

Olga Maria Nixon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Criminal Trial Lawyers' Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NIXON

2011 SCC 34

File No.: 33476.

2010: December 15; 2011: June 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether repudiation amounting to breach of accused's s. 7 Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Plea agreement — Repudiation — Accused charged with dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm and parallel charges for impaired driving — Crown and accused entering into plea agreement — Crown subsequently repudiating plea agreement — Whether act of repudiation matter of tactics or conduct before court or matter of prosecutorial discretion — Whether act of repudiation reviewable on grounds of abuse of process.

Olga Maria Nixon *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Trial Lawyers' Association et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. NIXON

2011 CSC 34

N° du greffe : 33476.

2010 : 15 décembre; 2011 : 24 juin.

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 constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie l'entente — La répudiation porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'accusée par l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Entente sur le plaidoyer — Répudiation — Accusée inculpée de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies — La Couronne et l'accusée concluent une entente sur le plaidoyer — Par la suite, la Couronne répudie l'entente — La répudiation constitue-t-elle un élément de stratégie ou de conduite devant le tribunal ou relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites? — La répudiation peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire au motif qu'elle constitue un abus de procédure?

The accused drove her motor home through an intersection and struck another vehicle, killing a husband and wife and injuring their young son. She was charged with several *Criminal Code* offences, including dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm, and parallel charges for impaired driving. Counsel initially entered into a plea agreement according to which the accused would plead guilty to a charge of careless driving under the provincial *Traffic Safety Act* with a joint sentence recommendation for an \$1,800 fine in return for which the Crown agreed to withdraw the *Criminal Code* charges. When the Acting Assistant Deputy Minister of the Criminal Justice Division of the Office of the Attorney General saw the proposed resolution, he initiated an inquiry which led him to conclude that Crown counsel's assessment of the strength of the case was flawed. In his view, a plea to careless driving in the circumstances was contrary to the interests of justice and would bring the administration of justice into disrepute. Crown counsel was thus instructed to withdraw the plea agreement and to proceed to trial. In response, the accused brought a s. 7 *Charter* application alleging abuse of process and seeking a court direction requiring the Crown to complete the plea agreement. The application judge held that negotiations between counsel after charges are laid are matters of tactics or conduct which are subject to review by the court, and that the repudiation of the plea agreement, in this case, was not justified. He concluded that the accused's s. 7 *Charter* right to security of the person had been breached and he directed the Crown to proceed with the agreement. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, finding that the repudiation of a plea agreement is a matter of prosecutorial discretion not reviewable by the courts, subject to the doctrine of abuse of process.

Held: The appeal should be dismissed.

The crucial importance of the distinction between prosecutorial discretion reviewable only for abuse of process and matters of tactics or conduct before the court governed by the inherent jurisdiction of the criminal trial court to control its own process was fully canvassed and explained in *Krieger v. Law Society of*

L'accusée a franchi une intersection avec son auto-caravane sans faire d'arrêt et a heurté un autre véhicule, tuant un homme et son épouse et blessant leur jeune fils. Elle a été accusée de plusieurs infractions au *Code criminel*, notamment de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies. Les avocats ont d'abord conclu une entente sur le plaidoyer, assortie d'une recommandation conjointe qu'une amende de 1 800 \$ soit imposée à l'accusée. Selon l'entente, l'accusée devait inscrire un plaidoyer de culpabilité à une accusation de conduite imprudente au sens de la *Traffic Safety Act* de la province; en contrepartie, la Couronne consentait à retirer les accusations fondées sur le *Code criminel*. Quand le sous-ministre adjoint par intérim de la section de la justice pénale du bureau du procureur général a vu le projet d'entente, il a entrepris une enquête qui l'a amené à conclure que l'appréciation de la solidité de la preuve par le procureur de la Couronne comportait des lacunes. Selon lui, un plaidoyer relatif à une accusation de conduite imprudente dans les circonstances était contraire aux intérêts de la justice et susceptible de déconsidérer l'administration de celle-ci. Il a donc été ordonné au procureur de la Couronne de répudier l'entente sur le plaidoyer et de procéder à l'instruction de l'affaire. En réponse, l'accusée a présenté une requête fondée sur l'art. 7 de la *Charte* dans laquelle elle a allégué l'abus de procédure et demandé au tribunal d'ordonner à la Couronne d'exécuter l'entente. Le juge de première instance a conclu que les négociations entre les avocats survenues après le dépôt des accusations constituaient des éléments de la stratégie ou de la conduite du poursuivant pouvant faire l'objet d'un contrôle par le tribunal, et que la répudiation de l'entente sur le plaidoyer n'était pas justifiée en l'espèce. Il a conclu qu'il avait été porté atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'accusée par l'art. 7 de la *Charte* et ordonné à la Couronne de soumettre l'entente à un autre juge. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par la Couronne après avoir conclu que la répudiation d'une entente sur le plaidoyer était une question relevant du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui ne pouvait faire l'objet d'un contrôle de la part des tribunaux, sous réserve de la règle de l'abus de procédure.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'importance cruciale de la distinction entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne pouvant faire l'objet d'un contrôle qu'en cas d'abus de procédure et les éléments de stratégie ou de conduite devant le tribunal assujettis à la compétence inhérente de la cour de juridiction criminelle de contrôler sa

Alberta, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. The Crown's decision in this case to resile from the plea agreement and to continue the prosecution clearly constituted an act of prosecutorial discretion subject to the principles set out in *Krieger*: it is only reviewable for abuse of process. Prosecutorial discretion is not spent with the decision to initiate the proceedings, nor does it terminate with a plea agreement. So long as the proceedings are ongoing, the Crown may be required to make further decisions about whether the prosecution should be continued, and if so, in respect of what charges.

There are two categories of abuse of process under s. 7 of the *Charter*: (1) prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial; and (2) prosecutorial conduct that contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process. While s. 24(1) of the *Charter* allows for a wide range of remedies, this does not mean that abuse of process can be made out by demonstrating a lesser degree of harm, either to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system. Achieving the appropriate balance between societal and individual concerns defines the essential character of abuse of process.

The repudiation of a plea agreement may well constitute an abuse of process, either because it results in trial unfairness or meets the narrow residual category of abuse that undermines the integrity of the judicial process. The more difficult question in this appeal is how the initial exercise of prosecutorial discretion — Crown counsel's offer to resolve the matter on the basis of a plea to a lesser charge — should figure in the analysis regarding abuse of process. A plea agreement should not be regarded as a contractual undertaking. Vitiating factors, such as mistake, misrepresentation or fraud, which usually inform a private party's right to resile from a bargain, do not fully capture the public interest considerations which are at play. However, the analogy can usefully underscore the utmost importance of honouring the agreement. The situations in which the Crown can properly repudiate a plea agreement are, and must remain, very rare. Moreover, the reasonably defensible test applied by the application judge to Crown counsel's

propre procédure a été examinée et expliquée à fond dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372. Sous réserve de la règle de l'abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d'une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. La décision de la Couronne de répudier l'entente sur le plaidoyer et de continuer la poursuite constituait manifestement un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites visé par les principes énoncés dans *Krieger* : il est susceptible de contrôle judiciaire seulement s'il y a eu abus de procédure. Ni la décision d'entamer des procédures, ni la conclusion d'une entente sur le plaidoyer ne signifie que ce pouvoir ne peut plus être exercé. Tant que les procédures sont en cours, la Couronne peut être tenue de prendre d'autres décisions quant à savoir si la poursuite doit être continuée et, le cas échéant, à l'égard de quelles accusations.

Il existe deux catégories d'abus de procédure auxquelles s'applique l'art. 7 de la *Charte* : (1) les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l'équité du procès; et (2) les cas où la conduite du poursuivant contrevient aux notions fondamentales de justice et mine ainsi l'intégrité du processus judiciaire. Même si le par. 24(1) de la *Charte* permet d'octroyer une vaste gamme de réparations, cela ne signifie pas pour autant que l'on puisse faire la preuve d'un abus de procédure en établissant une atteinte moins grave soit au droit de l'accusé à un procès équitable, soit à l'intégrité du système de justice. Trouver le juste équilibre entre les préoccupations des individus et celles de la société : voilà le caractère essentiel de l'analyse relative à l'abus de procédure.

La répudiation d'une entente sur le plaidoyer peut fort bien constituer un abus de procédure, soit parce qu'elle rend le procès inéquitable, soit parce qu'elle est visée par l'étroite catégorie résiduelle de cas qui minent l'intégrité du processus judiciaire. La question plus difficile à trancher dans le présent pourvoi est de savoir dans quelle mesure il faut, dans l'analyse relative à l'abus de procédure, tenir compte de l'exercice initial du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, à savoir l'offre du procureur de la Couronne de régler l'affaire sur la base d'un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave. Il ne faut pas considérer l'entente sur le plaidoyer comme un engagement contractuel. Les facteurs susceptibles de vicier une entente — tels l'erreur, la déclaration inexacte et la fraude — et qui permettent habituellement à une partie privée de répudier une entente ne rendent pas pleinement compte des considérations d'intérêt public qui entrent en jeu. Toutefois, l'analogie fait utilement ressortir l'importance capitale de respecter

decision to enter into a plea agreement is not the appropriate measure to determine whether there is an abuse of process. Indeed, it is the circumstances surrounding the repudiation of a plea agreement which should be reviewed to determine whether that decision amounts to an abuse of process. Reviewing for “reasonableness” a decision made in the exercise of prosecutorial discretion runs contrary to the constitutionally separate role of the Attorney General in the initiation and pursuit of criminal prosecutions as well as the principles set out in *Krieger*.

Given that acts of prosecutorial discretion are generally beyond the reach of the court, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges abuse of process. A court should not embark on an inquiry into the reasons behind the exercise of prosecutorial discretion without a proper evidentiary foundation. However, evidence that a plea agreement has been entered into and subsequently reneged by the Crown meets the requisite threshold. Further, to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to resile from the agreement. The ultimate burden of proving abuse of process, however, remains on the applicant.

In this case, the Crown’s repudiation conduct cannot be considered so unfair or oppressive to the accused, or so tainted by bad faith or improper motive, that to allow the Crown to now proceed on the dangerous driving *Criminal Code* charges would tarnish the integrity of the judicial system and thus constitute an abuse of process. Indeed, the Acting Assistant Deputy Minister, in good faith, determined that Crown counsel’s assessment of the strength of the evidence was erroneous and, on that basis, having regard to the seriousness of the offences, concluded that it would not be in the public interest to terminate the prosecution on the criminal charges. This can hardly be regarded as evidence of misconduct. Finally, the accused was returned to the position she was in at the conclusion of the preliminary hearing before the plea agreement was entered into and thus suffered no prejudice as a result of the repudiation.

l’entente. Les cas dans lesquels la Couronne peut à juste titre répudier une entente sur le plaidoyer sont — et doivent demeurer — très rares. En outre, le critère de la décision raisonnablement défendable que le juge de première instance a appliqué pour apprécier la décision du procureur de la Couronne de conclure une entente sur le plaidoyer n’est pas la norme qu’il convient d’appliquer pour décider s’il y a eu abus de procédure. En effet, il faut plutôt analyser les circonstances de la décision de répudier l’entente pour établir si cette décision-là constitue un abus de procédure. L’appréciation du « caractère raisonnable » d’une décision prise dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites va à l’encontre du rôle distinct du procureur général sur le plan constitutionnel quant aux décisions d’engager et de continuer des poursuites pénales, ainsi que des principes énoncés dans *Krieger*.

Comme les actes résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites échappent généralement à la compétence du tribunal, il existe de bonnes raisons d’imposer un fardeau initial au demandeur qui allègue l’abus de procédure. Les tribunaux ne doivent pas examiner les motifs qui sous-tendent les actes résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites s’ils ne peuvent s’appuyer sur une preuve suffisante. Toutefois, la preuve que la Couronne a conclu une entente sur le plaidoyer qu’elle a par la suite répudiée est conforme à la norme préliminaire à laquelle il doit être satisfait. En outre, dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l’information, c’est à elle qu’il incombe d’exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l’entente. En bout de ligne, cependant, c’est au demandeur qu’il revient d’établir qu’il y a eu abus de procédure.

