinary intelligence would understand it as a threat of injury” (A.R., at p. 11). What is “definite enough” will depend on the context. Having stated the test, however, the trial judge demonstrably failed to apply it. She talked the talk but demonstrably failed to walk the walk. Nowhere in the section of her reasons rejecting the existence of “threats” does she refer to *any* of the factual context at all. Instead, the trial judge looked at dictionary definitions of the words “threat” and “menace” which described them as “a determination or disposition to inflict an evil or injury on another person”, or a “declaration of hostile determination or of loss, pain, punishment or damage to be inflicted in retribution for or conditionally upon some course”. There was, it is true, no such “hostile declaration”. Nor, as a matter of law, was one required.

[64] The question was, as a matter of law, what would a reasonable person in the position of Sgt. Brezinski understand? The recipient of the message, Sgt. Brezinski, testified that he understood well enough the agenda being pursued by Mr. Barros — “not specific words, but the situation” (R.R., vol. I, at p. 95). The message had been received and, to Sgt. Brezinski, its meaning was said to be unmistakable. A refusal to drop the charges would put at

[62] La juge du procès a souligné à plusieurs reprises qu’aucune demande explicite n’avait été faite, M. Barros ayant proféré sa menace de façon plus subtile, par exemple en mentionnant ce qui s’était produit dans d’autres cas où un indicateur avait été identifié, à savoir que les accusations avaient été retirées. M. Barros a lui-même reconnu sans hésitation, dans sa déclaration à la police, que [TRADUCTION] « [l]’agent de police a le devoir de protéger la source. J’ai déjà été dans cette situation. J’ai perdu des causes importantes [parce que] je devais protéger ma source » (d.i., vol. IV, p. 35).

[63] La juge du procès a adopté une approche fonctionnelle pour établir l’existence d’une menace, c.-à-d. que [TRADUCTION] « le message doit être suffisamment clair pour qu’une personne d’intelligence moyenne le considère comme une menace de blessure » (d.a., p. 11). Ce qui est « suffisamment clair » est tributaire du contexte. La juge du procès a énoncé le critère, mais elle a manifestement omis de l’appliquer. Elle s’est prononcée, mais elle a manifestement omis de passer de la parole aux actes. Elle ne mentionne *aucunement* le contexte factuel dans la partie des motifs où elle rejette l’existence de « menaces ». La juge du procès a plutôt consulté des dictionnaires pour connaître la définition de « *threat* » et celle de « *menace* », et a constaté que ces termes y sont décrits comme étant [TRADUCTION] « une détermination ou disposition à faire du mal à une autre personne ou à la blesser » ou une [TRADUCTION] « déclaration faisant état d’une détermination hostile ou d’une perte, d’une douleur, de représailles ou de dommages à venir pour punir une certaine ligne de conduite ou conditionnels à cette dernière ». Il est vrai que, en l’espèce, une telle « déclaration hostile » n’a pas été faite. En droit, il n’est pas nécessaire qu’il y en ait eu une.

[64] La question qui se posait, en droit, était de savoir ce que comprendrait la personne raisonnable se trouvant dans la situation du sergent Brezinski. La personne qui a reçu le message, en l’occurrence le sergent Brezinski, a témoigné qu’il avait bien compris ce que M. Barros cherchait à obtenir, [TRADUCTION] « non pas en raison de mots précis, mais compte tenu de la situation » (d.i., vol. I, p. 95). Le message avait été reçu et, selon le sergent

risk disclosure of his source, and at least the potential of retaliation.

[65] In my respectful view, the trial judge erred in law in concluding that the indirect suggestions and veiled references put forward by Mr. Barros did not in the circumstances here “qualify”, as a matter of law, as “threats” for the purpose of the extortion offence. Elsewhere in her reasons, the trial judge found as facts that Mr. Barros told Sgt. Brezinski that he knew “for sure who the source was” (A.R., at p. 16), and noted Sgt. Brezinski’s testimony that “he felt that his back was against the wall” (p. 15). She observed “there is no doubt that Barros knew from his background what kinds of things would probably be going through Brezinski’s mind as the topic of an informant came up” (p. 15). Moreover, she emphasized the statement of Mr. Barros, heavy with portent, that “[w]e don’t want to get anyone hurt here” (p. 17). “[T]he evidence establishes”, she wrote, “that Barros knew as well as anyone, much better than the Court, for example, how dangerous it would be in these circumstances for the identity of an informant to be revealed” (p. 16).

[66] It was said that an acquittal on this count may well appear surprising in light of the uncontested evidence before the trial judge, but, in my view, “the surprise” is readily explained by the trial judge’s misapprehension as to what in law is required to establish “threats” for the purpose of the extortion offence, and in particular her failure to weigh what was (and was not) said in the context of the whole relationship between the individuals concerned.

(iii) The Appellant’s Intent

[67] As stated, it was the trial judge’s view that because she had concluded that there were no threats, accusations, menaces or violence within the scope of s. 346 then “of course the third element [a

Brezinski, il était très clair. Le refus de retirer les accusations risquait de compromettre l’anonymat de sa source et indiquait qu’à tout le moins il pourrait y avoir des représailles.

[65] En toute déférence, j’estime que la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les insinuations indirectes et les allusions voilées de M. Barros ne pouvaient, dans les circonstances de la présente affaire, « être qualifiées », en droit, de « menaces » permettant d’établir que l’infraction d’extorsion a été commise. La juge du procès a aussi conclu ailleurs dans ses motifs que M. Barros avait dit au sergent Brezinski qu’il connaissait [TRADUCTION] « avec certitude l’identité de la source » (d.a., p. 16), et elle a fait remarquer que ce dernier avait témoigné qu’« il croyait être acculé au pied du mur » (p. 15). Toujours selon la juge du procès, « il n’y a aucun doute que M. Barros savait, étant donné ses antécédents, ce qui traverserait probablement l’esprit du sergent Brezinski lorsque le sujet de l’indicateur serait abordé » (p. 15). En outre, elle a souligné l’affirmation suivante de M. Barros, qui était lourde de sens : « Nous ne souhaitons faire de mal à personne » (p. 17). « [L]a preuve établit », selon elle, « que M. Barros savait mieux que quiconque, du moins bien mieux que la Cour, à quel point il était dangereux dans ces circonstances de révéler l’identité d’un indicateur » (p. 16).

[66] On a dit qu’un acquittement relativement à ce chef pourrait fort bien paraître surprenant compte tenu de la preuve incontestée qui a été présentée à la juge du procès, mais, selon moi, « la surprise » s’explique facilement par le fait que la juge du procès a mal compris ce qui est nécessaire, en droit, pour établir les « menaces » en vue de prouver l’infraction d’extorsion et, plus particulièrement, par son omission de soupeser ce qui a été dit (ou non) dans le contexte de l’ensemble de la relation entre les intéressés.

(iii) L’intention de l’appelant

[67] Comme je l’ai déjà dit, la juge du procès était d’avis que parce qu’elle avait conclu à l’absence de « menaces, accusations ou violence » au sens de l’art. 346, [TRADUCTION] « il [va] de soi que le

culpable intent] also is not proved” (A.R., at p. 12). As I conclude that she erred in her *legal* analysis of the conduct of Mr. Barros, her consequential and dependent finding of his lack of the requisite intent cannot stand. I recognize, of course, that the trial judge’s reasons were given orally, and should not be parsed word for word with a nit-picking attitude. Nevertheless, her treatment of the intent of Mr. Barros in approaching the police officers at the meeting at the golf course does not survive scrutiny. She stated that it had

either something to do with bail, clearly something to do with warning the police that information was available in the community and to Mr. Qureshi potentially about who the informant was so that the police could take that into account. [Emphasis added; A.R., at p. 10.]

In short, whatever else he intended, the trial judge found that Mr. Barros *intended* his declaration of knowledge of the identity of the confidential informer to influence police decision making.

[68] The trial judge’s reference to “something to do with bail” is mystifying. She had earlier (as noted by Slatter J.A., at para. 82) intervened during the proceedings to say that there was

no factual foundation for raising a question with respect to asking the witness about bail. Bail is not relevant.

... there is the evidence from the witness [Sgt. Brezinski] that this had nothing -- my recollection of the evidence, again you’ll correct me where I’m wrong -- the witness said this golf course conversation had nothing to do with bail.

[69] More pertinent is her finding that the objective of Mr. Barros was “clearly” to tell the police that information about the informer’s identity was “available in the community” and that the police “[sh]ould take that into account” (A.R., at p. 10). She then discussed potential police responses.

troisième élément [une intention coupable] n’[a] pas non plus été établi » (d.a., p. 12). Puisque je conclus qu’elle a commis une erreur dans son analyse *juridique* du comportement de M. Barros, je ne peux maintenir la conclusion qu’elle en a forcément tirée, à savoir que ce dernier n’avait pas l’intention requise. Bien entendu, je reconnais que la juge du procès a exposé ses motifs oralement et qu’il ne convient pas de les scruter à la loupe, dans un esprit pointilleux. Néanmoins, son analyse du but qui animait M. Barros lorsqu’il s’est adressé aux agents de police lors de la rencontre sur le terrain de golf ne résiste pas à un examen poussé. La juge du procès a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] [son but] avait peut-être quelque chose à faire avec le cautionnement, il consistait clairement à avertir la police que des renseignements circulaient au sein de la collectivité, et il se rapportait peut-être aussi à M. Qureshi en ce qui concerne l’identité de l’indicateur, et ce afin que la police puisse tenir compte de cet élément. [Je souligne; d.a., p. 10.]

En résumé, peu importe ce que M. Barros avait d’autre à l’esprit, la juge du procès a conclu que ce dernier *souhaitait* que sa déclaration selon laquelle il connaissait l’identité de l’indicateur confidentiel influence les décisions de la police.

[68] Les mots « quelque chose à faire avec le cautionnement » sont étranges car, avant de les prononcer, la juge du procès est intervenue au cours du procès (comme l’a souligné le juge Slatter, au par. 82) pour déclarer ce qui suit :

[TRADUCTION] ... aucun fondement factuel ne permet d’interroger le témoin au sujet du cautionnement. Le cautionnement n’est pas pertinent.