En l’espèce, le fait que la Couronne ait répudié l’entente n’était pas à ce point injuste ou oppressif pour l’accusée, ou à ce point entaché de mauvaise foi ou d’un motif illégitime, que permettre à la Couronne de tenir un procès relativement à l’accusation de conduite dangereuse prévue au *Code criminel* porterait atteinte à l’intégrité du système judiciaire et, partant, constituerait un abus de procédure. En effet, le sous-ministre adjoint par intérim a conclu de bonne foi que le procureur de la Couronne avait mal évalué la force probante de la preuve, et, sur ce fondement, il a jugé que, compte tenu de la gravité des infractions reprochées, il ne serait pas dans l’intérêt public de mettre fin à la poursuite. On ne saurait guère considérer cela comme la preuve d’une inconduite. Enfin, l’accusée a été rétablie dans la situation dans laquelle elle se trouvait à la fin de l’enquête préliminaire, avant que l’entente sur le plaidoyer ne soit conclue, et n’a donc pas subi de préjudice par suite de la répudiation.

Cases Cited

Applied: *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; **disapproved:** *R. v. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349; **referred to:** *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6.

Authors Cited

Law Society of Alberta. *Code of Professional Conduct*, version No. 2009_V1, June 3, 2009 (online: <http://www.lawsociety.ab.ca/files/regulations/Code.pdf>).

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Paperny and Slatter JJ.A.), 2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384, 464 A.R. 1, 246 C.C.C. (3d) 149, 195 C.R.R. (2d) 352, [2009] 10 W.W.R. 641, 82 M.V.R. (5th) 191, [2009] A.J. No. 871 (QL), 2009 CarswellAlta 1221, setting aside an order of Ayotte Prov. Ct. J., 2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156, 445 A.R. 111, 233 C.C.C. (3d) 539, [2008] 8 W.W.R. 740, 61 M.V.R. (5th) 287, [2008] A.J. No. 129 (QL), 2008 CarswellAlta 162, directing the Crown to honour the plea agreement. Appeal dismissed.

Marvin R. Bloos, Q.C., for the appellant.

Goran Tomljanovic, Q.C., and *Christine Rideout*, for the respondent.

Michal Fairburn and *Frank Au*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Ami Kotler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; **arrêt critiqué :** *R. c. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349; **arrêts mentionnés :** *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, ch. T-6.

Doctrine citée

Law Society of Alberta. *Code of Professional Conduct*, version No. 2009_V1, June 3, 2009 (online : <http://www.lawsociety.ab.ca/files/regulations/Code.pdf>).

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Paperny et Slatter), 2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384, 464 A.R. 1, 246 C.C.C. (3d) 149, 195 C.R.R. (2d) 352, [2009] 10 W.W.R. 641, 82 M.V.R. (5th) 191, [2009] A.J. No. 871 (QL), 2009 CarswellAlta 1221, qui a infirmé l'ordonnance du juge Ayotte, 2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156, 445 A.R. 111, 233 C.C.C. (3d) 539, [2008] 8 W.W.R. 740, 61 M.V.R. (5th) 287, [2008] A.J. No. 129 (QL), 2008 CarswellAlta 162, enjoignant à la Couronne de respecter l'entente sur le plaidoyer. Pourvoi rejeté.

Marvin R. Bloos, c.r., pour l'appelante.

Goran Tomljanovic, c.r., et *Christine Rideout*, pour l'intimée.

Michal Fairburn et *Frank Au*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Ami Kotler, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

D'Arcy DePoe, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association.

Marie Henein, Matthew Gourlay and Lou Strezos, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] The question on this appeal is whether the trial judge erred in concluding that the Crown's repudiation of a plea agreement was an abuse of process in breach of the appellant's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More specifically, the courts below were divided on the appropriate standard against which to measure the repudiation conduct.

[2] The application judge held that the repudiation of a plea agreement is a matter of conduct or tactics which is subject to the usual control of the criminal trial court (2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156). In the case at bar, the repudiation of the plea agreement by the Assistant Deputy Minister of the Criminal Justice Division was not justified, as Crown counsel's decision to enter into a plea agreement was "reasonably defensible". Thus, he concluded that the repudiation of the plea agreement was an abuse of process in breach of the accused's s. 7 security and liberty interests and directed the Crown to honour the agreement. The appellant subsequently pleaded guilty to a lesser offence and was acquitted on the more serious charges.

[3] The Alberta Court of Appeal overturned the application judge's decision, holding that the repudiation of a plea agreement is a matter of prosecutorial discretion, reviewable only for abuse of process

D'Arcy DePoe, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Marie Henein, Matthew Gourlay et Lou Strezos, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] La question que soulève le présent pourvoi est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la répudiation, par la Couronne, d'une entente sur le plaidoyer constituait un abus de procédure portant atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, les juridictions inférieures étaient partagées quant à la norme au regard de laquelle il convient de juger la conduite des représentants de la Couronne.

[2] Le juge de première instance a conclu que la répudiation d'une entente sur le plaidoyer constituait un élément de conduite ou de stratégie susceptible de faire l'objet du contrôle habituellement exercé par la cour de juridiction criminelle (2008 ABPC 20, 89 Alta. L.R. (4th) 156). En l'espèce, la répudiation de l'entente par le sous-ministre adjoint de la section de la justice pénale n'était pas justifiée, car la décision du procureur de la Couronne de conclure une telle entente était [TRADUCTION] « raisonnablement défendable ». Par conséquent, le juge a conclu que la répudiation de l'entente constituait un abus de procédure portant atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de l'accusée que garantit l'art. 7 de la *Charte*, et il a ordonné à la Couronne de respecter l'entente. L'appelante a par la suite plaidé coupable à une infraction moindre et été acquittée des accusations les plus graves.

[3] La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision du juge de première instance après avoir conclu que la répudiation d'une entente sur le plaidoyer relevait du pouvoir discrétionnaire en matière de

(2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384). It held that the application judge erred in testing Crown counsel's decision against a "reasonably defensible" standard. Rather, he should have reviewed the circumstances surrounding the subsequent decision to repudiate. The relevant inquiry for abuse of process under s. 7 of the *Charter* is whether there is conduct which either causes prejudice to the accused by rendering the trial unfair, or affects the integrity of the justice system itself. In the absence of prejudice which renders the trial unfair, there must be proof of "prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances or ultimate decision to repudiate" (para. 49). Applying this test, the Court of Appeal found no evidence to support a finding of abuse of process in the circumstances of this case. The application judge's order, the resulting plea and the acquittals were set aside, and a new trial was ordered.

[4] The appellant, Olga Maria Nixon, appeals to this Court.

[5] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the application judge applied the incorrect test for abuse of process. I also agree that there is no basis for finding that the appellant's s. 7 rights were breached in the circumstances of this case. I would dismiss the appeal.

2. The Proceedings Below

[6] The appellant, Ms. Nixon, was charged with several *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, offences, including dangerous driving causing death, dangerous driving causing bodily harm, and parallel charges for impaired driving. The charges arose as a result of a motor vehicle accident which

poursuites et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire qu'en cas d'abus de procédure (2009 ABCA 269, 8 Alta. L.R. (5th) 384). Elle a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en appréciant la décision du procureur de la Couronne en fonction de la norme de la décision « raisonnablement défendable ». Selon elle, il aurait plutôt dû examiner les circonstances dans lesquelles la décision de répudier l'entente a été prise. Pour établir s'il y a eu abus de procédure au regard de l'art. 7 de la *Charte*, il faut se demander si la conduite du poursuivant a causé un préjudice à l'accusé, rendant ainsi le procès inéquitable, ou porté atteinte à l'intégrité du système de justice lui-même. Si aucun préjudice n'a rendu le procès inéquitable, il faut faire la preuve [TRADUCTION] « d'une conduite répréhensible de la part du poursuivant, d'un motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier [l'entente] » (par. 49). Appliquant ce critère, la Cour d'appel a jugé qu'aucun élément de preuve ne permettait de conclure à l'abus de procédure dans les circonstances de l'espèce. Elle a donc annulé l'ordonnance du juge de première instance, le plaidoyer qui en avait résulté ainsi que les acquittements qui avaient été prononcés, et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[4] L'appelante, Olga Maria Nixon, se pourvoit maintenant devant la Cour.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la Cour d'appel que le juge de première instance a appliqué le mauvais critère pour établir s'il y avait eu abus de procédure. J'estime moi aussi que rien ne permet de conclure, dans les circonstances de l'espèce, qu'il a été porté atteinte aux droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte*. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

2. Les juridictions inférieures

[6] L'appelante, M^{me} Nixon, a été accusée de plusieurs infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, notamment de conduite dangereuse ayant causé la mort, de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles, et d'accusations parallèles de conduite avec facultés affaiblies. Les

occurred on September 2, 2006. The Crown alleged that Ms. Nixon drove her motor home through an intersection without stopping and struck another vehicle, killing a husband and wife and injuring their young son. A roadside screening test was administered at the scene, followed by breath samples which resulted in readings of 200 mg of alcohol in 100 mL of blood. Expert extrapolation concluded that Ms. Nixon's blood alcohol level would have been between 225 and 250 mg per 100 mL at the time of the accident.

[7] Given that Ms. Nixon elected trial by judge and jury, the matter proceeded to a preliminary inquiry on March 1, 2007. Crown counsel who had carriage of the case at the time had concerns about some of the evidence, in particular the admissibility of the breathalyzer results and the probative value of the eyewitness evidence that a motor home had been seen driving erratically some time before the accident. Based on his assessment, Crown counsel did not adduce the breath sample results at the preliminary hearing, although he specifically reserved the right to call this evidence at trial. He also informed the presiding judge that the Crown would not be seeking a committal on any charge other than the dangerous driving counts. Ms. Nixon consented to a committal order on the dangerous driving charges.

[8] Following the preliminary inquiry, additional discussions were held between counsel during the first weeks of May 2007 regarding a plea to a charge of careless driving under the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, with a joint sentence recommendation for a \$1,800 fine. Counsel ultimately entered into a written agreement to that effect on May 22, and Ms. Nixon re-elected her mode of trial in anticipation of entering a guilty plea to the lesser charge on June 5.

accusations ont été portées par suite d'un accident de la route qui s'est produit le 2 septembre 2006. Selon la Couronne, M^{me} Nixon a franchi une intersection avec son autocaravane sans faire d'arrêt et a heurté un autre véhicule, tuant un homme et son épouse et blessant leur jeune fils. Un test de détection routier a été effectué sur les lieux de l'accident, puis des échantillons d'haleine ont été recueillis : ceux-ci renfermaient 200 mg d'alcool par 100 ml de sang. Une extrapolation d'expert a permis de conclure que, au moment de l'accident, le taux d'alcool dans le sang de M^{me} Nixon se situait entre 225 et 250 mg par 100 ml de sang.

[7] M^{me} Nixon ayant choisi le procès devant juge et jury, une enquête préliminaire a eu lieu le 1^{er} mars 2007. Le procureur de la Couronne chargé du dossier à l'époque avait des réserves au sujet de certains éléments de preuve, notamment quant à l'admissibilité des résultats de l'alcootest et à la valeur probante des dépositions des témoins oculaires, qui avaient déclaré avoir vu une autocaravane conduite de façon irrégulière quelque temps avant l'accident. Se fondant sur sa propre appréciation, le procureur de la Couronne a décidé de ne pas produire les résultats de l'analyse des échantillons d'haleine à l'enquête préliminaire, mais il s'est expressément réservé le droit de présenter cet élément de preuve au procès. Il a également dit au juge qui présidait l'audience que la Couronne ne chercherait à obtenir l'incarcération de l'accusée que relativement aux chefs d'accusation de conduite dangereuse. M^{me} Nixon a consenti à ce qu'une ordonnance d'incarcération soit prononcée eu égard à ces chefs d'accusation.

[8] À la suite de l'enquête préliminaire, d'autres discussions ont eu lieu entre les avocats, au cours des premières semaines de mai 2007, au sujet d'un plaidoyer relatif à une accusation de conduite imprudente au sens de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, et d'une recommandation conjointe qu'une amende de 1 800 \$ soit imposée à l'accusée. Le 22 mai, les avocats ont finalement conclu une entente écrite à cet effet et M^{me} Nixon a choisi un nouveau mode de procès en prévision du plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave, qu'elle entendait inscrire le 5 juin.

[9] Before making the offer for a plea resolution, Crown counsel had discussed the matter in general terms with some of his colleagues in the Crown's office, including his immediate supervisor who reluctantly agreed with the terms of the proposed agreement. Due to the sensitive nature of the case, a report was also prepared for senior officials in the justice department. When the Acting Assistant Deputy Minister ("ADM") of the Criminal Justice Division of the office of the Attorney General saw the report and the proposed resolution scheduled to be perfected a few days later, he became concerned and initiated an inquiry. This in turn prompted an adjournment of the June 5 date to June 26. The defence was not informed of the reason for the adjournment at the time.

[10] The ADM obtained additional legal opinions about the merits of the Nixon prosecution and about the repudiation of plea agreements. Based on the results of this research, the ADM concluded that Crown counsel's assessment of the strength of the case was flawed as he had failed to consider the totality of the evidence. In his view, a plea to careless driving in the circumstances was contrary to the interests of justice and would bring the administration of justice into disrepute. The ADM also concluded that Ms. Nixon could be restored without prejudice to the position she had been in prior to entering into the plea agreement. Thus, it was resolved that the decision by Crown counsel at the preliminary hearing not to proceed on the impaired driving counts would be maintained. However, the ADM instructed Crown counsel to withdraw the May 22 resolution agreement and to proceed to trial on the dangerous driving charges in accordance with the committal order.

[11] In response to this turn of events, Ms. Nixon brought an application under s. 7 of the *Charter*, alleging abuse of process and seeking a court direction requiring the Crown to complete the agreement. Ayotte Prov. Ct. J. of the Provincial Court

[9] Avant d'offrir à l'accusée de conclure une entente sur le plaidoyer, le procureur de la Couronne avait discuté du dossier de façon générale avec certains de ses collègues, notamment son supérieur immédiat, qui avait accepté à contrecœur les modalités de l'entente projetée. Vu le caractère délicat du dossier, un rapport a aussi été rédigé à l'intention de hauts fonctionnaires du ministère de la Justice. Quand le sous-ministre adjoint par intérim (« SMA ») de la section de la justice pénale du bureau du procureur général a vu le rapport et le projet d'entente à perfectionner quelques jours plus tard, il a commencé à s'inquiéter et entrepris une enquête. Il s'en est suivi un report de l'audience du 5 juin au 26 juin. La défense n'a pas été informée à l'époque du motif de l'ajournement.

[10] Le SMA a obtenu des avis juridiques supplémentaires sur le bien-fondé de la poursuite contre M^{me} Nixon et la répudiation de l'entente sur le plaidoyer qui l'ont amené à conclure que l'appréciation que le procureur de la Couronne avait faite de la solidité de la preuve comportait des lacunes, car ce dernier avait omis d'examiner l'ensemble des éléments de preuve. Selon lui, un plaidoyer relatif à une accusation de conduite imprudente dans les circonstances était contraire aux intérêts de la justice et susceptible de déconsidérer l'administration de celle-ci. Le SMA a également conclu que M^{me} Nixon pouvait être rétablie sans préjudice dans la situation où elle se trouvait avant de conclure l'entente sur le plaidoyer. Par conséquent, il a été résolu que la décision du procureur de la Couronne au stade de l'enquête préliminaire de ne pas poursuivre l'accusée relativement aux chefs d'accusation de conduite avec facultés affaiblies serait maintenue. Toutefois, le SMA a ordonné au procureur de la Couronne de répudier l'entente du 22 mai et de poursuivre l'accusée relativement aux chefs d'accusation de conduite dangereuse conformément à l'ordonnance d'incarcération.

[11] En réponse à cette tournure des événements, M^{me} Nixon a présenté une requête fondée sur l'art. 7 de la *Charte* dans laquelle elle a allégué l'abus de procédure et demandé au tribunal d'ordonner à la Couronne d'exécuter l'entente.

of Alberta embarked on an inquiry into the matter, at the conclusion of which he reserved judgment. At the outset of his written reasons, the application judge noted that the Attorney General has the ultimate power to initiate, conduct and terminate prosecutions, as affirmed by this Court in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372. He also acknowledged that the courts will rarely interfere with the exercise of prosecutorial discretion. In his view, however, “when that discretion is exercised in favour of proceeding, the matter becomes subject to the processes and procedures sanctioned by the court” (para. 12). Thus, he held that negotiations between counsel after charges are laid were matters of tactics or conduct which were subject to review by the court.

[12] The application judge then discussed the standard against which to measure the Crown’s conduct. He concluded that the Crown’s ability to repudiate a plea agreement is akin to the discretion of a trial judge to reject a joint submission on sentence: the determinative test was whether the plea agreement was “reasonably defensible”. Before delving into that issue, however, the application judge dealt with Ms. Nixon’s concern that the decision to repudiate was motivated by political considerations. After reviewing the relevant evidence, he concluded that “there is absolutely no evidence” of political interference (para. 22) and “nothing to suggest that [the ADM’s] action was taken in bad faith or to accommodate a real or perceived political stance of his Minister of Justice” (para. 25).

[13] The application judge emphasized that the relevant test is whether the plea agreement was “reasonably defensible”. In his view, if the Crown

Le juge Ayotte de la Cour provinciale de l’Alberta a entrepris une enquête sur la question, à la fin de laquelle il a pris l’affaire en délibéré. Au début de ses motifs écrits, le juge de première instance a souligné que le procureur général avait le pouvoir ultime d’entreprendre, de diriger et de mettre fin à des poursuites, comme l’a confirmé la Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372. Il a également reconnu que les tribunaux intervenaient rarement dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il s’est cependant dit d’avis que [TRADUCTION] « lorsque, dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, on décide d’intenter une poursuite, l’affaire est dès lors assujettie aux processus et aux procédures sanctionnés par le tribunal » (par. 12). Par conséquent, il a conclu que les négociations entre les avocats survenues après le dépôt des accusations constituaient des éléments de la stratégie ou de la conduite du poursuivant pouvant faire l’objet d’un contrôle par le tribunal.

[12] Le juge de première instance a ensuite discuté de la norme qu’il convenait d’appliquer pour apprécier la conduite de la Couronne. Il a conclu que la capacité de la Couronne de répudier une entente sur le plaidoyer s’apparentait au pouvoir discrétionnaire d’un juge de première instance de rejeter des observations conjointes au sujet de la peine : le critère déterminant était de savoir si l’entente était « raisonnablement défendable ». Toutefois, avant d’approfondir cette question, le juge s’est penché sur les inquiétudes exprimées par M^{me} Nixon, qui estimait que la décision de répudier l’entente était le produit de considérations politiques. Après avoir examiné les éléments de preuve pertinents, il a conclu qu’[TRADUCTION] « il n’y [avait] absolument aucune preuve » d’ingérence politique (par. 22) et que « rien ne donnait à penser que [le SMA] avait agi de mauvaise foi ou en vue de donner suite à une décision politique — réelle ou perçue — de son ministre de la Justice » (par. 25).

[13] Le juge de première instance a souligné que le critère pertinent consistait à savoir si l’entente était « raisonnablement défendable ».

is to justify its course of action to repudiate the agreement, then it must do more than establish that others would have reached a different conclusion. In the case at bar, he concluded that the repudiation of the plea agreement was not justified, as Crown counsel's assessment of the case was "reasonably defensible". The application judge held further that where the court is satisfied that the original bargain, if honoured, would not be contrary to the public interest and would not bring the administration of justice into disrepute, it is irrelevant whether the accused suffered prejudice. He added that if he were required to find prejudice, he would do so here. In his view, Ms. Nixon was prejudiced because defence counsel was led to believe that the evidence of breath samples would not be adduced at trial and, consequently, did not explore that issue at the preliminary hearing.

[14] The application judge concluded that Ms. Nixon's s. 7 right to security of the person was breached and, by way of remedy, he directed the Crown to proceed with the agreement before another judge. Ms. Nixon subsequently pleaded guilty to the offence of careless driving, was sentenced to a fine of \$1,800, and was acquitted of the *Criminal Code* offences.

[15] The Crown appealed the acquittals. The Court of Appeal of Alberta allowed the appeal, holding that the application judge erred in law by finding that Ms. Nixon's s. 7 *Charter* rights were violated. Paperny J.A. (Côté and Slatter J.J.A. concurring) found that the application judge used the wrong test to distinguish between matters that fall within the scope of prosecutorial discretion and those more properly characterized as a prosecutor's tactics and conduct before the court. The line cannot be artificially drawn at the courtroom door. Paperny J.A. stated: "Rather, the relevant inquiry is whether the impugned decision falls within the core of the prosecutor's discretion: is it a decision as to whether a prosecution should be brought,

Selon lui, la Couronne devait, pour justifier la démarche qu'elle avait suivie pour répudier l'entente, faire davantage que simplement établir que d'aucuns auraient tiré une conclusion différente. Il a conclu que la répudiation de l'entente n'était pas justifiée, car l'appréciation que le procureur de la Couronne avait faite du dossier était « raisonnablement défendable ». Il a en outre jugé que lorsque le tribunal est convaincu que le respect de l'entente conclue ne serait ni contraire à l'intérêt public, ni susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il n'est pas pertinent de savoir si l'accusé a subi ou non un préjudice. Il a ajouté que s'il devait conclure qu'il y a eu préjudice, c'est à ce stade-ci qu'il le ferait. À son avis, M^{me} Nixon a subi un préjudice parce que l'avocat de la défense avait été amené à croire que la preuve constituée par les échantillons d'haleine ne serait pas produite au procès et qu'en conséquence il n'avait pas étudié cette question à l'enquête préliminaire.

[14] Le juge de première instance a conclu qu'il avait été porté atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à M^{me} Nixon par l'art. 7 de la *Charte* et il a ordonné, à titre de réparation, que la Couronne soumette l'entente à un autre juge. M^{me} Nixon a par la suite plaidé coupable à l'infraction de conduite imprudente, été condamnée à payer une amende de 1 800 \$, et été acquittée des infractions au *Code criminel*.

[15] La Couronne a interjeté appel des acquittements. La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli l'appel, jugeant que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en concluant qu'il avait été porté atteinte aux droits garantis à M^{me} Nixon par l'art. 7 de la *Charte*. La juge Paperny (les juges Côté et Slatter souscrivant à ses motifs) a conclu que le juge de première instance avait appliqué le mauvais critère pour distinguer les questions relevant du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de celles plus justement qualifiées de stratégie ou de conduite du procureur de la Couronne devant le tribunal. Il faut se garder de tracer une ligne de démarcation artificielle devant la porte de la salle d'audience. La juge Paperny a

continued or ceased, and if so, what it should be for?” (para. 32). Here, the decision to continue the prosecution is a matter of prosecutorial discretion which is not reviewable by the courts, subject to the doctrine of abuse of process.

[16] Paperny J.A. held that the application judge further erred in finding that a plea agreement can only be repudiated if the original decision is unreasonable or not “reasonably defensible”. Instead of reviewing the initial decision of Crown counsel, he should have reviewed the circumstances surrounding the ADM’s decision to repudiate the plea agreement to determine whether that decision amounted to an abuse of process. The relevant inquiry under s. 7 of the *Charter* is whether there is conduct which either causes prejudice to the accused by rendering the trial unfair, or affects the integrity of the justice system itself. As she put it, “Due regard to the constitutional role occupied by the Crown demands a deferential standard of review” (para. 49). Absent prejudice which renders the trial unfair, there must be proof of “prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances or ultimate decision to repudiate” (para. 49). Applying this test, Paperny J.A. concluded that there was no evidence to support a finding of abuse of process in the circumstances of this case. The acquittals were set aside and a new trial was ordered on the dangerous driving charges.

[17] Ms. Nixon appeals to this Court.

déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « [l]a question pertinente est plutôt de savoir si la décision contestée relève du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant : s’agit-il d’une décision quant à savoir si une poursuite devrait être intentée, continuée ou abandonnée et, le cas échéant, sur quoi doit-elle porter? » (par. 32). En l’espèce, la décision de maintenir la poursuite est une question relevant du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui ne peut faire l’objet d’un contrôle de la part des tribunaux, sous réserve de la règle de l’abus de procédure.