... le témoin [le sergent Brezinski] a déposé que cela n’avait rien -- si je me souviens bien du témoignage, corrigez-moi si je fais erreur -- le témoin a affirmé que cette conversation au terrain de golf n’avait rien à voir avec le cautionnement.

[69] Sa conclusion que l’objectif de M. Barros était « clairement » de dire à la police que des renseignements concernant l’identité de l’indicateur [TRADUCTION] « circulaient au sein de la collectivité » et que la police « [devrait] tenir compte de cet élément » (d.a., p. 10) est davantage pertinente.

“[T]he police were perhaps going to drop the charges” or “they would have done other things, as indeed turned out to be the case”, or “nothing” (A.R., at p. 10). It is important not to conflate the intent of Mr. Barros which is the legally relevant element, with the possible police responses, which were beyond the control of Mr. Barros and were not legally relevant to *his* intent. As there is to be a new trial on this count, I say no more about this element of the case.

(iv) Reasonable Justification or Excuse

[70] As to the absence of any reasonable justification or excuse, the trial judge accepted at face value the explanation of Mr. Barros that he was trying to be helpful to the police rather than menacing:

The evidence establishes that while Barros said that he knew, he knew for sure who the source was, there was no threat on Barros’ part to reveal the identity of the informant to anyone. Indeed, the evidence establishes that Barros knew as well as anyone, much better than the Court, for example, how dangerous it would be in these circumstances for the identity of an informant to be revealed.

. . . Barros said, We don’t want to get anyone hurt here. And that appears to me to be the case, that Barros was doing what he was doing in an effort to try and make sure that no one would get hurt there. [A.R., at pp. 16-17]

[71] It is true that Mr. Barros said in his statement to the police that he and defence counsel “[did not] want anybody to get hurt”. He told the police that “I went to Brezinski to prevent that [hurt] from happening or to prevent the possibility of that happening”. However, here again the trial judge, with respect, ignored the *legal* requirement to view the individual pieces of evidence in the context of the case “in its entirety” (*Natarelli*, at p. 546) and to take into consideration “all of the circumstances”

Elle a ensuite traité des diverses façons dont la police pouvait réagir aux propos de M. Barros. [TRADUCTION] « [L]a police allait peut-être retirer les accusations » ou « elle allait faire autre chose, ce qui, en fait, s’est produit », ou encore elle ne ferait « rien » du tout (d.a., p. 10). Il importe de ne pas confondre l’intention de M. Barros, qui est l’élément pertinent sur le plan juridique, avec les diverses façons dont la police pouvait réagir à ses propos, lesquelles échappaient au contrôle de M. Barros et n’avaient aucune pertinence sur le plan juridique en ce qui concerne *son intention à lui*. Puisque ce chef d’accusation fera l’objet d’un nouveau procès, je ne m’attarderai pas davantage sur cet aspect de l’affaire.

(iv) Justification ou excuse raisonnable

[70] En ce qui concerne l’absence de justification ou d’excuse raisonnable, la juge du procès a ajouté foi à l’explication de M. Barros selon laquelle il tentait d’aider la police plutôt que de lui faire des menaces :

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve que même s’il affirmait savoir avec certitude qui était la source, Barros ne menaçait pas de révéler l’identité de l’indicateur à qui que ce soit. En effet, la preuve démontre que Barros savait aussi bien que quiconque, et beaucoup mieux que la Cour, par exemple, à quel point il était dangereux dans ces circonstances de révéler l’identité de l’indicateur.

. . . Barros a dit, nous ne souhaitons faire de mal à personne. Et il me semble que c’est le cas, que Barros faisait ce qu’il faisait dans le but de veiller à ce que l’on ne fasse de mal à personne. [d.a., p. 16-17]

[71] Il est vrai que M. Barros a affirmé dans sa déclaration à la police que ni lui, ni le procureur de la défense [TRADUCTION] « ne souhaitaient que l’on fasse du mal à qui que ce soit ». Il a dit à la police avoir « rencontré Brezinski afin d’empêcher que ne survienne [un préjudice] ou d’écarter cette possibilité ». Cependant, j’estime en toute déférence que la juge du procès a omis, encore une fois, de respecter l’obligation *juridique* qui lui incombaît de soupeser les divers éléments de preuve en

(*Alexander*, at para. 84), leading up to and including the crucial meeting at the golf club.

[72] It is evident that I read the trial judge's reasons on this extortion count very differently than my colleague Fish J. I cannot agree with my colleague's interpretation even giving the trial judge's reasons the most favourable interpretation. For example, my colleague argues that in relation to this fourth element ("reasonable justification or excuse"), the trial judge did instruct herself "to consider the accused's entire course of conduct" (para. 90). However, my colleague's citations are on context drawn entirely from the trial judge's discussion of that fourth element, and the problem, in my view, is that she failed to apply the same contextual approach in dealing with the *other* elements of the extortion offence. In particular, she ignored the context in assessing whether what passed between Mr. Barros and Sgt. Brezinski *could* qualify as "threats, accusations, menaces or violence" within the meaning of s. 346 of the *Criminal Code*.

[73] If Mr. Barros had not dedicated himself to identifying the informer, thereby opening up the possibility of a deal with the police to drop the charges, the police "dilemma", as Mr. Barros described it, would never have arisen.

[74] The legal test for extortion requires a court to delve below the surface of the exchanges between the accused and those whom he or she is accused of threatening, particularly where, as here, the protagonists spring from the same occupational background. Much that is understood between them need not be stated explicitly. In my respectful view, the trial judge erred in law in failing to consider the issue of the threats or menaces in the context of the conduct of Mr. Barros in its entirety and, in

tenant compte du contexte [TRADUCTION] « dans son ensemble » (*Natarelli*, p. 546) et de prendre en compte [TRADUCTION] « l'ensemble des circonstances » (*Alexander*, par. 84) qui ont mené à la rencontre cruciale qui a eu lieu au club de golf et qui ont entouré celle-ci.

[72] De toute évidence, mon interprétation des motifs de la juge du procès concernant ce chef d'extorsion diffère grandement de celle de mon collègue le juge Fish. Je ne pourrais souscrire à son interprétation même si j'interprétais les motifs de la juge du procès le plus favorablement possible. Par exemple, mon collègue soutient qu'en ce qui concerne ce quatrième élément (« justification ou excuse raisonnable ») la juge du procès s'est bel et bien donnée comme directive [TRADUCTION] « de prendre en compte l'ensemble du comportement de l'accusé » (par. 90). Les extraits cités par mon collègue sont cependant tous tirés de l'analyse que la juge du procès a faite dans le contexte de ce quatrième élément, et le problème, selon moi, réside dans le fait qu'elle a omis d'adopter la même approche contextuelle pour examiner les *autres* éléments de l'infraction d'extorsion. Elle a notamment fait abstraction du contexte lorsqu'elle s'est demandé si les propos échangés entre M. Barros et le sergent Brezinski *pouvaient* être qualifiés de « menaces, [d']accusations ou [de] violence » au sens de l'art. 346 du *Code criminel*.

[73] Si M. Barros ne s'était pas voué à découvrir l'identité de l'indicateur, ouvrant ainsi la possibilité de s'entendre avec la police pour qu'elle retire les accusations, ce « dilemme » policier, comme l'a décrit M. Barros, ne serait jamais survenu.

[74] Selon le critère juridique applicable en matière d'extorsion, le tribunal doit fouiller en détail les échanges entre l'accusé et les personnes qu'on l'accuse d'avoir menacées, et ce surtout dans les cas où, comme en l'espèce, les protagonistes ont les mêmes antécédents professionnels. En effet, une bonne part de ce sur quoi ils s'entendent n'a pas à être énoncée explicitement. En toute déférence, j'estime que la juge du procès a commis une erreur de droit en omettant d'étudier la question des menaces

particular, of the longstanding relationship between the two men.

[75] In the result, I agree with Slatter J.A. that the trial judge committed errors of law in her analysis of the elements in the first extortion charge. The Crown is therefore entitled to appeal under s. 676(1) of the *Criminal Code*, and, in my opinion, the Crown is entitled to a new trial with respect to the golf club meeting with the police.

[76] No party to this appeal contends — or could contend — that the Crown can appeal what it may regard as an unreasonable acquittal. On the other hand, the Crown has every right to an appeal on errors of law giving rise to the acquittal. Where, as here, such errors of law are established on the record, the acquittal must be set aside, not because it is unreasonable but because the verdict is founded on legal error.

E. *Extortion to Obtain Telephone Numbers*

[77] The Crown charged in Count 3 that Mr. Barros did

without reasonable justification or excuse and with intent to obtain information regarding the identity of a confidential police source, by threats, accusations, menaces or violence induce or attempt to induce Nagman Chak, Tim Shapka, Robin Tran, Mike Kim, Mirza Kassam and others unknown to provide personal information including cellular telephone numbers

Although the trial judge viewed the evidence under Count 3 through the same flawed legal lens as she applied to Count 2, there is an important difference. Leaving aside the self-exculpatory statement given to the police by Mr. Barros, in which, of course, he denied any intent to extort, the only *inculpatory* evidence from a witness on the receiving end of the threats was Mirza Kassam, who was disbelieved.

dans le contexte du comportement de M. Barros dans son ensemble, et plus particulièrement de la relation de longue date de ce dernier avec le sergent Brezinski.

[75] En conséquence, je souscris à l'opinion du juge Slatter selon laquelle la juge du procès a commis des erreurs de droit dans son analyse des éléments relatifs au premier chef d'accusation d'extorsion. Le ministère public a donc le droit, en vertu du par. 676(1) du *Code criminel*, d'interjeter appel et, selon moi, il a droit à un nouveau procès relativement à la rencontre avec la police qui a eu lieu au club de golf.

[76] Aucune des parties au pourvoi ne soutient — ni n'est en mesure de soutenir — que le ministère public peut interjeter appel d'un acquittement qu'il juge déraisonnable. En revanche, il a pleinement le droit de former un appel dans les cas où des erreurs de droit mènent à l'acquittement. Dans les cas où, comme en l'espèce, le dossier établit que de telles erreurs de droit ont été commises, il faut annuler l'acquittement, non pas parce qu'il est déraisonnable, mais parce que le verdict repose sur une erreur de droit.