[16] Selon la juge Paperny, le juge de première instance a commis une autre erreur en concluant qu’une entente sur le plaidoyer ne pouvait être répudiée que si la décision originale était déraisonnable ou n’était pas « raisonnablement défendable ». Plutôt que d’examiner la décision initiale du procureur de la Couronne, il aurait dû examiner les circonstances dans lesquelles le SMA a pris sa décision de répudier l’entente afin de décider si cette décision constituait un abus de procédure. L’enquête qu’il convient de faire au regard de l’art. 7 de la *Charte* consiste à se demander si la conduite du poursuivant a causé un préjudice à l’accusé, rendant ainsi le procès inéquitable, ou porté atteinte à l’intégrité du système de justice lui-même. Comme elle l’a dit, [TRADUCTION] « [l]a prise en compte du rôle constitutionnel joué par la Couronne appelle une norme de contrôle empreinte de déférence » (par. 49). Si aucun préjudice n’a rendu le procès inéquitable, il faut faire la preuve « d’une conduite répréhensible de la part du poursuivant, d’un motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier [l’entente] » (par. 49). Appliquant ce critère, la juge Paperny en est venue à la conclusion qu’aucun élément de preuve ne permettait de conclure à l’abus de procédure dans les circonstances de l’espèce. Elle a donc annulé les acquittements qui avaient été prononcés et ordonné la tenue d’un nouveau procès relativement aux accusations de conduite dangereuse.

[17] M^{me} Nixon se pourvoit maintenant devant la Cour.

3. Analysis

3.1 *The Scope of Prosecutorial Discretion*

[18] Much of the debate between the parties in this Court was centred on whether the Crown's repudiation of a plea agreement is a matter of "prosecutorial discretion" reviewable only for abuse of process, or a matter of "tactics or conduct before the court" governed by the inherent jurisdiction of the criminal trial court to control its own process. The crucial importance of this distinction was fully canvassed and explained in *Krieger*.

[19] In *Krieger*, the Law Society of Alberta claimed that it had jurisdiction over all members of the profession within the province, including those employed by the Attorney General of Alberta. Thus, it purported to investigate an allegation of bad faith or dishonesty against Crown counsel in connection with a failure to disclose relevant information to the accused as required by law. The Attorney General and *Krieger*, who was Crown counsel, challenged the Law Society's jurisdiction, arguing that decisions made by an agent of the Attorney General in the conduct of a prosecution were immune from review under the doctrine of prosecutorial discretion.

[20] Iacobucci and Major JJ., writing for the Court, reviewed the nature and development of the Attorney General's office in Canada and affirmed the independence of the office as "a constitutional principle in this country" (para. 30). The Court explained that the principle of independence requires that the Attorney General "act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions" and how it "finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process" (paras. 30 and 31). The Court stressed the fundamental

3. Analyse

3.1 *La portée du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[18] Une bonne partie du débat entre les parties devant la Cour a porté sur la question de savoir si la répudiation, par la Couronne, d'une entente sur le plaidoyer relevait du « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et ne pouvait faire l'objet d'un contrôle qu'en cas d'abus de procédure, ou s'il s'agissait plutôt d'un élément de « stratégie ou de conduite devant le tribunal » assujéti à la compétence inhérente de la cour de juridiction criminelle de contrôler sa propre procédure. L'importance cruciale de cette distinction a été examinée et expliquée à fond dans *Krieger*.

[19] Dans *Krieger*, le Barreau de l'Alberta prétendait avoir compétence à l'égard de l'ensemble des avocats dans la province, y compris ceux employés par le procureur général de l'Alberta. Il se proposait donc d'enquêter sur une allégation de mauvaise foi ou de malhonnêteté dont un procureur de la Couronne faisait l'objet parce qu'il avait omis de communiquer des renseignements pertinents à l'accusé comme l'exigeait la loi. Le procureur général et *Krieger*, qui était le procureur de la Couronne, ont contesté la compétence du Barreau de l'Alberta, faisant valoir que, suivant la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, les décisions d'un mandataire du procureur général en matière de poursuites ne pouvaient pas faire l'objet d'un contrôle.

[20] Les juges Iacobucci et Major, s'exprimant au nom de la Cour, ont examiné la nature et l'évolution de la charge de procureur général au Canada et confirmé que l'indépendance de celui-ci était « [d]ans notre pays, un principe constitutionnel » (par. 30). La Cour a expliqué que le principe de l'indépendance exige que le procureur général « agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public » et que ce principe « se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n'interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l'illustre le

importance of the principle of independence in these terms (at para 32):

The court’s acknowledgment of the Attorney General’s independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant’s decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. . . . The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict. [Emphasis added.]

[21] The Court ultimately concluded, however, that the Law Society retained jurisdiction over Krieger’s alleged misconduct, as it was a matter that fell outside the scope of the doctrine. In explaining the proper contours of prosecutorial discretion, the Court drew the distinction between acts of prosecutorial discretion, and tactics or conduct. This distinction is now at the heart of the division in this appeal. Iacobucci and Major JJ. explained the difference as follows:

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General’s office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

. . .

Without being exhaustive, we believe the core elements of prosecutorial discretion encompass the following: (a) the discretion whether to bring the prosecution

processus décisionnel en matière de poursuites » (par. 30 et 31). La Cour a souligné en ces termes l’importance fondamentale du principe de l’indépendance, au par. 32 :

La reconnaissance par la cour que l’exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général en matière de poursuites ne peut pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire repose avant tout sur le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution. Sous réserve de la règle de l’abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d’une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. [. . .] La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l’objet d’une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l’origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l’intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir. [Je souligne.]

[21] En définitive, la Cour a cependant conclu que le Barreau de l’Alberta conservait sa compétence à l’égard de l’inconduite alléguée de Krieger, car celle-ci n’était pas visée par la règle. En expliquant les limites qu’il convenait d’imposer au pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, la Cour a distingué les actes qui relevaient du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites de la stratégie ou la conduite. Il s’agit de la distinction au cœur du présent litige. Les juges Iacobucci et Major ont expliqué la différence dans les termes suivants :

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d’un procureur du ministère public, mais vise l’exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l’indépendance protège contre l’influence de considérations politiques inappropriées et d’autres vices.

. . .

Sans vouloir être exhaustifs, nous croyons que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement les éléments suivants : a) le

of a charge laid by police; (b) the discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, as codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579 and 579.1; (c) the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge; (d) the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether: *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.); and (e) the discretion to take control of a private prosecution: *R. v. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (Sask. C.A.). While there are other discretionary decisions, these are the core of the delegated sovereign authority peculiar to the office of the Attorney General.

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [First emphasis added; second and third emphases in original; paras. 43 and 46-47.]

3.2 *Submissions of the Parties*

[22] On the one hand, Ms. Nixon submits that the Court of Appeal erred when it concluded that the Crown's decision to renege on its agreement with the defence was an aspect of its traditional, constitutionally protected, core discretionary powers. She contends that the Crown's decision to resile from the agreement constitutes a reversal in tactic subject to broader review. Given that Crown counsel's offer had been accepted by the defence, the resulting plea agreement is akin to a contractual undertaking. A bargain is a bargain, it is argued. Absent some vitiating flaw in the negotiating process, such as mistake, misrepresentation or fraud,

pouvoir discrétionnaire d'intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; b) le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques, au sens des art. 579 et 579.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; c) le pouvoir discrétionnaire d'accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; d) le pouvoir discrétionnaire de se retirer complètement de procédures criminelles : *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A.N.-B.); e) le pouvoir discrétionnaire de prendre en charge des poursuites privées : *R. c. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Sask.). Même s'il existe d'autres décisions discrétionnaires, celles-ci constituent l'essentiel du pouvoir souverain délégué qui caractérise la charge de procureur général.

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Premier soulignement ajouté; deuxième et troisième soulignements dans l'original; par. 43 et 46-47.]

3.2 *Les prétentions des parties*

[22] D'une part, M^{me} Nixon soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la décision de la Couronne de répudier l'entente qu'elle avait conclue avec la défense relevait de ses pouvoirs discrétionnaires essentiels traditionnellement protégés par la Constitution. Elle prétend que la décision de la Couronne de mettre fin à l'entente constituait un changement de stratégie pouvant faire l'objet d'un examen plus large. L'offre du procureur de la Couronne ayant été acceptée par la défense, l'entente sur le plaidoyer qui en a résulté s'apparentait à un engagement contractuel. Un marché est un marché, prétend-elle. À défaut d'une

the Crown should be held strictly to its word. It is not necessary for the applicant to show that she has been prejudiced, or to establish independent acts of “bad faith” or “flagrant impropriety”. Unless the Crown can satisfy the court that implementing the plea agreement would itself bring the administration of justice into disrepute, the repudiation of a valid plea agreement, in and of itself, constitutes an abuse of process. In short, Ms. Nixon argues that the application judge adopted the correct approach and urges the Court to restore his decision.

[23] The intervener Criminal Trial Lawyers’ Association (“CTLA”) supports Ms. Nixon’s argument that the Crown’s promise to enter into a plea agreement is an undertaking “like any other given by a lawyer”. It argues that the undertaking “must be strictly and scrupulously fulfilled” and that an abuse of process need not be shown before the agreement may be summarily enforced by a court (Factum of the CTLA, at para. 2).

[24] The Criminal Lawyers’ Association (Ontario) (“CLA”) also supports Ms. Nixon’s position that the repudiation of a plea agreement does not fall within “core” Crown discretion identified in *Krieger*. Thus, the CLA submits that judicial review of a repudiation decision is warranted even in the absence of “flagrant impropriety” or bad faith. Rather, the test for allowing Crown repudiation of a plea agreement should be essentially the same as the test applied for allowing a sentencing judge to reject a joint submission: would the proposed resolution bring the administration of justice into disrepute? The CLA submits that “[r]epudiation is an abuse of process unless the Crown discharges its onus of demonstrating that the contemplated agreement would have brought the administration of justice into disrepute and the accused can be restored

quelconque lacune qui aurait vicié le processus de négociation, telle une erreur, une fausse déclaration ou une fraude, la Couronne devrait être rigoureusement tenue de respecter son engagement. Selon elle, le demandeur n’est pas tenu d’établir qu’il a subi un préjudice ou que le représentant de la Couronne a commis des actes distincts empreints de « mauvaise foi » ou que ce dernier a eu une « conduite répréhensible flagrante ». À moins que la Couronne puisse convaincre le tribunal que la mise en œuvre même de l’entente sur le plaidoyer serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, la répudiation d’une entente sur le plaidoyer valable est, en soi, un abus de procédure. En somme, M^{me} Nixon prétend que le juge de première instance a suivi la bonne démarche et elle exhorte la Cour à rétablir sa décision.

[23] L’intervenante Criminal Trial Lawyers’ Association (« CTLA ») souscrit à l’argument de M^{me} Nixon selon lequel la promesse de la Couronne de conclure une entente sur le plaidoyer constituait un engagement [TRADUCTION] « comme tout autre engagement pris par un avocat ». Elle soutient que l’engagement « doit être strictement et scrupuleusement respecté » et qu’il n’est pas nécessaire de démontrer qu’il y a eu abus de procédure pour qu’un tribunal puisse faire respecter sommairement l’entente (mémoire de la CTLA, par. 2).

[24] La Criminal Lawyers’ Association (Ontario) (« CLA ») souscrit également au point de vue de M^{me} Nixon selon lequel la répudiation d’une entente sur le plaidoyer ne relève pas de l’un ou l’autre des éléments composant « essentiellement » le pouvoir discrétionnaire du ministère public mentionnés dans *Krieger*. Par conséquent, la CLA prétend que le contrôle judiciaire d’une décision de répudier une entente sur le plaidoyer est justifié même en l’absence d’une « conduite répréhensible flagrante » ou de mauvaise foi. En fait, le critère pour décider s’il convient d’accepter la répudiation d’une telle entente par la Couronne doit être essentiellement le même que celui qui sert à apprécier le bien-fondé de la décision du juge qui impose la peine de rejeter une proposition conjointe des parties : la résolution proposée serait-elle susceptible

to his or her initial position” (Factum of the CLA, at para. 1 (emphasis in original)).