E. *Extorsion en vue d'obtenir les numéros de téléphone*

[77] Au troisième chef d'accusation, le ministère public a accusé M. Barros de ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . a, par menaces, accusations ou violence, sans justification ou excuse raisonnable et dans le but d'obtenir des renseignements concernant l'identité d'une source policière confidentielle, induit ou tenté d'induire Nagman Chak, Tim Shapka, Robin Tran, Mike Kim, Mirza Kassam et d'autres personnes inconnues à lui fournir des renseignements personnels, notamment leurs numéros de téléphone cellulaire

Bien que la juge du procès ait soupesé la preuve relative au troisième chef d'accusation à travers le même prisme juridique défectueux que celui dont elle s'est servie pour le deuxième chef, il existe une différence importante. Indépendamment de la déclaration disculpatoire que M. Barros a faite à la police et dans laquelle il a évidemment nié avoir voulu faire de l'extorsion, le seul témoignage

The trial judge thus rejected the existence of any *factual* foundation to which her erroneous legal test *could* be applied.

[78] On this point, with respect, I disagree with my colleague Cromwell J. that a new trial should be ordered because “there was evidence, apart entirely from the evidence of Mr. Kassam, which could found a conviction, but which the trial judge, because of her legal error, failed to consider. That being the case, the judge’s legal error may reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal” (para. 107).

[79] My colleague and I are agreed that the proper test for ordering a new trial on a charge on which an accused was acquitted was set out in *Graveline*, at para. 14:

It has been long established, however, that an appeal by the Attorney General cannot succeed on an abstract or purely hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error of law. Something more must be shown. It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. [Emphasis added.]

See also *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 292, which requires the Crown to satisfy the court that had the errors not occurred, there would not necessarily have been an acquittal, a proposition endorsed in *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2, which emphasized that “the onus is a heavy one . . . the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty”. In the present case, I do believe the trial judge’s erroneous view of the law — while fatal to the acquittal in the first extortion count — had nothing to

incriminant d’un témoin ayant reçu des menaces était celui de Mirza Kassam, lequel a été écarté. La juge du procès a donc rejeté l’existence de tout fondement *factuel* auquel son critère juridique erroné *aurait pu s’appliquer*.

[78] À cet égard, soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec l’opinion de mon collègue le juge Cromwell, qui estime qu’il y a lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès au motif que « certains éléments de preuve, qui n’avaient rien à voir avec le témoignage de M. Kassam, auraient pu fonder une déclaration de culpabilité, mais la juge du procès a omis de les prendre en considération en raison de l’erreur de droit qu’elle avait commise. Cela étant, il est raisonnable de penser que l’erreur de droit commise par la juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal » (par. 107).

[79] Mon collègue et moi sommes d’accord que le critère à appliquer pour décider s’il y a lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès relativement à une accusation à l’égard de laquelle la personne visée a été acquittée est celui qui se trouve énoncé dans *Graveline*, par. 14 :

Il est cependant établi depuis longtemps qu’un appel interjeté par le procureur général ne saurait être accueilli sur une possibilité abstraite ou purement hypothétique selon laquelle l’accusé aurait été déclaré coupable n’eût été l’erreur de droit. Il faut des moyens plus concrets. Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d’appel qu’il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que l’erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal. [Je souligne.]

Voir également *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, p. 292, qui exige que le ministère public convainque la cour que si les erreurs en cause ne s’étaient pas produites, il n’y aurait pas nécessairement eu acquittal, affirmation entérinée dans *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2, où il a été souligné que « cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude ». En l’espèce, je crois que l’interprétation erronée du droit faite par la juge du procès — qui porte un coup fatal

do with her acquittal of Mr. Barros on the second extortion count.

[80] In approaching the evidence, the trial judge (accurately) acknowledged that, despite the fact that the charge related to a number of named and unnamed persons, “one was all that the Crown needs” and “all the Crown needs is Kassam” in relation to the “threats” issue (A.R., at p. 19). The trial judge then proceeded to find Kassam’s evidence to be wholly unreliable (A.R., at p. 19). She observed that

he has a poor memory, as he acknowledges himself, by reason of the fact that he has abused drugs and by reason of the lapse of time . . . between the events with which we are concerned and the time when Kassam came to testify. [A.R., at p. 19]

Accordingly,

when Kassam comes down to particulars, I’m of the view that his evidence cannot be relied upon. So, for example, Kassam talks about other people being there, being at these meetings, and someone wanting their telephone records. I am of the view that he is not reliable even with respect to that. [A.R., at p. 19]

Moreover, even on a review of Kassam’s evidence at face value, she “could not see any admission or any evidence from Kassam that [Kassam] knew of the efforts that were going on within I’ll call it the Qureshi group of associates to try and determine about the identity of an informant” (A.R., at pp. 19-20).

[81] In contrast to the charge related to the golf club meeting, where the trial judge did not doubt the credibility of the two police officers in attendance, there was no satisfactory factual basis on which a conviction *could* properly be registered on Count 3. Mr. Barros did not testify at trial. His 62-page statement to the police (placed in evidence) contains fewer than half a dozen pages relating to the meeting with group members. The gist of his statement (on which, of course, there was

à l’acquittement qu’elle a prononcé relativement au premier chef d’extorsion — n’avait rien à voir avec celui qu’elle a prononcé relativement au deuxième chef.

[80] En analysant la preuve, la juge du procès a reconnu (avec justesse) que même si l’accusation avait trait à un certain nombre de personnes nommées, d’une part, et de personnes non désignées nommément, d’autre part, [TRADUCTION] « le ministère public n’en avait besoin que d’une seule » et « [qu’il n’avait] besoin que de Kassam » relativement à la question des « menaces » (d.a., p. 19). La juge du procès a ensuite conclu que le témoignage de M. Kassam n’était aucunement digne de foi (d.a., p. 19). Elle a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . il a peu de mémoire — comme il le reconnaît lui-même — en raison du fait qu’il a consommé des drogues et en raison du temps qui s’est écoulé [. . .] entre les événements qui nous occupent et le moment où il est venu témoigner. [d.a., p. 19]

Par conséquent,

je ne peux pas me fier aux parties du témoignage de Kassam dans lesquelles il fournit des détails. Par exemple, Kassam parle d’autres personnes qui ont assisté à ces rencontres et du fait que quelqu’un voulait leurs relevés téléphoniques. À mon avis, son témoignage n’est pas crédible, même à cet égard. [d.a., p. 19]

De plus, elle a affirmé que même si elle ajoutait foi au témoignage de M. Kassam, elle [TRADUCTION] « n’y [trouvait] aucun aveu ni aucune preuve que Kassam était au courant des efforts déployés au sein de ce que j’appellerai le groupe d’associés de Qureshi afin de connaître l’identité d’un indicateur » (d.a., p. 19-20).

[81] Contrairement à ce qui était le cas relativement à l’accusation liée à la rencontre au club de golf, à l’égard de laquelle la juge du procès n’a pas mis en doute la crédibilité des deux agents de police qui y avaient assisté, aucune base factuelle satisfaisante ne *permettait* d’asseoir convenablement une déclaration de culpabilité en ce qui concerne le troisième chef. M. Barros n’a pas témoigné au procès. Parmi les 62 pages de sa déclaration à la police (produite en preuve), moins d’une demi-douzaine se

no cross-examination) was that his dealings with group members were in the nature of requests, not threats:

BARROS: . . . When I left the first meeting, I said you guys talk (unintelligible). If you guys want to leave your numbers, piece of paper, I will collect it later. So I left (unintelligible), and they wanted to tell me to fuck off, we're not doing this (unintelligible) . . .

. . .

BARROS: But are they going to come and trust me when I tell them out front, I have respect for Brezinski and he's a friend of mine.

RAY: Mm hmm.

BARROS: So who knows after I left that first meeting whether they're going to tell me to fuck off.

RAY: Mm hmm.

BARROS: No, why would we fucking trust this guy? Who's to say the numbers that I was given are the real fucking numbers?

. . .

RAY: Now were they ever asked if they wanted to take a polygraph?

BARROS: Yes.

RAY: Okay. Was there, was there anything in that conversation that will lead them to believe that if they didn't leave their number for you, that suspicion would be based upon them, and they would have to take a polygraph.

BARROS: No, I said, and I was very specific. If asked, would you voluntarily take a polygraph? Kay, half of these guys, I'm not even sure if they wrote down the right numbers. [R.R., vol. IV, at pp. 41, 77 and 42]

The prosecution was defeated not by the "legal lens" applied by the trial judge but the insufficiency

rappellent à la rencontre qu'il a eue avec les membres du groupe. Sa déclaration (qui n'a évidemment donné lieu à aucun contre-interrogatoire) affirme essentiellement qu'il a fait des demandes, et non des menaces, aux membres du groupe :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . En quittant, à la fin de la première rencontre, j'ai dit aux gars, discutez entre vous (incompréhensible). Si vous voulez laisser vos numéros sur un bout de papier, je reviendrai le chercher plus tard. J'ai donc quitté (incompréhensible), et ils voulaient me dire d'aller au diable, on ne fera pas ça (incompréhensible) . . .

. . .

BARROS : Mais, allaient-ils me faire confiance après que je leur eus dit d'emblée, j'ai du respect pour Brezinski et il est un de mes amis?

RAY : Mm hmm.

BARROS : Donc, qui sait si après cette première rencontre ils me diraient d'aller au diable?

RAY : Mm hmm.

BARROS : Non, pourquoi diable ferions-nous confiance à ce type? Comment savoir si ces numéros qu'on m'a donnés étaient les vrais numéros?

. . .

RAY : Leur a-t-on demandé s'ils voulaient se soumettre à un test polygraphique?

BARROS : Oui.

RAY : D'accord. Cette conversation a-t-elle pu d'une quelconque façon les amener à croire que s'ils ne vous donnaient pas leurs numéros, des soupçons pèseraient sur eux et qu'ils devraient se soumettre à un test polygraphique?