[25] On the other hand, the respondent, the Attorney General of Alberta, takes the position that both the plea agreement and the repudiation are acts that fall within the scope of the doctrine of prosecutorial discretion. As such, neither is open to review or supervision by the courts, except through an allegation of abuse of process. The respondent argues that the test advocated by Ms. Nixon and by the supporting interveners does not meet the high threshold for proving abuse of process. Abuse of process that involves core prosecutorial discretion requires proof of bad faith or flagrant impropriety by the Crown. Here, there was no evidence of any such conduct by the Crown officials in their review and repudiation of the plea agreement. Nor did Ms. Nixon suffer any prejudice as a result of the repudiation, given that she was restored to the position she was in at the conclusion of the preliminary inquiry, before the plea agreement was struck. Therefore, the Court of Appeal rightly concluded that there was no basis for finding a breach of her s. 7 rights.

[26] Attorneys General from three provinces intervened in support of the respondent’s position. In particular, they submit that the approach adopted by the application judge runs afoul with the principle of independence affirmed in *Krieger*. The Attorney General of Ontario submits that this Court’s decision in *Krieger* has been misinterpreted by lower courts. It asks this Court to confirm that *Krieger* was never intended to narrow the area of

de déconsidérer l’administration de la justice? Selon la CLA, [TRADUCTION] « [l]a répudiation est un abus de procédure à moins que la Couronne ne s’acquitte de son obligation d’établir que l’entente proposée aurait été susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et que l’accusé peut être rétabli dans la situation où il se trouvait au départ » (mémoire de la CLA, par. 1 (soulignement dans l’original)).

[25] D’autre part, l’intimé, le procureur général de l’Alberta, soutient que tant l’entente sur le plaidoyer que la répudiation de celle-ci sont des actes visés par la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ainsi, ni l’une ni l’autre n’est susceptible de contrôle ou de supervision par les tribunaux, sauf si l’abus de procédure est allégué. L’intimé avance que le critère préconisé par M^{me} Nixon et les intervenants appuyant sa cause ne convient pas à la norme préliminaire exigeante à laquelle il doit être satisfait pour établir qu’il y a eu abus de procédure. Pour prouver que l’exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites a donné lieu à un abus de procédure, il faut démontrer que les représentants de la Couronne ont agi de mauvaise foi ou qu’ils ont eu une conduite répréhensible flagrante. En l’espèce, rien ne prouvait qu’ils avaient agi de mauvaise foi ou eu une telle conduite en examinant, puis, en répudiant l’entente sur le plaidoyer. M^{me} Nixon n’a pas non plus subi de préjudice par suite de la répudiation, car elle avait été rétablie dans la situation où elle s’était trouvée à la fin de l’enquête préliminaire, avant que l’entente ne soit conclue. Par conséquent, la Cour d’appel a jugé à juste titre que rien ne permettait de conclure qu’il avait été porté atteinte aux droits garantis à M^{me} Nixon par l’art. 7 de la *Charte*.

[26] Les procureurs généraux de trois provinces sont intervenus pour appuyer la position de l’intimé. Ils soutiennent notamment que la démarche suivie par le juge de première instance va à l’encontre du principe de l’indépendance confirmé dans *Krieger*. Le procureur général de l’Ontario fait valoir que la décision de la Cour dans *Krieger* a été mal interprétée par les juridictions inférieures. Il demande à la Cour de confirmer que *Krieger*

protected prosecutorial discretion, or to create a schism in threshold tests for finding an abuse of process depending on whether a decision is considered “core” or “non-core”. All acts of prosecutorial discretion are immune from judicial supervision, subject only to the same high threshold for abuse of process.

[27] Along the same lines, the Attorney General of British Columbia (“AGBC”) emphasizes the importance of criminal trial courts not proceeding with a review of prosecutorial discretion in the absence of a “threshold determination” that the inquiry is warranted. In the absence of evidence of irremediable impairment to the fair trial interests of the accused, a criminal trial court should only proceed with an application for relief challenging prosecutorial discretion under the residual category of abuse of process if there is an evidentiary record capable of supporting the claim. This approach helps to avoid scenarios such as the case at bar, where the trial judge engaged in a full examination of the reasons behind the decision to renege on the plea agreement, even though there was nothing to suggest that the decision was motivated by improper considerations, or was made in bad faith.

[28] Finally, the Attorney General of Manitoba (“AGM”) intervenes to underscore the importance of the Attorney General’s supervisory role over the exercise of prosecutorial discretion. Acknowledging that the repudiation of plea agreements is and should be rare, it argues that “when the Attorney General, or a senior delegate, makes a *bona fide* decision to overturn a plea agreement that he or she determines is contrary to the public interest, that decision is part of the proper and usual institutional checks and balances necessary for the

ne visait aucunement à restreindre le domaine de protection du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ou à départager les critères préliminaires qu’il convient d’appliquer pour décider s’il y a eu abus de procédure selon que la décision en cause est considérée comme résultant de l’exercice d’un élément composant essentiellement ce pouvoir ou non. Tous les actes posés dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites échappent au contrôle judiciaire, sous réserve uniquement de la norme préliminaire exigeante à laquelle il doit être satisfait pour démontrer l’abus de procédure.

[27] Dans le même ordre d’idée, le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») insiste sur l’importance que les cours de juridiction criminelle s’abstiennent de contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites avant d’avoir d’abord décidé que l’examen est justifié. En l’absence de preuve démontrant qu’il a été irrémédiablement porté atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable, les cours de juridiction criminelle ne doivent traiter des demandes de réparation contestant l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans la catégorie résiduelle d’abus de procédure que s’il existe un dossier de preuve pouvant étayer l’allégation. Cette démarche permet d’éviter des scénarios comme celui en l’espèce, où le juge de première instance a fait un examen complet des motifs qui sous-tendaient la décision de répudier l’entente sur le plaidoyer, même si rien ne portait à croire que la décision avait été prise sur la base de considérations non pertinentes ou de mauvaise foi.

[28] Enfin, le procureur général du Manitoba (« PGM ») intervient pour souligner l’importance du rôle de surveillance du procureur général sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Reconnaissant que la répudiation d’une entente sur le plaidoyer est — et devrait être — quelque chose de rare, il avance que [TRADUCTION] « lorsque le procureur général, ou un délégué principal, décide de bonne foi de répudier une entente sur le plaidoyer qui, selon lui, va à l’encontre de l’intérêt public, il prend une décision qui fait partie

justice system to function properly” (Factum of the AGM, at para. 3).

3.3 *The Plea Agreement and Its Repudiation Are Acts of Prosecutorial Discretion*

[29] None of the participants in this appeal disputes that Crown counsel’s decision to resolve the proceedings by accepting a plea to a lesser offence falls within the scope of prosecutorial discretion as defined in *Krieger*. To the extent that the application judge’s analysis suggests that anything occurring after the charges are laid falls outside the scope of prosecutorial discretion, it cannot be sustained. If the line were to be drawn at the point seemingly chosen by the application judge, namely “when [the] discretion is exercised in favour of proceeding” (para. 12), Crown counsel’s decision to enter into a plea agreement would itself be subject to review by the court as a matter of conduct or tactic without regard to the principles of judicial restraint set out in *Krieger*. As noted by Paperny J.A., to artificially draw the line at the courtroom door “effectively neuters some of the primary purposes of prosecutorial discretion, to resolve cases by accepting pleas to lesser charges and to discontinue prosecutions” (para. 32).

[30] In my view, the question of whether the ADM’s decision to repudiate the plea agreement is an act of prosecutorial discretion, although disputed in this appeal, is just as easily resolved. As aptly put by Paperny J.A., in determining whether any impugned decision falls within the core of prosecutorial discretion, it is useful to ask: “. . . is it a decision as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and if so, what it

des freins et contrepoids institutionnels habituels qui sont essentiels au bon fonctionnement du système de justice » (mémoire du PGM, par. 3).

3.3 *L’entente sur le plaidoyer et sa répudiation relèvent du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[29] Aucun des participants au présent pourvoi ne conteste que la décision du procureur de la Couronne de résoudre l’affaire en acceptant un plaidoyer de culpabilité relativement à une infraction moins grave relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites au sens de l’arrêt *Krieger*. Dans la mesure où elle donne à penser que tout ce qui survient après que les accusations ont été portées n’est pas visé par le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, l’analyse du juge de première instance ne peut être retenue. S’il fallait tracer la ligne de démarcation là où le juge de première instance semble estimer qu’il est indiqué de le faire, à savoir [TRADUCTION] « lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire est favorable à la poursuite des procédures » (par. 12), la décision du procureur de la Couronne de conclure une entente sur le plaidoyer serait elle-même susceptible de contrôle par le tribunal en tant qu’élément de la conduite ou la stratégie de ce dernier, et ce sans égard aux principes de retenue judiciaire énoncés dans *Krieger*. Comme l’a souligné la juge Paperny, tracer artificiellement la ligne de démarcation devant la porte de la salle d’audience [TRADUCTION] « revient à neutraliser certains des objectifs principaux du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, c’est-à-dire régler des dossiers par l’acceptation de plaidoyers de culpabilité relativement à des accusations moins graves, et mettre fin à des poursuites » (par. 32).

[30] Selon moi, la question de savoir si la décision du SMA de répudier l’entente sur le plaidoyer est un acte résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, bien qu’elle soit contestée dans le présent pourvoi, est tout aussi facilement réglée. Comme l’a si bien dit la juge Paperny, pour décider si une décision contestée a été prise dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, il est utile de se

should be for?” (para. 32). Applying this test, she held that the ADM’s decision to repudiate the plea agreement “fell squarely within the core elements of prosecutorial discretion” (para. 33). I agree. In my respectful view, it is difficult to see how the ADM’s decision could otherwise be characterized. The ADM effectively decided that the prosecution against Ms. Nixon should be continued and that it should be for the *Criminal Code* offences of dangerous driving, not for the traffic infraction of careless driving. Clearly, the ADM’s decision to repudiate the plea agreement also constitutes an act of prosecutorial discretion. Prosecutorial discretion was not spent with the decision to initiate the proceedings, nor did it terminate with the plea agreement. So long as the proceedings are ongoing, the Crown may be required to make further decisions about whether the prosecution should be continued and, if so, in respect of what charges.

[31] Thus, it follows that the Crown’s ultimate decision to resile from the plea agreement and to continue the prosecution is subject to the principles set out in *Krieger*: it is *only* subject to judicial review for abuse of process.

[32] The more difficult question in this appeal is how the initial exercise of prosecutorial discretion — Crown counsel’s offer to resolve the matter on the basis of a plea to a lesser charge — should figure in the analysis regarding abuse of process. As outlined earlier, the parties and interveners present very divergent views on how this question should be answered. Before dealing with these arguments, I will review the law on abuse of process.

poser la question suivante : [TRADUCTION] « . . . s’agit-il d’une décision quant à savoir si une poursuite devrait être intentée, continuée ou abandonnée et, le cas échéant, sur quoi doit-elle porter? » (par. 32). Appliquant ce critère, elle a conclu que la décision du SMA de répudier l’entente « relevait directement du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites » (par. 33). Je souscris à cette opinion. À mon humble avis, il est difficile de voir comment on pourrait qualifier autrement la décision du SMA. Le SMA a en effet décidé que la poursuite contre M^{me} Nixon devrait être continuée et qu’elle devrait porter sur les infractions de conduite dangereuse prévues au *Code criminel*, et non sur l’infraction de conduite imprudente visée par les règles de la circulation. De toute évidence, la décision du SMA de répudier l’entente constitue également un acte résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ni la décision d’entamer les procédures, ni la conclusion de l’entente ne signifiait que ce pouvoir ne pouvait plus être exercé. En effet, tant que les procédures sont en cours, la Couronne peut être tenue de prendre d’autres décisions quant à savoir si la poursuite doit être continuée et, le cas échéant, à l’égard de quelles accusations.

[31] Par conséquent, il s’ensuit que la décision finale de la Couronne de répudier l’entente sur le plaidoyer et de continuer la poursuite est visée par les principes énoncés dans *Krieger* : elle est susceptible de contrôle judiciaire *seulement* s’il y a eu abus de procédure.

[32] La question plus difficile à trancher dans le présent pourvoi est de savoir dans quelle mesure il faut, dans l’analyse relative à l’abus de procédure, tenir compte de l’exercice initial du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, à savoir l’offre du procureur de la Couronne de régler l’affaire sur la base d’un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave. Comme il a déjà été souligné, les parties et les intervenants font état d’opinions très divergentes sur la manière dont il convient de répondre à cette question, mais avant de considérer ces arguments, je vais examiner le droit applicable en matière d’abus de procédure.