BARROS : Non, je leur ai dit très clairement : Si on vous le demandait, consentiriez-vous à subir un test polygraphique? Kay, je ne suis même pas certain que la moitié de ces gars-là ont inscrit les bons numéros. [d.a., vol. IV, p. 41, 77 et 42]

La poursuite a été déboutée non pas en raison du « prisme juridique » dont la juge du procès s'est

of the evidence — on any view of the law — to support a conviction, let alone satisfying the “heavy onus” to satisfy the court “with a reasonable degree of certainty” that had the trial judge taken a correct view of the law, she would not have acquitted.

[82] It would be a serious matter to deprive an accused of the benefit of an acquittal where, as here, the prosecution is found to have led no credible evidence to support a conviction beyond a reasonable doubt. The Crown presumably put forward the case it had on Count 3 at the original trial. The Crown is not entitled to a retrial based on a trial judge’s flawed legal analysis that had no impact on the outcome of the case. In the circumstances I agree with Berger J.A. that the verdict of the acquittal rendered by the trial judge on Count 3 should stand.

V. Disposition

[83] The appeal is therefore allowed with respect to Count 3, the Order of the Court of Appeal for a new trial on Count 3 is set aside and the trial judge’s verdict of acquittal is restored. In other respects, the appeal is dismissed, and the Order of the Court of Appeal for a new trial on the obstruction of justice charge (Count 1) and the extortion charge related to the golf club meeting with the police (Count 2) is affirmed.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting in part) —

I

[84] Like Justice Binnie, and for the reasons he has set out, I would order a new trial on Count 1 and enter an acquittal on Count 3. With respect, however, I am unable to agree that a new trial is

servie, mais parce que la preuve était insuffisante — quel que soit l’angle sous lequel on examine le droit applicable — pour justifier une déclaration de culpabilité, et encore moins pour conclure que le ministère public s’est acquitté du « lourd fardeau » qui lui incombait de convaincre le tribunal « avec un degré raisonnable de certitude » que si la juge du procès avait correctement interprété le droit, elle n’aurait pas rendu un verdict d’acquiescement.

[82] Ce serait commettre une grave erreur que de priver l’accusé d’un acquiescement dans un cas où, comme celui qui nous occupe, il a été conclu que la poursuite n’avait présenté aucune preuve crédible étayant hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité. Le ministère public a vraisemblablement présenté la preuve dont il disposait relativement au troisième chef à l’occasion du premier procès. Or, il n’a pas droit à un nouveau procès au motif que l’analyse juridique de la juge du procès — qui n’a eu aucune incidence sur l’issue du procès — était erronée. Dans les circonstances, je suis d’accord avec le juge Berger qu’il y a lieu de confirmer le verdict d’acquiescement rendu par la juge du procès relativement au troisième chef.

V. Dispositif

[83] Le pourvoi est donc accueilli relativement au troisième chef d’accusation, l’ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d’appel à l’égard de ce chef est annulée et le verdict d’acquiescement de la juge du procès est rétabli. À tous autres égards, le pourvoi est rejeté et l’ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d’appel relativement à l’accusation d’entrave à la justice (premier chef) et à l’accusation d’extorsion liée à la rencontre au club de golf avec la police (deuxième chef) est confirmée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissent en partie) —

I

[84] À l’instar du juge Binnie, et pour les motifs qu’il a exposés, je suis d’avis d’ordonner la tenue d’un nouveau procès relativement au premier chef d’accusation et d’inscrire un acquiescement à l’égard

required on Count 2. In my view, the trial judge committed no error of law in acquitting the appellant on that count. Accordingly, even if it found her decision unreasonable, the Court of Appeal lacked jurisdiction to set it aside. So, too, do we.

II

[85] Count 2, which concerns us here, alleges that the appellant, Ross Barros, threatened to disclose a confidential informant's identity in order "to induce Detective Kevin Brezinski to take steps to cease criminal proceedings against Irfan Qureshi, thereby committing extortion, contrary to section 346(1.1)(b) of the Criminal Code of Canada" (R.R., vol. I, at p. 13).

[86] The trial judge entered an acquittal on this count because the evidence left her with a reasonable doubt regarding two essential elements: (1) that Mr. Barros's purpose in meeting with Sgt. Brezinski was to induce Sgt. Brezinski to stop the proceedings against Mr. Qureshi; and (2) the presence of a "threat" within the meaning of s. 346(1.1)(b).

[87] In concluding that Mr. Barros's acquittal on this count should be set aside, Justice Binnie imputes two errors of law to the trial judge: First, that she failed to consider Mr. Barros's conduct "in the context of his entire course of behaviour"; second, that she misdirected herself as to whether Mr. Barros's conduct was capable in law of constituting a threat (para. 58).

[88] In my respectful view, the trial judge's reasons, read as a whole, disclose neither error.

[89] First, it seems to me apparent from the trial judge's reasons that she did in fact consider

du troisième chef. Avec égards, cependant, je ne puis souscrire à son avis que la tenue d'un nouveau procès s'impose en ce qui concerne le deuxième chef. Selon moi, la juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en acquittant l'appelant relativement à ce chef. Par conséquent, même si elle a conclu que la décision de la juge du procès était déraisonnable, la Cour d'appel n'avait pas compétence pour l'annuler. Il en est de même de notre Cour.

II

[85] Le deuxième chef, celui qui nous intéresse ici, mentionne que l'appelant, Ross Barros, a menacé de divulguer l'identité d'un indicateur [TRADUCTION] « pour induire le détective Kevin Brezinski à prendre des mesures en vue de mettre fin aux procédures criminelles intentées contre Irfan Qureshi, commettant ainsi une extorsion en violation de l'alinéa 346(1.1)b du Code criminel du Canada » (d.i., vol. I, p. 13).

[86] La juge du procès a inscrit un acquittement relativement à ce chef parce que la preuve a suscité dans son esprit un doute raisonnable quant à deux éléments essentiels, à savoir : (1) que le but que M. Barros poursuivait lorsqu'il a rencontré le sergent Brezinski était d'induire ce dernier à mettre fin aux procédures intentées contre M. Qureshi, et (2) qu'une « menace » au sens de l'al. 346(1.1)b avait été faite.

[87] En concluant qu'il convient d'annuler l'acquittement de M. Barros à l'égard de ce chef, le juge Binnie impute deux erreurs de droit à la juge du procès : premièrement, qu'elle a omis de prendre en compte les actes posés par M. Barros « dans le contexte de l'ensemble de son comportement », et, deuxièmement, qu'elle s'est méprise sur la question de savoir si les actes de M. Barros pouvaient, en droit, constituer une menace (par. 58).

[88] À mon humble avis, il ne ressort pas des motifs de la juge du procès, lus dans leur ensemble, qu'elle a commis l'une ou l'autre de ces erreurs.

[89] En premier lieu, il me semble qu'il ressort des motifs de la juge du procès qu'elle a bel et bien tenu

Mr. Barros's conduct *contextually*. As the Crown had suggested, she related the evidence to the essential elements of extortion in accordance with the Ontario pattern jury instructions for that offence.

[90] She expressly directed herself in accordance with those instructions (A.R., at p. 9), noting that she was required, as a jury would be, “to consider the accused’s entire course of conduct” (p. 13). In considering whether Mr. Barros had a reasonable justification or excuse for his conduct, the trial judge explicitly recognized the need to assess “the reasonableness of the conduct of the accused in the circumstances”, as required by the pattern instructions, and stated that she had indeed “reviewed all of the circumstances” (p. 15 (emphasis added)).

[91] More particularly, in her detailed review of the circumstances and in evaluating Mr. Barros's conduct contextually, the trial judge specifically adverted to the evidence: (1) that Mr. Barros was a “former senior police officer with seven years active service in the drug investigation area”; (2) that he and his police interlocutor, Sgt. Brezinski, knew one another well; (3) that “there is no doubt that Barros knew from his background what kinds of things would probably be going through Brezinski’s mind as the topic of an informant came up”; (4) that Mr. Barros “invited Brezinski to bring along another police officer as a witness to [their] meeting”; (5) that “there was a good deal of openness as between Barros and Brezinski and Krewenchuk [the other officer]”; and (6) that Sgt. Brezinski “felt that his back was against the wall” (A.R., at pp. 8, 15 and 16).

[92] With the greatest of respect, I am unable in this light to agree with Justice Binnie that the trial judge failed to consider whether Mr. Barros's actions would have conveyed a threat to “a person of ordinary intelligence *in the position of Sgt. Brezinski*, taking into account his shared police background” (para. 60 (emphasis in original)). On the contrary, the trial judge *referred at*

compte des actes de M. Barros *en contexte*. Comme l’avait suggéré le ministère public, elle a exposé la preuve en fonction des éléments essentiels de l’extorsion conformément au modèle ontarien d’instructions au jury relativement à cette infraction.

[90] Elle a explicitement suivi ce modèle (d.a., p. 9), soulignant qu’il lui incombait, tout comme à un jury, [TRADUCTION] « de prendre en compte l’ensemble du comportement de l’accusé » (p. 13). En se demandant si M. Barros avait une justification ou une excuse raisonnable pour expliquer ses actes, la juge du procès a explicitement reconnu la nécessité d’examiner [TRADUCTION] « le caractère raisonnable des actes posés par l’accusé au vu des circonstances », conformément au modèle qu’elle suivait, et mentionné qu’elle avait effectivement « apprécié l’ensemble des circonstances » (p. 15 (je souligne)).

[91] Plus précisément, la juge du procès a expressément renvoyé à la preuve sur les points ci-après dans le cadre de son examen minutieux des circonstances et de son appréciation des actes de M. Barros dans leur contexte : (1) M. Barros était un [TRADUCTION] « ancien policier chevronné comptant sept ans de service actif dans le domaine des enquêtes sur les drogues »; (2) lui et son interlocuteur au sein de la police, le sergent Brezinski, se connaissaient bien; (3) « il n’y a aucun doute que M. Barros savait, étant donné ses antécédents, ce qui traverserait probablement l’esprit du sergent Brezinski lorsque le sujet de l’indicateur serait abordé »; (4) M. Barros « a demandé au sergent Brezinski d’inviter un autre policier à [leur] rencontre pour qu’il agisse comme témoin »; (5) « les relations entre M. Barros, le sergent Brezinski et l’agent Krewenchuk [l’autre policier] étaient assez transparentes »; et (6) le sergent Brezinski « croyait être acculé au pied du mur » (d.a., p. 8, 15 et 16).