3.4 *The Doctrine of Abuse of Process*

[33] Until this Court's decision in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, there was much controversy about whether a court had the power to stay validly instituted criminal proceedings for abuse of process. The inherent jurisdiction of a superior court to control its own process by staying abusive proceedings had long been recognized in Canada. However, it remained uncertain whether criminal courts had the discretion to stay proceedings for abuse of process, or whether this was a power reserved for the Attorney General under s. 508 (now s. 579) of the *Criminal Code* (pp. 131-32).

[34] *Jewitt* put an end to the uncertainty by recognizing that a trial court judge had a "residual discretion" to stay proceedings to remedy abuse of process. The Court held that the common law doctrine could be applied in narrow circumstances "where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (pp. 136-37).

[35] Initially, the common law doctrine of abuse of process was viewed as analytically distinct from *Charter* considerations since its focus was more on maintaining confidence in the integrity of the judicial system than on protecting individual rights. The common law and *Charter* analyses were also kept separate because of the different burdens of proof to successfully make out an abuse of process claim under the two regimes. For an applicant to establish a violation under the *Charter*, the burden of proof was the balance of probabilities standard. For an applicant to successfully invoke the court's common law power to stay proceedings for abuse of process, the burden

3.4 *La règle de l'abus de procédure*

[33] La question de savoir si les tribunaux peuvent, pour cause d'abus de procédure, suspendre des procédures criminelles valablement intentées, était fort controversée avant l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Le pouvoir inhérent d'une cour supérieure de contrôler sa propre procédure en suspendant des poursuites abusives avait été reconnu depuis longtemps au Canada, mais la question de savoir si les cours criminelles avaient le pouvoir discrétionnaire de suspendre des procédures pour cause d'abus de procédure, ou si, en vertu de l'art. 508 (l'actuel art. 579) du *Code criminel*, l'exercice d'un tel pouvoir relevait plutôt uniquement du procureur général, demeurait incertaine (p. 131-132).

[34] L'arrêt *Jewitt* a mis fin à cette incertitude en indiquant que les juges de première instance avaient le « pouvoir discrétionnaire résiduel » de suspendre des procédures afin de remédier à des abus de procédure. La Cour a affirmé qu'il était possible, dans certains cas particuliers, d'appliquer la règle de common law en matière d'abus de procédure « lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire » (p. 136-137).

[35] Sur le plan analytique, la règle de common law en matière d'abus de procédure était perçue au départ comme distincte des considérations fondées sur la *Charte*, car elle visait davantage à maintenir la confiance du public dans l'intégrité du système judiciaire qu'à protéger les droits individuels. En outre, la distinction entre l'analyse applicable en common law et celle fondée sur la *Charte* était maintenue parce que les deux régimes prévoyaient des fardeaux de preuve différents en matière d'abus de procédure. En effet, pour démontrer qu'il avait été porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, l'intéressé devait satisfaire à la norme de la prépondérance des probabilités, alors que pour

of proof was the more onerous “clearest of cases” standard.

[36] Ten years later in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the Court noted that there was much overlap between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process, as the latter had found application in circumstances involving state conduct touching upon both “the integrity of the judicial system and the fairness of the individual accused’s trial” (para. 73). Consequently, L’Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court on this point, held that the two regimes should be merged under s. 7 of the *Charter*. Depending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged by the alleged abuse of process and thus some claims may be better addressed by reference to the specific procedural guarantee. For example, “where the accused claims that the Crown’s conduct has prejudiced his ability to have a trial within a reasonable time, abuses may be best addressed by reference to s. 11(b)” (para. 73). The Court identified two categories of abuse of process which would be caught by s. 7 of the *Charter*: (1) prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial; and (2) prosecutorial conduct that “contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process” (para. 73).

[37] The Court held further that there was no practical utility in maintaining two distinct analytic regimes based on the different burdens of proof. Even if a violation of s. 7 is proved on a balance of probabilities, the court would still have to determine the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* and the “clearest of cases” burden would still apply to justify the remedy of a judicial stay of proceedings (para. 69). The Court made clear, however, that the fusion of common law and *Charter* claims of abuse of process under s. 7 of

obtenir que le tribunal exerce le pouvoir qu’il tenait de la common law de suspendre une instance pour abus de procédure, l’intéressé se voyait imposer un fardeau de preuve plus exigeant, à savoir la norme des « cas les plus manifestes ».

[36] Dix ans plus tard, dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour a fait remarquer qu’il y avait beaucoup de points communs entre la règle de l’abus de procédure fondée sur la *Charte* et celle de la common law, cette dernière ayant été appliquée dans un certain nombre de circonstances mettant en cause la conduite de l’État en ce qui concerne à la fois « l’intégrité du système judiciaire et l’équité du procès de la personne accusée » (par. 73). C’est pourquoi la juge L’Heureux-Dubé, rédigeant l’opinion unanime de la Cour sur ce point, a mentionné qu’il était nécessaire de fusionner les deux régimes pour n’en faire qu’une seule analyse fondée sur l’art. 7 de la *Charte*. Selon les circonstances, l’allégation d’abus de procédure peut faire intervenir différentes garanties prévues par la *Charte*; par conséquent, la solution la plus opportune pour traiter d’une telle allégation consiste parfois à s’appuyer sur la garantie procédurale particulière en cause. Par exemple, « lorsque l’accusé prétend que la conduite du ministère public l’a empêché d’être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l’al. 11b) » (par. 73). La Cour a relevé deux catégories d’abus de procédure auxquelles s’applique l’art. 7 de la *Charte* : (1) les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l’équité du procès; (2) les cas où la conduite du poursuivant « contre[vient] aux notions fondamentales de justice et [mine] ainsi l’intégrité du processus judiciaire » (par. 73).

[37] La Cour a ajouté qu’il n’y avait aucune utilité concrète à conserver deux régimes d’analyse distincts fondés sur des fardeaux de preuve différents. Même si une atteinte à l’art. 7 de la *Charte* est établie selon la prépondérance des probabilités, le tribunal doit tout de même choisir la réparation qu’il convient d’accorder sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, et il faut toujours s’acquitter du fardeau des « cas les plus manifestes » pour justifier une suspension judiciaire des procédures (par. 69). La Cour a toutefois clairement indiqué que la fusion

the *Charter* does not alter “the essential balancing character of abuse of process”. L’Heureux-Dubé J. explained as follows (at para. 69):

Remedies less drastic than a stay of proceedings are of course available under s. 24(1) in situations where the “clearest of cases” threshold is not met but where it is proved, on a balance of probabilities, that s. 7 has been violated. In this respect the *Charter* regime is more flexible than the common law doctrine of abuse of process. However, this is not a reason to retain a separate common law regime. It is important to recognize that the *Charter* has now put into judges’ hands a scalpel instead of an axe — a tool that may fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system. Even at common law, courts have given consideration to the societal (not to mention individual) interests in obtaining a final adjudication of guilt or innocence in cases involving serious offences. . . . I see no reason why such balancing cannot be performed equally, if not more, effectively under the *Charter*, both in terms of defining violations and in terms of selecting the appropriate remedy to perceived violations. [Emphasis added.]

[38] Thus, in defining what constitutes a *violation*, it is important to recall what kind of harm the common law doctrine of abuse of process was intended to address and, in turn, why this degree of harm called for a stay of proceedings as the *appropriate remedy*. In other words, while s. 24(1) of the *Charter* allows for a wide range of remedies, this does not mean that abuse of process can be made out by demonstrating a lesser degree of harm, either to the accused’s fair trial interests or to the integrity of the justice system. Achieving the appropriate balance between societal and individual concerns defines the essential character of abuse of process.

du régime de common law en matière d’abus de procédure et des recours prévus par la *Charte* pour n’en faire qu’une seule analyse fondée sur l’art. 7 de celle-ci ne modifie pas « le caractère essentiel de la balance qui doit s’opérer en matière d’abus de procédure ». La juge L’Heureux-Dubé a donné les explications suivantes à ce sujet (par. 69) :

Le paragraphe 24(1) autorise, de toute évidence, des réparations moins draconiennes qu’un arrêt des procédures lorsque le test « des cas les plus manifestes » n’est pas satisfait, mais que l’on établit, selon la balance des probabilités, qu’il y a eu violation de l’art. 7. À cet égard, le régime de la *Charte* est plus souple que la doctrine de l’abus de procédure en common law. Ceci n’est, toutefois, pas là la raison de conserver un régime de common law distinct. Il est important de reconnaître que la *Charte* a remplacé, entre les mains des juges, la hache par le scalpel et leur a donné un outil qui permet de façonner mieux que jamais des solutions qui tiennent compte des préoccupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l’équité envers les individus, les intérêts de la société et l’intégrité du système judiciaire. Même en common law, les tribunaux ont tenu compte des intérêts de la société (pour ne pas mentionner les intérêts individuels) à obtenir une déclaration définitive de culpabilité ou de non-culpabilité dans les affaires mettant en cause des infractions graves. [. . .] Je ne vois pas pourquoi une telle pondération ne pourrait s’effectuer aussi efficacement, sinon plus, en vertu de la *Charte*, tant en ce qui concerne la définition des violations qu’en ce qui concerne le choix de la réparation appropriée aux violations identifiées. [Je souligne.]

[38] Ainsi, pour déterminer ce qui constitue une *violation*, il importe de se rappeler le genre de préjudice auquel la règle de common law en matière d’abus de procédure était censée s’attaquer et, partant, la raison pour laquelle un préjudice aussi grave justifiait une suspension de l’instance comme *réparation appropriée*. Autrement dit, même si le par. 24(1) de la *Charte* permet d’octroyer une vaste gamme de réparations, cela ne signifie pas pour autant que l’on puisse faire la preuve d’un abus de procédure en établissant une atteinte moins grave soit au droit de l’accusé à un procès équitable, soit à l’intégrité du système de justice. Trouver le juste équilibre entre les préoccupations des individus et celles de la société : voilà le caractère essentiel de l’analyse relative à l’abus de procédure.

[39] Under the first category of cases, the concern is about the fairness of the accused's trial. Establishing prejudice of the requisite degree is key to meeting the test; proof of prosecutorial misconduct, while relevant, is not a prerequisite: *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657. In *Keyowski*, the accused's first two trials ended with the jury failing to agree on a verdict; his third trial was stayed by the trial judge for abuse of process. The narrow issue on appeal was whether a series of trials could, in and of itself, constitute an abuse of process, or whether it was necessary for the accused to show prosecutorial misconduct.

[40] The Court reiterated that the test for abuse of process was whether "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency", or where the proceedings are "oppressive or vexatious" (pp. 658-59, quoting from *Jewitt*, at pp. 136-37). While the Court concluded that the Crown's exercise of discretion to proceed with a third trial did not constitute an abuse of process in the circumstances of the case, the Court held that the test could be made out in the absence of prosecutorial discretion. Wilson J. explained as follows (at p. 659):

To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. In this case, for example, where there is no suggestion of misconduct, such a definition would prevent any limit being placed on the number of trials that could take place. Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

[41] Under the residual category of cases, prejudice to the accused's interests, although relevant, is not determinative. Of course, in most cases, the

[39] Dans la première catégorie de cas, on se préoccupe de l'équité du procès de l'accusé. L'élément clé pour remplir le critère consiste à établir que l'intéressé a subi un préjudice suffisamment grave; la preuve d'une conduite répréhensible du poursuivant, quoique pertinente, n'est pas une condition préalable : *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657. Dans cette affaire, les jurés n'étaient pas parvenus à s'entendre sur un verdict au terme des deux premiers procès de l'accusé; le juge du troisième procès a suspendu celui-ci pour abus de procédure. La question précise à trancher en appel était de savoir si une série de procès pouvait constituer en soi un abus de procédure ou si l'accusé devait démontrer que le poursuivant avait agi de manière répréhensible.

[40] La Cour a répété que le critère à appliquer pour décider s'il y a eu abus de procédure est de savoir si « forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société » ou s'il s'agit d'une procédure « oppressive ou vexatoire » (p. 659, citant *Jewitt*, p. 136-137). Bien qu'elle ait conclu que la Couronne n'avait pas commis d'abus de procédure dans les circonstances de l'espèce en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'intenter un troisième procès, la Cour a affirmé qu'il pouvait être satisfait au critère en l'absence d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Comme l'explique la juge Wilson (p. 659) :

À mon avis, donner au mot « oppressive » une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n'y a pas d'allégation de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu'une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

[41] Dans la catégorie résiduelle de cas, l'atteinte aux droits de l'accusé est pertinente mais non déterminante. Bien entendu, dans la plupart

accused will need to demonstrate that he or she was prejudiced by the prosecutorial conduct in some significant way to successfully make out an abuse of process claim. But prejudice under the residual category of cases is better conceptualized as an act tending to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice. This essential balancing character of abuse of process under the residual category of cases was well captured by the words of L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. She stated the following:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt, supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure “that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society” (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per Lamer J.*) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added; p. 1667.]

[42] The test for granting a stay of proceedings for abuse of process, regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system, is that set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. A stay of proceedings will only be appropriate when: “(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that

des cas, l'accusé n'établira le bien-fondé de son allégation d'abus de procédure que s'il parvient à démontrer que la conduite du poursuivant lui a causé un certain préjudice. Cependant, en ce qui concerne cette catégorie de cas, il est préférable de concevoir le préjudice subi comme un acte tendant à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les propos suivants de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, expriment bien le caractère essentiel de l'équilibre à atteindre en matière d'abus de procédure en ce qui concerne la catégorie résiduelle de cas :

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société [de veiller à ce] que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne; p. 1667.]

[42] Le critère à appliquer pour décider s'il y a lieu d'accorder une suspension de l'instance pour abus de procédure, peu importe qu'il y ait eu ou non atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice, est celui qui a été exposé dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il ne conviendra d'ordonner la suspension de l'instance que lorsque les deux critères suivants seront remplis : « (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre

prejudice” (*Regan*, at para. 54, citing *O’Connor*, at para. 75).

[43] Before applying this framework of analysis to this case, I will address some of the arguments advanced in this appeal on how the plea agreement should impact the analysis of abuse of process.

3.5 *The Contractual Undertaking Analogy*

[44] As stated earlier, it is argued that a plea agreement should be regarded as a contractual undertaking and enforced just as any other lawyers’ undertaking. This argument cannot be sustained. It completely ignores the public dimension of a plea agreement. Indeed, contrary to Ms. Nixon’s contention, the Law Society of Alberta specifically recognizes in the comment to Rule 27 of its *Code of Professional Conduct* that “[a]n agreement between the prosecution and defence regarding the plea to be entered is not considered a usual lawyers’ undertaking due to the policy considerations involved” (updated 2009 (online)). Vitiating factors, such as mistake, misrepresentation or fraud, which usually inform a private party’s right to resile from a bargain, do not fully capture the public interest considerations which are at play in any decision to repudiate a plea agreement.

[45] A plea agreement cannot be summarily enforced by the court as any other lawyers’ undertaking, as Ms. Nixon contends. It is also wrong to suggest that repudiation, in and of itself, warrants a judicial remedy even in the absence of prejudice (as the application judge concluded, at para. 55), or in the absence of conduct amounting to an abuse of process. This argument is founded on the erroneous premise that the decision to repudiate a plea agreement falls outside the scope of prosecutorial discretion and, as such, is not

réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice » (*Regan*, par. 54, citant *O’Connor*, par. 75).

[43] Avant d’appliquer ce cadre d’analyse à la présente affaire, je traiterai de certains des arguments avancés dans le cadre du présent pourvoi en ce qui concerne l’incidence que l’entente sur le plaidoyer devrait avoir sur l’analyse relative à l’abus de procédure.

3.5 *L’analogie avec l’engagement contractuel*

[44] Comme je l’ai dit précédemment, on fait valoir qu’il faut considérer toute entente sur le plaidoyer comme un engagement contractuel et l’exécuter comme s’il s’agissait de n’importe quel autre engagement d’un avocat. Cet argument ne saurait être retenu, car il fait complètement abstraction de l’aspect public des ententes sur le plaidoyer. En fait, contrairement à ce que prétend M^{me} Nixon, le Barreau de l’Alberta reconnaît expressément, dans le commentaire sur la règle 27 de son *Code of Professional Conduct*, qu’[TRADUCTION] « [u]ne entente entre la poursuite et la défense au sujet du plaidoyer qui sera inscrit n’est pas considérée comme un engagement ordinaire d’un avocat, et ce en raison des considérations de principe en cause » (mis à jour 2009 (en ligne)). Les facteurs susceptibles de vicier une entente — tels l’erreur, la déclaration inexacte et la fraude — et qui permettent habituellement à une partie privée de répudier une entente ne rendent pas pleinement compte des considérations d’intérêt public qui entrent en jeu dans la décision de répudier une entente sur le plaidoyer.

[45] Contrairement à ce que prétend M^{me} Nixon, le tribunal ne peut ordonner sommairement l’exécution d’une entente sur le plaidoyer comme s’il s’agissait de n’importe quel autre engagement d’un avocat. Il est également erroné de soutenir que la répudiation justifie en soi l’octroi d’une réparation judiciaire, et ce même en l’absence d’un préjudice (comme le juge de première instance l’a conclu au par. 55 de ses motifs) ou d’une conduite constituant un abus de procédure. Cet argument repose sur la prémisse erronée que la décision de répudier une

subject to the constitutional principles set out in *Krieger*.

[46] However, to the extent that the lawyers' undertaking analogy underscores the importance of honouring plea agreements, it can usefully contribute to the analysis. Indeed, in the oft-quoted Ontario *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (the "*Martin Committee Report*"), the Committee found resolution agreements in criminal proceedings to be "in the nature of undertakings". The duty of counsel to honour resolution agreements was regarded as "a particular example of the duties of integrity and responsibility" that lie "at the heart of counsel's professional obligations". Honouring resolution agreements was not only "ethically imperative", but also a "practical necessity", as these agreements "dispose of the great bulk of the contentious issues that come before the criminal courts in Ontario" (commentary to Recommendation 53, at pp. 312-13 of the *Martin Committee Report*).

[47] In light of this practical necessity, the *binding effect* of plea agreements is a matter of utmost importance to the administration of justice. It goes without saying that plea resolutions help to resolve the vast majority of criminal cases in Canada and, in doing so, contribute to a fair and efficient criminal justice system.

[48] Of course, there may be instances where different Crown counsel will invariably disagree about the appropriate plea agreement in a particular case. Given the number of complex factors that must be weighed over the course of plea resolution discussions, this reality is unsurprising. However, the vital importance of upholding such agreements means that, in those instances where there is disagreement, the Crown may simply have to live with

telle entente ne relève pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et qu'elle n'est donc pas assujettie aux principes de droit constitutionnel énoncés dans *Krieger*.

[46] Il est toutefois utile de prendre cet argument en considération dans l'analyse, dans la mesure où l'analogie avec l'engagement d'un avocat fait ressortir l'importance de respecter les ententes sur le plaidoyer. En effet, dans le rapport ontarien souvent cité qui s'intitule *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (le « *Rapport du Comité Martin* »), le comité en question juge que l'entente sur le plaidoyer conclue dans le cadre de procédures criminelles est [TRADUCTION] « de la nature d'un engagement ». L'obligation de l'avocat de respecter toute entente sur le plaidoyer y est décrite comme « un exemple précis des devoirs d'intégrité et de responsabilité » qui se trouvent « au cœur des obligations professionnelles de l'avocat ». Le respect des ententes sur le plaidoyer y est perçu non seulement comme « un impératif sur le plan déontologique », mais aussi comme « une nécessité pratique », car ces dernières permettent de « régler la grande majorité des questions litigieuses soumises aux cours criminelles de l'Ontario » (*Rapport du Comité Martin*, commentaire sur la recommandation 53, p. 312-313).

[47] Compte tenu de cette nécessité pratique, l'*effet obligatoire* des ententes sur le plaidoyer est une question d'importance capitale en ce qui a trait à l'administration de la justice. Il va sans dire que c'est par le biais de telles ententes que l'on règle la grande majorité des affaires pénales au Canada, et qu'elles contribuent donc à rendre le système de justice pénale équitable et efficace.

[48] Bien entendu, il peut y avoir des cas où des procureurs de la Couronne ne parviennent pas à s'entendre en ce qui concerne l'entente sur le plaidoyer qui convient dans les circonstances. Compte tenu des nombreux facteurs complexes à prendre en considération lors des discussions menant à la conclusion d'une telle entente, cette réalité n'est pas étonnante. Toutefois, l'importance primordiale de respecter les ententes sur le plaidoyer fait en sorte

the initial decision that has been made. To hold otherwise would mean that defence lawyers would no longer have confidence in the finality of negotiated agreements reached with front-line Crown counsel, with whom they work on a daily basis. Further, if agreements arrived at over the course of resolution discussions cannot be relied upon by the accused, the benefits that resolutions produce for *both* the accused and the administration of justice cannot be achieved. As a result, I reiterate that the situations in which the Crown can properly repudiate a resolution agreement are, and must remain, very rare.

[49] All Attorneys General who have participated in this appeal agree that a plea agreement should only be repudiated in exceptional and rare circumstances. However, the lawyers' undertaking analogy can only go so far on the question that occupies us. The analogy can usefully underscore the importance of honouring plea agreements, but it cannot inform the standard against which any repudiation conduct is to be measured. The *Martin Committee Report* made this clear in the same commentary quoted above, stating the following:

Thus, it is plain that resolution agreements must not undermine the integrity of the court, or otherwise bring the administration of justice into disrepute. While the sanctity of agreements entered into is an important principle of the administration of justice, Crown counsel's primary duty is to the integrity of the system. Accordingly, in the rare cases where these two values clash, the latter must prevail. [p. 314]

As a result, the argument that a plea agreement can simply be characterized as a contractual undertaking must fail.

3.6 *The Reasonably Defensible Test*

[50] This Court was also urged, as was the application judge, "to equate the ability of the Attorney General to resile from a plea agreement to the

qu'en cas de désaccord il arrivera que la Couronne doive tout simplement composer avec la décision initiale. En décider autrement minerait la confiance des avocats de la défense dans le caractère définitif des ententes conclues avec les procureurs de la Couronne avec qui ils travaillent quotidiennement. En outre, si les accusés ne peuvent se fier aux ententes conclues au terme de discussions visant à régler l'affaire, on se privera des avantages que les règlements procurent *à la fois* aux accusés et à l'administration de la justice. Par conséquent, je répète que les cas dans lesquels la Couronne peut à juste titre répudier une entente sur le plaidoyer sont — et doivent demeurer — très rares.

[49] Tous les procureurs généraux qui ont pris part au présent pourvoi s'entendent pour dire que les ententes sur le plaidoyer ne doivent être répudiées que dans des circonstances rares et exceptionnelles. Cependant, l'analogie avec l'engagement d'un avocat se révèle d'une utilité limitée pour trancher la question qui nous occupe. L'analogie peut s'avérer utile dans la mesure où elle fait ressortir l'importance de respecter de telles ententes, mais elle ne saurait servir à définir la norme qu'il convient d'appliquer en cas de répudiation. Le *Rapport du Comité Martin* a indiqué clairement cela dans le commentaire précité :

[TRADUCTION] Il est donc évident que les ententes sur le plaidoyer ne doivent pas miner l'intégrité du tribunal ou autrement déconsidérer l'administration de la justice. Le caractère sacré des ententes qui ont été conclues est certes un principe clé de l'administration de la justice, mais l'obligation première du procureur de la Couronne est de veiller à l'intégrité du système. Par conséquent, c'est cette obligation qui doit prévaloir dans les rares cas où ces deux valeurs entrent en conflit. [p. 314]

Par conséquent, il faut rejeter l'argument qu'une entente sur le plaidoyer peut être qualifiée de simple engagement contractuel.

3.6 *Le critère de la décision raisonnablement défendable*

[50] À l'instar du juge de première instance, notre Cour a également été invitée [TRADUCTION] « à établir un parallèle entre le pouvoir du procureur

ability of a trial judge to reject a joint submission on sentence since both are predicated on the concept of bringing the administration of justice into disrepute” (trial decision, at para. 17). The Crown advanced this argument in first instance but subsequently resiled from this position. The application judge accepted this argument and, based on his review of the appellate jurisprudence on joint submissions, crafted the “reasonably defensible test” as the appropriate measure to determine whether there had been an abuse of process in this case. The central question became whether Crown counsel’s plea agreement was “reasonably defensible”. Having determined that it was, and without further considering the circumstances surrounding the ADM’s decision to repudiate, the application judge concluded that the repudiation of the plea agreement amounted to an abuse of process.