[92] Cela dit avec le plus grand respect, je ne peux, compte tenu de ce qui précède, convenir avec le juge Binnie que la juge du procès a omis de se demander si les actes de M. Barros auraient été interprétés comme une menace par « une personne d’intelligence moyenne se trouvant *dans la situation du sergent Brezinski*, sachant que ce dernier et M. Barros partageaient les mêmes antécédents

least four times to the shared police background of Sgt. Brezinski and Mr. Barros immediately before turning to consider Count 2 and again later while considering that count. She could hardly have excluded from her reasoning what she took care to include in her reasons.

[93] In short, I see no basis for inferring that the trial judge, in dealing with Count 2, ignored any of the evidence to which she explicitly referred in deciding as she did. Nor am I able to discern in my colleague's reasons any significant fact or circumstance that the trial judge ignored in applying the law to the facts as she found them.

III

[94] The second error in law attributed by Justice Binnie to the trial judge is that she misdirected herself as to whether Mr. Barros's conduct was capable in law of constituting a threat.

[95] In this regard, my colleague finds that the trial judge adopted an "erroneously narrow view" of what constitutes a threat at law (para. 58). He concludes that the trial judge erred in finding "that the indirect suggestions and veiled references put forward by Mr. Barros did not in the circumstances here 'qualify', as a matter of law, as 'threats' for the purpose of the extortion offence" (para. 65).

[96] With respect, I am not persuaded that the reasons of the trial judge disclose any error of this sort. Nowhere did the trial judge indicate that, as a matter of law, explicit threats or demands were an essential element of extortion. In fact, she explicitly directed herself to the contrary:

The second element of the offence as set out in the Ontario specimen charges is did Barros use threats or violence to induce Brezinski to do something or to get

professionnels » (par. 60 (en italique dans l'original)). Au contraire, la juge du procès a renvoyé *au moins quatre fois* au fait que le sergent Brezinski et M. Barros partageaient les mêmes antécédents professionnels tout juste avant qu'elle ne porte son attention sur le deuxième chef, et elle est revenue plus tard sur ce point dans le cadre de son étude de ce chef. Elle ne pouvait guère exclure de son raisonnement ce qu'elle avait pris la peine de mentionner dans ses motifs.

[93] En somme, j'estime que rien ne permet d'inférer que la juge du procès a fait abstraction, dans son étude du deuxième chef, de l'un ou l'autre des éléments de preuve auxquels elle a expressément renvoyé pour fonder sa décision. Je ne suis pas non plus en mesure de relever dans les motifs de mon collègue toute circonstance ou tout fait important dont la juge du procès n'aurait pas tenu compte en appliquant le droit aux faits qu'elle a constatés.

III

[94] La deuxième erreur de droit que le juge Binnie impute à la juge du procès est de s'être méprise sur la question de savoir si les actes de M. Barros pouvaient, en droit, constituer une menace.

[95] Mon collègue conclut à cet égard que la juge du procès a adopté « à tort un point de vue étroit » quant à savoir ce qui constitue une menace en droit (par. 58). Selon lui, la juge du procès a commis une erreur en concluant « que les insinuations indirectes et les allusions voilées de M. Barros ne pouvaient, dans les circonstances de la présente affaire, "être qualifiées", en droit, de "menaces" permettant d'établir que l'infraction d'extorsion a été commise » (par. 65).

[96] Avec égards, je ne suis pas convaincu qu'il ressort des motifs de la juge du procès qu'elle a commis une telle erreur. La juge du procès n'a aucunement dit qu'en droit des menaces ou des exigences explicites constituaient un élément essentiel de l'extorsion. En fait, elle a affirmé explicitement le contraire :

[TRADUCTION] Comme il ressort des exposés types de l'Ontario, le deuxième élément de l'infraction consiste à savoir si M. Barros a eu recours à des menaces ou à la

something done. And this is the instruction that I would give to a jury and that I give to myself with respect to that element:

A threat is a statement of an intention to injure another person or another person's family or property. It may be spoken or written. It does not have to be stated in any particular form of words. Sometimes, a threat is in general or vague terms without saying exactly what kind of injury is being threatened or precisely who will suffer it. A threat may also be made by suggestion. To be a threat, however, whatever is communicated must be definite enough that a person of ordinary intelligence would understand it as a threat of injury. [Emphasis added; A.R., at pp. 10-11.]

[97] Moreover, in denying the motion for a directed verdict on this count, the trial judge concluded that there was some evidence on every element of the offence: *R. v. Barros*, 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, at paras. 29-30. Had she thought, as my colleague suggests, that an explicit threat was required, she could hardly have denied the motion.

[98] I thus think it fair to conclude that the trial judge, applying the proper test for a directed verdict, *did* recognize that Mr. Barros's conduct could constitute a threat *as a matter of law*. At the conclusion of the trial, she was simply not satisfied *as a matter of fact*, that the evidence established beyond a reasonable doubt that Mr. Barros had threatened to reveal the identity of the informant.

[99] Finally, my colleague takes as a "summary" of the trial judge's approach to this branch of the case her statement that "it is not every pressure that qualifies as the threat that is meant in the Parliament's definition of 'extortion'" (Binnie J.'s emphasis, at para. 58).

[100] With respect, I do not read this passage as a summary of the trial judge's approach at all. After citing a series of authorities and dictionary definitions, she simply noted that *Rousseau v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 38, "may" support the proposition that not every pressure qualifies as a threat — a

violence pour induire M. Brezinski à faire quelque chose ou à demander à quelqu'un d'autre de le faire. Et voici les instructions que je donnerais à un jury et que je garde à l'esprit pour ce qui est de cet élément :

Une menace est l'expression d'une intention de blesser une autre personne ou sa famille ou d'endommager ses biens. La menace peut être proférée de vive voix ou par écrit. Elle n'a pas à être formulée en des termes précis. Il arrive parfois qu'une menace soit proférée de manière générale ou vague et n'indique pas exactement le genre de blessure qui sera infligée, ni qui la subira. Une menace peut également être faite implicitement. Cependant, pour constituer une menace, le message doit être suffisamment clair pour qu'une personne d'intelligence moyenne le considère comme une menace de blessure. [Je souligne; d.a., p. 10-11.]

[97] De plus, la juge du procès a conclu, en rejetant la requête visant à obtenir un verdict imposé relativement à ce chef, qu'il y avait certaines preuves relativement à chaque élément de l'infraction : *R. c. Barros*, 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, par. 29-30. Si elle avait estimé, comme le suggère mon collègue, qu'il fallait qu'une menace explicite ait été faite, elle n'aurait guère pu rejeter la requête.

[98] J'estime donc qu'il est juste de conclure qu'en appliquant le critère approprié en matière de verdict imposé la juge du procès a *bel et bien* reconnu que les actes de M. Barros pouvaient, *en droit*, constituer une menace. À l'issue du procès, elle n'était tout simplement pas convaincue qu'*en fait* la preuve établissait hors de tout doute raisonnable que M. Barros avait menacé de révéler l'identité de l'indicateur.

[99] Enfin, mon collègue estime que la juge du procès a « résumé » l'approche qu'elle a adoptée pour examiner cet aspect de l'affaire en déclarant ce qui suit : [TRADUCTION] « les pressions ne peuvent pas toutes être qualifiées de menaces au sens de la définition d'"extorsion" prévue par le législateur » (souligné par le juge Binnie, par. 58).

[100] Avec égards, je ne crois pas que ce passage résume de quelque manière que ce soit l'approche de la juge du procès. Après avoir cité plusieurs arrêts et définitions du dictionnaire, elle a simplement affirmé que l'arrêt *Rousseau c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 38, appuie « peut-être » la proposition que

correct statement of the law — and concluded that it was of limited relevance in the circumstances of this case. Moreover, nowhere in her reasons did the trial judge “conclud[e] that the indirect suggestions and veiled references put forward by Mr. Barros did not in the circumstances here ‘qualify’, as a matter of law, as ‘threats’ for the purpose of the extortion offence” (Binnie J., at para. 65).

IV

[101] As the Court noted in *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, at para. 2:

Caution must be taken to avoid seizing on perceived deficiencies in a trial judge’s reasons for acquittal to create a ground of “unreasonable acquittal” which is not open to the court under the provisions of the *Criminal Code*

[102] Bearing that caution in mind and for the reasons given, I would allow the appeal and restore the acquittal entered by the trial judge on Count 2.

[103] And, as mentioned at the outset, I would dispose of the appeal on Count 1 as Justice Binnie suggests, and for the reasons he has given. As to Count 3, assuming that the trial judge committed the errors attributed to her by my colleagues, I agree with Justice Binnie that the Crown has not met its “heavy onus” to establish, with the required degree of certainty, “that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). In my respectful view, that burden is not discharged by establishing that the judge, applying the law correctly, “could have” decided otherwise (reasons of Justice Cromwell, at paras. 118, 120 and 124).

[104] Finally, in concluding as I have, I express no opinion as to the effect on Count 1 of an acquittal

les pressions ne peuvent pas toutes être qualifiées de menaces — ce qui, soit dit en passant, exprime exactement l’état du droit — et elle conclu que sa pertinence était limitée dans les circonstances de l’espèce. En outre, la juge du procès n’a nulle part dans ses motifs « [conclu] que les insinuations indirectes et les allusions voilées de M. Barros ne pouvaient, dans les circonstances de la présente affaire, “être qualifiées”, en droit, de “menaces” permettant d’établir que l’infraction d’extorsion a été commise » (le juge Binnie, par. 65).

IV

[101] Comme la Cour l’a souligné dans *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, par. 2 :

Il faut prendre garde de ne pas s’arrêter aux lacunes apparentes des motifs formulés par le juge du procès lors de l’acquittal pour créer un motif d’« acquittal déraisonnable », verdict que le tribunal ne peut prononcer en vertu du *Code criminel*

[102] Ayant cette mise en garde à l’esprit et pour les motifs que j’ai exposés, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’acquittal prononcé par la juge du procès relativement au deuxième chef.

[103] Et, comme je l’ai mentionné au départ, je suis d’avis de trancher le pourvoi relativement au premier chef comme le suggère le juge Binnie et pour les motifs qu’il a exposés. Quant au troisième chef, à supposer que la juge du procès a commis les erreurs que lui imputent mes collègues, je suis d’accord avec le juge Binnie que le ministère public ne s’est pas acquitté du « lourd fardeau » qui lui incombeait d’établir avec le degré de certitude nécessaire « qu’il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que l’erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal » (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). À mon humble avis, on ne s’acquitte pas de ce fardeau en établissant que le juge « aurait pu » arriver à une autre décision s’il avait bien appliqué le droit (motifs du juge Cromwell, par. 118, 120 et 124).

[104] Enfin, compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenu, je ne me prononcerai pas

on the other counts: see *R. v. Mahalingan*, 2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316.

The following are the reasons delivered by

[105] CROMWELL J. (dissenting in part) — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Binnie J. I agree with his analysis of informer privilege, as well as with his reasons and disposition regarding the charge of obstruction of justice (Count 1) and the first charge of extortion (Count 2). With respect to the second extortion charge (Count 3), I also agree with Binnie J. that the trial judge erred in law in her approach to whether or not Mr. Barros had engaged in conduct which in law constituted a threat. My only disagreement with my colleague is on what flows from this error. In my view, we should allow the appeal and order a new trial on this count rather than reinstate the acquittal entered at trial as Binnie J. proposes.

[106] On an appeal from an acquittal, as in this case, it is not enough for the Crown to show that the trial judge committed an error of law. In order for the appellate court to set aside the acquittal and order a new trial, the Crown must in addition satisfy the court that the trial judge's error might reasonably be thought, in the concrete reality of the case, to have had a material bearing on the acquittal. The Crown, however, is not required to demonstrate that the verdict would necessarily have been different: *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2.

[107] Binnie J. would hold, in effect, that the Crown cannot meet this requirement. He reasons that the trial judge's findings regarding the reliability of Mr. Kassam's testimony made an acquittal inevitable quite apart from the trial judge's error of

sur l'effet qu'un acquittement relativement aux autres chefs d'accusation pourrait avoir sur le sort du premier chef : voir *R. c. Mahalingan*, 2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316.

Version française des motifs rendus par

[105] LE JUGE CROMWELL (dissident en partie) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Binnie. Je souscris à son analyse du privilège relatif aux indicateurs de police. Il en est de même pour les motifs qu'il a exposés et la décision à laquelle il est parvenu relativement à l'accusation d'entrave à la justice (premier chef) et la première accusation d'extorsion (deuxième chef). En ce qui concerne la deuxième accusation d'extorsion (troisième chef), je suis également d'accord avec lui que le juge du procès a commis une erreur de droit en abordant comme elle l'a fait la question de savoir si le comportement de M. Barros constituait, en droit, une menace. Mon seul désaccord avec mon collègue porte sur les conséquences de cette erreur. À mon avis, il convient d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation plutôt que de rétablir, comme le propose le juge Binnie, le verdict d'acquittement prononcé à l'issue du procès.

[106] Dans le cas d'un appel contre un acquittement, comme en l'espèce, il ne suffit pas au ministère public de démontrer que le juge du procès a commis une erreur de droit. Pour que la cour d'appel annule l'acquittement et ordonne un nouveau procès, le ministère public doit en outre la convaincre qu'il est raisonnable de penser que, dans la réalité concrète de l'affaire, l'erreur commise par le juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Le ministère public n'est cependant pas tenu de démontrer que le verdict aurait nécessairement été différent : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2.

[107] Le juge Binnie conclurait, en fait, que le ministère public est incapable de satisfaire à cette exigence. Il estime que les conclusions de la juge du procès sur la fiabilité du témoignage de M. Kassam rendaient l'acquittement inévitable,

law. It is this conclusion with which I respectfully disagree. In my view, there was evidence, apart entirely from the evidence of Mr. Kassam, which could found a conviction, but which the trial judge, because of her legal error, failed to consider. That being the case, the judge's legal error may reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. The Crown has discharged its onus and a new trial of this count should be ordered.

[108] The second extortion count (third count of the indictment) alleged that Mr. Barros, with the intent to obtain information regarding the identity of a confidential police source, threatened five named persons and others unknown to induce them to provide personal information, including cellular telephone numbers. The charge squarely focused on the conduct of Mr. Barros at one or several meetings he had with associates of Mr. Qureshi (hereinafter the "Qureshi Associates"). In a nutshell, the Crown contended that, at one of those meetings, with a view to identifying a confidential police source, he used threats in order to get the Qureshi Associates to provide him with their cellular telephone numbers.

[109] Mr. Barros admitted in his videotaped statement to the police that he met with the Qureshi Associates and asked if they would give him their phone numbers. Mr. Barros also admitted that these requests were made in furtherance of his investigation into the identity of a confidential police source. He denied, however, having said anything that could have led them to believe that, if they did not provide their phone numbers, they would be suspected and would have to take a polygraph test (R.R., vol. IV, at p. 105). He contended that he clearly indicated to them that they were free to comply with his requests or not. In other words,

indépendamment de l'erreur de droit qu'elle avait commise. C'est la conclusion à laquelle, en toute déférence, je ne souscris pas. Selon moi, certains éléments de preuve, qui n'avaient rien à voir avec le témoignage de M. Kassam, auraient pu fonder une déclaration de culpabilité, mais la juge du procès a omis de les prendre en considération en raison de l'erreur de droit qu'elle avait commise. Cela étant, il est raisonnable de penser que l'erreur de droit commise par la juge du procès a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement. Le ministère public s'est donc acquitté de son fardeau et il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à ce chef.

[108] Au deuxième chef d'accusation d'extorsion (le troisième chef de l'acte d'accusation), il était reproché à M. Barros d'avoir menacé cinq personnes nommées, ainsi que d'autres personnes inconnues, afin de les inciter à lui fournir des renseignements personnels, notamment des numéros de téléphone cellulaire, et ce dans l'intention d'obtenir des renseignements concernant l'identité d'une source policière confidentielle. Cette accusation reposait directement sur le comportement de M. Barros lors d'une ou de plusieurs rencontres qu'il avait eues avec des associés de M. Qureshi (ci-après « les associés de Qureshi »). En bref, le ministère public prétendait qu'à l'occasion de l'une de ces rencontres M. Barros avait eu recours à des menaces en vue d'amener les associés de Qureshi à lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire, et ce dans l'intention d'identifier une source confidentielle de la police.

[109] M. Barros a admis, dans une déclaration à la police enregistrée sur bande vidéo, avoir rencontré les associés de Qureshi et leur avoir demandé s'ils accepteraient de lui donner leurs numéros de téléphone. Il a aussi admis avoir fait ces demandes dans le cadre de son enquête au sujet de l'identité d'une source policière confidentielle. Il a toutefois nié avoir dit quoi que ce soit qui ait pu les amener à croire que, faute de lui donner leurs numéros de téléphone, ils seraient considérés comme des suspects et devraient subir un test polygraphique (d.i., vol. IV, p. 105). Il a soutenu leur avoir clairement indiqué qu'ils étaient libres d'acquiescer à ses

according to Mr. Barros, “There was no threat” (R.R., vol. III, at p. 182).

[110] The only point of disagreement between the Crown and the defence on Count 3 was therefore whether, at those meetings, Mr. Barros tried to obtain the phone numbers of the Qureshi Associates by the use of “threats”, as contemplated by s. 346 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The trial judge was of the view that the Crown had not proven beyond a reasonable doubt that he did.

[111] In reaching this decision, the trial judge considered that insofar as the Crown had failed to call certain named and unnamed alleged victims as witnesses at trial, it could not prove that they had been victims of extortion. The only evidence to consider, in her view, was therefore that given by Mr. Kassam (A.R., at p. 19). After having assessed his testimony, the trial judge found that the Crown had failed to prove that he had been a victim of extortion as well. She found that he had not been coerced by Mr. Barros into providing his phone number, given that Mr. Barros was no longer present at the meeting when he arrived (A.R., at p. 20). Furthermore, she found that Mr. Kassam did not know what was going to be done with his phone number when he provided it and that, in any event, there was no evidence that he even knew of the Qureshi Associates’ efforts to determine the identity of the informant (A.R., at pp. 19 and 20). Finally, she found that Mr. Kassam had not been threatened when he met with Mr. Barros on a one-on-one basis. It followed from these findings that Mr. Barros, in the trial judge’s opinion, had to be acquitted on Count 3.

[112] It is true that Mr. Kassam was the only one of the persons named in the count to testify at trial. However, to succeed on this count, the Crown did not have to prove that Mr. Barros had threatened Mr. Kassam. Nor did it have to prove that

demandes ou non. En d’autres termes, il prétendait qu’[TRADUCTION] « [i]l n’y avait pas eu de menaces » (d.i., vol. III, p. 182).

[110] Le seul point de désaccord entre le ministère public et la défense quant au troisième chef portait donc sur la question de savoir si, lors de ces rencontres, M. Barros avait tenté d’obtenir les numéros de téléphone des associés de Qureshi en ayant recours à des « menaces » au sens de l’art. 346 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La juge du procès a estimé que le ministère public n’avait pas établi hors de tout doute raisonnable que tel était le cas.

[111] La juge du procès est parvenue à cette conclusion après avoir jugé que, dans la mesure où il avait omis de faire témoigner certaines des personnes nommées et des personnes non désignées nommément qu’il présentait comme des victimes, le ministère public ne pouvait avoir prouvé qu’elles avaient été victimes d’extorsion. Le seul témoignage dont il fallait tenir compte, selon elle, était donc celui de M. Kassam (d.a., p. 19). Après avoir apprécié ce témoignage, la juge du procès a conclu que le ministère public n’était pas parvenu à prouver qu’il avait également été victime d’extorsion. Elle a conclu que M. Barros ne l’avait pas contraint à donner son numéro de téléphone puisque ce dernier avait déjà quitté lorsqu’il s’est présenté à la rencontre (d.a., p. 20). Elle a en outre conclu que M. Kassam ne savait pas à quoi servirait son numéro de téléphone lorsqu’il l’a donné et que, de toute façon, rien ne prouvait qu’il était même au courant des efforts déployés par les associés de Qureshi en vue de connaître l’identité de l’indicateur (d.a., p. 19 et 20). Enfin, elle a conclu que M. Kassam n’avait pas subi de menaces lorsqu’il s’était entretenu seul à seul avec M. Barros. Selon la juge du procès, il s’ensuivait de ces conclusions que M. Barros devait être acquitté à l’égard du troisième chef.

[112] Il est vrai que M. Kassam a été la seule des personnes nommées dans le chef d’accusation à témoigner lors du procès. Cependant, pour avoir gain de cause sur ce chef, le ministère public n’avait pas à prouver que M. Barros avait menacé

Mr. Kassam felt threatened by Mr. Barros's conduct. The trial judge herself recognized this when ruling on the defence motion for a directed verdict on this count: 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, at paras. 32-39. Having heard all of the Crown evidence, she found that "there is no evidence whatever that Mr. Barros threatened Mr. Kassam": para. 37. Notwithstanding that conclusion, the trial judge found that there was some evidence which the trier of fact had to weigh in relation to this count (para. 38).

[113] The judge was correct in her directed verdict ruling that evidence of a threat to Mr. Kassam was not necessary in order for Count 3 to survive a motion for non-suit. Respectfully, however, the trial judge erred insofar as she suggested in her reasons at the end of the trial that Mr. Kassam's testimony was the only evidence to consider on that count. It was not essential to the Crown's case that any of the alleged victims of the extortion testify. The Crown's burden was to present evidence, whether from the alleged victims or not, which satisfied each element of s. 346 of the *Criminal Code*.

[114] My view is that even without the evidence of Mr. Kassam, there was evidence which was capable in law of proving each element of the offence. Of course, whether the evidence did so is for a trier of fact, not an appellate court, to determine. However, the trial judge's legal error, coupled with her failure to turn her mind to these elements, had a material bearing on her decision to acquit. That being the case, the correct disposition of the appeal is to direct a new trial, not reinstate the acquittal. I will now explain why, in my view, this is the case.

M. Kassam. Il n'avait pas non plus à prouver que ce dernier s'était senti menacé par le comportement de M. Barros. La juge du procès l'a elle-même reconnu lorsqu'elle a statué sur une requête de la défense visant à obtenir un verdict imposé relativement à ce chef : 2007 ABQB 428, 80 Alta. L.R. (4th) 390, par. 32-39. Après avoir pris connaissance de l'ensemble de la preuve soumise par le ministère public, elle a conclu qu'[TRADUCTION] « il n'y a absolument aucune preuve que M. Barros a menacé M. Kassam » : par. 37. Malgré cette conclusion, la juge du procès a conclu à l'existence de certains éléments de preuve que le juge des faits devait soupeser à l'égard de ce chef (par. 38).

[113] La juge du procès a conclu à bon droit, dans sa décision relativement à cette requête de la défense, qu'il n'était pas nécessaire de prouver que M. Kassam avait subi des menaces pour refuser de prononcer le non-lieu sur le troisième chef. Toutefois, j'estime en toute déférence que la juge du procès a commis une erreur dans la mesure où elle a donné à entendre, dans les motifs qu'elle a exposés à la fin du procès, que le témoignage de M. Kassam était le seul élément de preuve à prendre à considération à l'égard de ce chef. Le témoignage de l'une ou l'autre des personnes que le ministère public présentait comme des victimes de l'extorsion n'était pas requis pour faire sa preuve. Il lui incombait plutôt de présenter des éléments de preuve — peu importe qu'il s'agisse ou non de tels témoignages — établissant chacun des éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'art. 346 du *Code criminel*.

[114] Selon moi, même sans le témoignage de M. Kassam, il était possible en droit d'établir chacun des éléments constitutifs de l'infraction. Bien entendu, c'est au juge des faits et non à la cour d'appel qu'il appartient de trancher cette question. Cependant, l'erreur de droit que la juge du procès a commise, conjuguée à son omission d'examiner ces éléments, a eu une incidence significative sur sa décision de prononcer un verdict d'acquiescement. Cela étant, la façon correcte de statuer sur le pourvoi consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès, et non à rétablir l'acquiescement. Je vais maintenant expliquer pourquoi, selon moi, il en est ainsi.

[115] In addition to Mr. Kassam's evidence (which, I acknowledge, was found to be mostly unreliable by the trial judge), the record included the evidence of Sergeants Brezinski and Krewenchuk. Their evidence, in turn, included evidence of statements made to them by Mr. Barros. In addition, Mr. Barros made a lengthy warned statement to the police that was admitted into evidence.

[116] In assessing this record, it is important to remember that threats do not need to be explicit. Obviously, threats, menaces and other similar conduct will not always be carried out overtly; quite the contrary. For this reason, the evaluation of the actions and the intent of an individual charged with extortion calls for a careful analysis of the totality of the surrounding circumstances. For example, veiled references to possibilities may constitute threats if, viewed objectively, they would "convey to the mind of the person to whom they are addressed consequences which he fears or which he would avoid": see *R. v. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (Man. C.A.), at p. 172. Similarly, the wilful creation by an accused of an oppressive atmosphere which, viewed objectively, would have the effect of giving a targeted individual no choice but to comply with his demand, may also qualify as a "threat" under s. 346 of the *Criminal Code*: see, e.g., *R. v. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304, at para. 75.

[117] The context in this matter, while key to interpreting Mr. Barros's conduct *vis-à-vis* the Qureshi Associates, was not properly considered by the trial judge because of her legal error. Indeed, the meeting at which Mr. Barros asked the Qureshi Associates to provide their telephone numbers was not a cocktail party held in a relaxing environment. Qureshi had recently been arrested on various drug and weapons charges and the disclosure revealed that the arrests were rendered possible by information given by a source who had knowledge of his illegal dealings. The Qureshi Associates were intent on discovering the identity of the source and

[115] Outre le témoignage de M. Kassam (qui, je le reconnais, a été jugé pour l'essentiel comme étant dénué de toute crédibilité par la juge du procès), le dossier comportait les témoignages des sergents Brezinski et Krewenchuk, qui faisaient état de déclarations que leur avait faites M. Barros. De plus, M. Barros a, après avoir reçu la mise en garde d'usage, fait une longue déclaration à la police, laquelle a été admise en preuve.

[116] Dans l'étude de ce dossier, il importe de se rappeler qu'il n'est pas nécessaire que des menaces soient explicites. De toute évidence, les menaces, à l'instar d'autres agissements similaires, ne se font pas toujours ouvertement, bien au contraire. Pour cette raison, il faut faire une analyse approfondie de l'ensemble des circonstances pour bien apprécier les actes ainsi que l'intention d'une personne accusée d'extorsion. Par exemple, des allusions voilées à ce qui pourrait survenir peuvent constituer des menaces si, d'un point de vue objectif, elles ont pour effet de [TRADUCTION] « faire surgir dans l'esprit de la personne à qui elles sont destinées des conséquences qu'elle redoute ou qu'elle voudrait éviter » : voir *R. c. McClure* (1957), 22 W.W.R. 167 (C.A. Man.), p. 172. De même, le fait pour un accusé d'avoir volontairement créé une atmosphère oppressive qui, d'un point de vue objectif, aurait eu l'effet de ne laisser à la personne visée d'autre choix que de satisfaire à ses exigences, pourrait aussi constituer une « menace » au sens de l'art. 346 du *Code criminel* : voir, p. ex., *R. c. N.N.*, 2008 BCCA 300, 257 B.C.A.C. 304, par. 75.

[117] Le contexte de la présente affaire, même s'il revêt une importance fondamentale pour l'interprétation du comportement de M. Barros à l'endroit des associés de Qureshi, n'a pas été pris en considération à juste titre par la juge du procès, et ce en raison de l'erreur de droit qu'elle a commise. En effet, la rencontre au cours de laquelle M. Barros a demandé à ces derniers de lui donner leurs numéros de téléphone n'était certes pas une partie de plaisir. M. Qureshi avait été arrêté peu de temps auparavant relativement à diverses accusations en matière de drogues et d'armes, et, selon la divulgation, les arrestations avaient été faites grâce

this subject was discussed during the meeting. As Mr. Barros put it in his video interview:

BARROS: . . . If I wanted to, I can probably sell, like at this meeting, everybody wants to know who the fucking informant is. [Emphasis added; R.R., vol. IV, at p. 104.]

[118] Given this tense context, the trial judge could have concluded, had she applied the proper legal test, that the Qureshi Associates were not consumed by idle curiosity. Rather, Mr. Barros himself described them as being on a “witch hunt” (R.R., vol. IV, at p. 124). The trial judge could also have concluded that the purpose of this witch hunt was, to put it plainly, to take out the rat. As the trial judge put it in her reasons, “the role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. . . . [I]n the context of drug trafficking, it’s not melodramatic to say that ‘dangerous’ can mean death or serious bodily harm” (A.R., at pp. 6-7). The trial judge could have concluded that everyone present at the meeting would have understood this perfectly. Certainly Mr. Barros’s statement to the police makes it clear that he did:

BARROS: . . . There’s always a chance that this person is gonna get hurt, and I’m stopped, trying to stop the witch hunt so other innocent people don’t get hurt and particularly this person doesn’t get hurt. [R.R., vol. IV, at p. 129]

Mr. Barros added the following a few moments later:

BARROS: I said, I stressed over and over and over again, I don’t want this source getting hurt, and you can imagine these people. Well

à des renseignements émanant d’une source au fait de ses activités illégales. Les associés de Qureshi étaient résolus à découvrir l’identité de la source, et cette question avait fait l’objet de discussions lors de la rencontre. Comme l’a indiqué M. Barros dans son entrevue enregistrée sur bande vidéo :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . Si je le voulais, je pourrais probablement vendre, comme à cette rencontre, tout le monde veut savoir qui est ce maudit indicateur. [Je souligne; d.i., vol. IV, p. 104.]

[118] Dans un contexte aussi tendu, la juge du procès aurait pu conclure, si elle avait appliqué le bon critère juridique, que les associés de Qureshi n’étaient pas mus par une curiosité gratuite. Selon la description faite par M. Barros lui-même, ils étaient plutôt engagés dans une [TRADUCTION] « chasse aux sorcières » (d.i., vol. IV, p. 124). La juge du procès aurait également pu conclure que le but de cette chasse aux sorcières était, en termes simples, de se débarrasser du rat. Comme l’a souligné la juge du procès dans ses motifs, [TRADUCTION] « le rôle des indicateurs dans les affaires de drogue est particulièrement important et dangereux. [. . .] [D]ans le contexte du trafic de drogue, ce n’est pas faire du mélodrame que de dire que le mot “dangereux” peut vouloir dire la mort ou des lésions corporelles graves » (d.a., p. 6-7). La juge du procès aurait pu conclure que toutes les personnes présentes à la rencontre comprenaient cela parfaitement. Chose certaine, il ressort clairement de la déclaration de M. Barros à la police que lui, il le comprenait très bien :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . Il y a toujours le risque que du mal soit fait à cette personne, on m’arrête, tentant de mettre fin à la chasse aux sorcières pour qu’il n’arrive rien de mal à d’autres personnes innocentes, et en particulier à cette personne. [d.i., vol. IV, p. 129]

M. Barros a ajouté ce qui suit quelques instants plus tard :

[TRADUCTION]

BARROS : J’ai dit, et j’ai insisté encore et encore là-dessus, que je ne veux pas que du mal soit fait à cette source, et vous pouvez imaginer

we'd rather fucking know who the source is. That's their mentality. [Emphasis added; R.R., vol. IV, at p. 131.]

[119] Mr. Barros told the police that he even contemplated the possibility that the Qureshi Associates would be ready to harm him in order to get him to reveal the source's identity once he had discovered it:

BARROS: . . . He [Sidney Tarrabain] doesn't want, and I can understand why, he doesn't want this knowledge that I possess either. It's shitty Don, it's shitty.

RAY: Mm hmm. Mm hmm.

BARROS: 'Cause who's to say I'm not going to get fucking grabbed on the street and, and, and tortured to fucking find out who the source is.

RAY: Yeah.

BARROS: You don't think that comes across my mind? [Emphasis added; R.R., vol. IV, at p. 134.]

[120] It is in the context of this "witch hunt" that Mr. Barros asked the Qureshi Associates to provide their phone numbers in order to assist him in discovering the identity of the informer. The trial judge's failure to interpret Mr. Barros's conduct in light of this context brought her to simply accept Mr. Barros's stated reasons for being at the meetings and asking for phone numbers at face value. While she was entitled to do so, her error of law narrowed the range of conclusions she could have drawn from Mr. Barros's conduct. Had she not erred in law, she could have concluded that Mr. Barros was well aware that any failure to cooperate with his attempts to uncover the source would immediately place that person under suspicion of being the informer, with all the risks of harm that could entail. She could also have concluded that he acted knowing that the participants in the meeting would hesitate to refuse to provide their cell phone numbers, because refusing could well lead to a risk of serious bodily harm.

ces gens. Eh bien, nous préférons diable savoir qui est la source. C'est leur mentalité. [Je souligne; d.i., vol. IV, p. 131.]

[119] M. Barros a dit à la police qu'il avait même envisagé la possibilité que les associés de Qureshi seraient prêts à lui faire du mal afin de lui faire révéler l'identité de la source, une fois qu'il l'aurait découverte :

[TRADUCTION]

BARROS : . . . Il [Sidney Tarrabain] ne veut pas, et je peux comprendre pourquoi, lui non plus ne veut pas savoir ce que je sais. C'est merdique, Don, c'est merdique.

RAY : Mm hmm. Mm hmm.

BARROS : Parce que, qui pourrait diable dire que je ne vais pas me faire enlever dans la rue et, et, et torturer pour que je dise qui est la source.

RAY : Ouais.

BARROS : Tu penses que cette pensée ne me vient pas à l'esprit? [Je souligne; d.i., vol. IV, p. 134.]

[120] C'est dans le contexte de cette « chasse aux sorcières » que M. Barros a demandé aux associés de Qureshi de lui donner leurs numéros de téléphone pour l'aider à découvrir l'identité de l'indicateur. Or, l'omission de la juge du procès d'apprécier le comportement de M. Barros à la lumière de ce contexte l'a amenée à accepter sans réserve les raisons que ce dernier avait fournies pour expliquer pourquoi il avait assisté aux rencontres et demandé aux associés de Qureshi de lui donner leurs numéros de téléphone. Elle en avait certes le droit, mais son erreur a restreint le nombre de conclusions qu'elle aurait pu tirer eu égard au comportement de M. Barros. N'eût été cette erreur de droit, la juge du procès aurait pu conclure qu'il était bien conscient du fait que toute personne qui refuserait de coopérer dans son enquête visant à découvrir l'identité de la source serait immédiatement soupçonnée d'être l'indicateur, avec tous les risques que cela pourrait comporter. Elle aurait également pu conclure qu'il avait agi en sachant que tous ceux qui assistaient à la rencontre hésiteraient à refuser de lui donner leurs numéros de téléphone cellulaire, un tel refus pouvant très bien leur faire courir le risque de subir des lésions corporelles graves.

[121] But that is not all. The trial judge's view that only Kassam's evidence was relevant to Count 3 led her to ignore testimony which, if believed, would have led to the conclusion that Mr. Barros told the group that if they failed to provide the information he sought, they would be required to take a polygraph test.

[122] During the course of Mr. Barros's trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of statements made by Mr. Barros to Sergeants Brezinski and Krewenchuk at the "golf course" encounter, which formed the basis for Counts 1 and 2. Mr. Barros's counsel did not contest the voluntariness of the statements made during this encounter. The trial judge thus ruled the statements voluntary and admissible into evidence. She then granted the Crown's motion to enter the *voir dire* testimony into the trial record proper (R.R., vol. II, at pp. 52-53).

[123] As indicated by the Court of Appeal, Sgt. Brezinski testified to the effect that Mr. Barros told him that he informed the Qureshi Associates that he would polygraph those of them who did not provide their name and cellular phone numbers (para. 13).

[124] In the present context, I am of the view that, had the trial judge considered this evidence and analysed Mr. Barros's words in context, as s. 346 requires, she could have concluded that the underlined portion of Sgt. Brezinski's testimony constituted a threat made by Mr. Barros. As noted, the trial judge could have concluded that Mr. Barros requested the Qureshi Associates' telephone information at the meeting because he knew that anyone who refused to do so ran the risk of being suspected of being the informer and could put his life in danger. She could also have concluded that Mr. Barros's indication to the Qureshi Associates that he would polygraph those of them who did not want to provide a phone number was calculated to further pressure the Qureshi Associates into providing their telephone information, and give them

[121] Mais ce n'est pas tout. Parce qu'elle était d'avis que seul le témoignage de M. Kassam était pertinent en ce qui concerne le troisième chef, la juge du procès a omis de prendre en considération d'autres témoignages qui, si on y avait ajouté foi, auraient mené à la conclusion que M. Barros avait dit aux membres du groupe que s'ils ne fournissaient pas les renseignements demandés, ils seraient obligés de subir un test polygraphique.

[122] Pendant le procès de M. Barros, un *voir-dire* a eu lieu sur l'admissibilité des déclarations qu'il avait faites aux sergents Brezinski et Krewenchuk à la rencontre du « terrain de golf » et sur lesquelles reposaient les premier et deuxième chefs. L'avocat de M. Barros n'ayant pas contesté le caractère volontaire des déclarations faites par son client lors de cette rencontre, la juge du procès a statué qu'elles avaient été faites de façon volontaire et étaient admissibles en preuve. Elle a ensuite accueilli la requête du ministère public visant à faire verser au dossier du procès lui-même le témoignage donné lors du *voir-dire* (d.i., vol. II, p. 52-53).

[123] Comme l'a indiqué la Cour d'appel, le sergent Brezinski a témoigné que M. Barros lui avait dit qu'il avait informé les associés de Qureshi que ceux d'entre eux qui refuseraient de lui donner leurs noms et numéros de téléphone cellulaire subiraient un test polygraphique (par. 13).

[124] Dans le présent contexte, j'estime que si la juge du procès avait tenu compte de cet élément de preuve et analysé les paroles de M. Barros en contexte, comme l'exige l'art. 346, elle aurait pu conclure que la portion soulignée du témoignage du sergent Brezinski constituait une menace de la part de M. Barros. Tel que noté précédemment, la juge du procès aurait pu conclure que M. Barros avait demandé aux associés de Qureshi de lui donner leurs numéros de téléphone lors de la rencontre parce qu'il savait que quiconque refuserait de le faire courait le risque qu'on le soupçonne d'être l'indicateur, ce qui pouvait mettre sa vie en danger. Elle aurait également pu conclure que, en indiquant aux associés de Qureshi qu'il ferait subir un test polygraphique à ceux qui ne voulaient pas lui donner leur numéro de téléphone, M. Barros tentait

virtually no choice but to do so. Indeed, while an alternative non-incriminating phone number could be given to shield oneself from suspicion, it was far harder to conceal the truth about one's informer status in the course of a polygraph test.

[125] Of course, whether any of these conclusions should be drawn is for a trier of fact, not an appellate court, to decide.

[126] I would therefore dismiss the appeal and confirm the Order of the Court of Appeal for a new trial on all three counts of the indictment.

Appeal allowed in part, FISH and CROMWELL JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Crime Stoppers Association: Clay & Company, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Green & Chercover, Toronto.

d'exercer une pression supplémentaire sur eux pour qu'ils obtempèrent, et qu'en agissant de la sorte il ne leur laissait pratiquement aucun autre choix que de le faire. En effet, s'ils pouvaient lui donner un autre numéro de téléphone — celui-là non incriminant — pour se mettre à l'abri de tout soupçon, il serait beaucoup plus difficile, le cas échéant, à celui d'entre eux qui était l'indicateur de cacher la vérité dans le cadre d'un test polygraphique.

[125] Bien entendu, c'est au juge des faits, et non à une cour d'appel, de décider s'il y a lieu de tirer l'une ou l'autre de ces conclusions.

[126] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel relativement aux trois chefs d'accusation.

Pourvoi accueilli en partie, les juges FISH et CROMWELL sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne d'échec au crime : Clay & Company, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Green & Chercover, Toronto.