[51] The Court of Appeal held that the application judge erred in multiple ways by adopting this approach. I agree with Paperny J.A.’s analysis on this point. As she noted, the application judge’s mistaken approach not only had the effect of reversing the onus of proof, his “selected framework for analysis caused him to ask the wrong question”. Instead of reviewing Crown counsel’s decision to enter into the plea agreement to see if it was defensible, he should have reviewed the circumstances surrounding the repudiation to determine whether *that* decision amounted to an abuse of process (para. 45).

[52] The selected framework of analysis also occasioned a more fundamental error. The application judge’s assessment of a decision made in the exercise of prosecutorial discretion for “reasonableness” runs contrary to the principles set out in *Krieger*. Paperny J.A. reiterated these principles, and explained that it is not the role of the court to look behind a prosecutor’s discretionary

général de répudier une entente sur le plaider et celui d’un juge de première instance de rejeter une recommandation conjointe relative à la peine, ces deux pouvoirs étant fondés sur l’idée d’éviter que l’administration de la justice soit déconsidérée » (décision du juge de première instance, par. 17). La Couronne a avancé cet argument en première instance, mais elle est ensuite revenue sur sa position. Le juge de première instance l’a toutefois retenu, et, se fondant sur son examen des arrêts des cours d’appel portant sur des recommandations conjointes, il a statué que le « critère de la décision raisonnablement défendable » était la norme qu’il convenait d’appliquer pour décider s’il y avait eu abus de procédure en l’espèce. La question principale est devenue celle de savoir si l’entente sur le plaider conclue par le procureur de la Couronne était « raisonnablement défendable ». Ayant décidé qu’elle l’était, et sans avoir examiné plus à fond les circonstances dans lesquelles le SMA a pris sa décision de répudier l’entente, le juge de première instance a conclu que cette décision constituait un abus de procédure.

[51] La Cour d’appel a affirmé que le juge de première instance avait fait erreur à bien des égards en s’y prenant de la sorte. Je souscris à l’analyse de la juge Paperny sur ce point. Comme elle l’a fait remarquer, la démarche erronée du juge de première instance a non seulement eu pour effet d’inverser le fardeau de la preuve, mais [TRADUCTION] « le cadre d’analyse qu’il a choisi l’a [aussi] amené à se poser la mauvaise question ». Ainsi, au lieu d’examiner la décision du procureur de la Couronne de conclure l’entente sur le plaider en vue de décider si elle était défendable, il aurait plutôt dû analyser les circonstances de la décision de répudier l’entente pour établir si *cette décision-là* constituait un abus de procédure (par. 45).

[52] Le cadre d’analyse choisi par le juge de première instance a aussi amené ce dernier à commettre une erreur encore plus fondamentale. En effet, la façon dont il a apprécié le « caractère raisonnable » d’une décision prise dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites va à l’encontre des principes énoncés dans *Krieger*. La juge Paperny a repris ces principes et expliqué qu’il

decision to see if it is justified or reasonable in itself (paras. 46-49). By straying into the arena and second-guessing the decision, the reviewing court effectively becomes a supervising prosecutor and risks losing its independence and impartiality. Due regard to the constitutionally separate role of the Attorney General in the initiation and pursuit of criminal prosecutions puts such decisions “beyond the legitimate reach of the court” (*Krieger*, at para. 32). Thus, the court does not assess the reasonableness or correctness of the decision itself; it only looks behind the decision for “proof of the requisite prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances or ultimate decision to repudiate” (Court of Appeal decision, at para. 49).

[53] Quite apart from this fundamental difficulty with the reasonably defensible test, I would add that, conceptually, the analogy to the trial judge’s rejection of a joint submission on sentencing is not particularly helpful in determining the standard against which to measure the repudiation conduct. The sentencing judge who is faced with a joint submission is engaged in a qualitatively different process than the prosecutorial authority faced with the decision of whether or not to resile from a plea agreement. The role of the sentencing judge is to impose a fit sentence, that is, one that “fits” the circumstances of the offence and of the offender as presented to the court. When there is a trial, these circumstances are largely defined by the findings of the court based on the evidence adduced at trial and at the sentence hearing. When the accused pleads guilty, the circumstances of the offence and of the offender are generally determined on the basis of agreed facts. This is particularly so if the plea of guilty is entered pursuant to a resolution agreement. All contentious issues will usually have been ironed out between the Crown and the defence prior to the plea. Counsel certainly have an ethical obligation not to mislead the court about those

n’appartient pas au tribunal d’examiner le fondement d’une décision discrétionnaire prise par le procureur de la Couronne pour savoir si celle-ci est justifiée ou raisonnable en soi (par. 46 à 49). En s’immisçant dans ce domaine et en remettant en cause le bien-fondé de la décision, le tribunal de révision devient effectivement un poursuivant superviseur et il risque de perdre son indépendance et son impartialité. La prise en compte adéquate du rôle distinct du procureur général sur le plan constitutionnel quant aux décisions d’engager et de continuer des poursuites pénales fait en sorte que ces décisions « ne relève[nt] pas de la compétence légitime du tribunal » (*Krieger*, par. 32). Le tribunal n’examine donc pas le caractère raisonnable ou la justesse de la décision elle-même; il ne fait que vérifier s’il y a [TRADUCTION] « preuve d’une conduite répréhensible de la part du poursuivant, d’un motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier [l’entente] » (décision de la Cour d’appel, par. 49).

[53] Indépendamment de cette difficulté fondamentale que soulève le critère de la décision raisonnablement défendable, j’ajouterais que, sur le plan conceptuel, l’analogie avec le rejet, par le juge de première instance, d’une recommandation conjointe relative à la peine n’est guère utile pour établir la norme qu’il convient d’appliquer pour apprécier la répudiation d’une entente sur le plaidoyer. Le juge chargé de la détermination de la peine qui reçoit une recommandation conjointe procède à une analyse différente sur le plan qualitatif de celle que fait le responsable des poursuites appelé à décider s’il faut répudier ou non une telle entente. Le juge chargé de la détermination de la peine a pour tâche d’infliger une peine juste, c’est-à-dire une peine « adaptée » aux circonstances de l’infraction et à la situation du délinquant qui ont été exposées au tribunal. Lorsqu’il y a procès, ces circonstances sont largement tributaires des conclusions que le tribunal a tirées sur la base de la preuve produite au procès et à l’audience de détermination de la peine. Lorsque l’accusé plaide coupable, les circonstances de l’infraction et la situation de l’accusé sont habituellement établies sur la base de l’exposé conjoint des faits. Cela est d’autant

circumstances, but the fact remains that the judge is presented with the *end product* of the plea negotiations, not with the entire set of circumstances or considerations that went into the mix. By contrast, the prosecuting authority who is faced with the decision whether to honour or to resile from a plea agreement must consider the entirety of circumstances, including the public interest, in proceeding to trial. Thus, sentencing principles relating to joint submissions cannot usefully be transposed in this context.

[54] I now turn to the circumstances of this case.

4. Application of the Doctrine of Abuse of Process to This Case

[55] Although it is not entirely clear, Ms. Nixon's claim of abuse of process does not appear to be grounded in an alleged prejudice to her fair trial interests. She certainly alleges that she was prejudiced in various ways by the course of events, but most of the alleged prejudice has nothing to do with trial fairness.

[56] First, she describes in an affidavit the emotional and psychological trauma she suffered following the incident and laying of the criminal charges, and then explains how she suffered increased anxiety as a result of the Crown's change of position. There is no reason to doubt that Ms. Nixon was affected by the course of events as she describes in her affidavit. However, this has no bearing on the fairness of her trial.

[57] In addition, Ms. Nixon relies on the application judge's finding that she was prejudiced

plus vrai dans les cas où le plaidoyer de culpabilité est inscrit conformément à une entente sur le plaidoyer. En règle générale, la Couronne et la défense auront réglé toutes les questions litigieuses avant l'inscription du plaidoyer. Les avocats ont certes l'obligation déontologique de ne pas induire le tribunal en erreur au sujet de ces circonstances, mais il demeure que le juge n'est saisi que du *résultat final* des négociations qui ont abouti au plaidoyer, et non de l'ensemble des circonstances ou des considérations qui ont été soupesées. En revanche, l'autorité poursuivante qui doit décider de respecter une entente sur le plaidoyer ou de la répudier est tenue de prendre en compte l'ensemble des circonstances, y compris l'intérêt public, dans la tenue d'un procès. Il est donc impossible de transposer utilement dans ce contexte les principes de détermination de la peine qui s'appliquent en cas de recommandations conjointes.

[54] Passons maintenant aux circonstances de l'espèce.

4. Application à l'espèce de la règle de l'abus de procédure

[55] Bien que cela ne soit pas tout à fait clair, l'allégation de M^{me} Nixon qu'il y aurait eu abus de procédure ne semble pas être fondée sur le fait qu'il aurait été porté atteinte à son droit à un procès équitable. Elle prétend certes que la tournure des événements lui a été préjudiciable sous plusieurs aspects, mais la plus grande partie du préjudice qu'elle dit avoir subi n'a rien à voir avec l'équité du procès.

[56] Premièrement, elle décrit dans un affidavit le traumatisme psychologique et émotionnel qu'elle a subi par suite de l'incident et du fait que des accusations criminelles ont été portées contre elle, et y déclare qu'elle est devenue encore plus anxieuse après que la Couronne a modifié sa position. Il n'y a aucune raison de douter que M^{me} Nixon a été touchée par la tournure des événements, comme elle le décrit dans son affidavit. Toutefois, cela n'a aucune incidence sur le caractère équitable de son procès.

[57] En outre, M^{me} Nixon invoque la conclusion du juge de première instance selon laquelle elle a

because her counsel was led to believe that the evidence of breath samples would not be adduced at trial and, consequently, did not explore that issue at the preliminary hearing. I agree with the Court of Appeal that this finding constitutes a palpable and overriding error, as Crown counsel at the preliminary hearing specifically reserved the right to call the evidence at trial. In any event, as Paperny J.A. rightly noted, there is no obligation on the Crown to present all of its evidence at the preliminary hearing and the evidence can still be tested at trial (para. 51).

[58] Finally, Ms. Nixon argues that, if the criminal charges were to proceed to trial, “the giving up of her right to silence would seriously compromise and diminish her defence because of her admission of identity as the driver and that she drove her vehicle carelessly”. She argues further that those admissions would “also restrict the ability of her present counsel to defend her, perhaps ultimately affecting her right to her choice of counsel” (A.F., at para. 139). I see no merit to this argument. The plea agreement was repudiated before Ms. Nixon entered her plea to the reduced charge. Further, the judgment of the Court of Appeal sets aside not only the application judge’s order, but also the resulting plea. Finally, the alleged effect on her counsel’s ability to defend her is entirely speculative.

[59] The question, therefore, is whether this case falls in the residual category of cases identified in *O’Connor*. Did the repudiation of the plea agreement, based on all of the circumstances, amount to an abuse of process? In other words, was the Crown’s repudiation conduct so unfair or oppressive to Ms. Nixon, or so tainted by bad faith or improper motive, that to allow the Crown to now proceed on the dangerous driving *Criminal Code*

subi un préjudice parce que son avocat a été amené à croire que la preuve constituée par les échantillons d’haleine ne serait pas produite au procès et qu’en conséquence il n’avait pas étudié cette question à l’enquête préliminaire. Je suis d’accord avec la Cour d’appel que cette conclusion constitue une erreur manifeste et dominante, car le procureur de la Couronne s’était expressément réservé le droit, à l’enquête préliminaire, de présenter cette preuve au procès. Quoi qu’il en soit, comme la juge Paperny l’a souligné à juste titre, rien n’oblige la Couronne à présenter l’ensemble de sa preuve au stade de l’enquête préliminaire, et le bien-fondé d’une preuve peut toujours être apprécié au procès (par. 51).

[58] Enfin, M^{me} Nixon soutient que si les accusations criminelles devaient être instruites, [TRADUCTION] « la renonciation à son droit de garder le silence compromettrait et affaiblirait grandement sa défense parce qu’elle avait admis que c’est elle qui était au volant du véhicule et qu’elle avait conduit celui-ci de façon imprudente ». Elle soutient en outre que ces admissions « limiteraient aussi la capacité de son avocat actuel d’assumer sa défense et, en bout de ligne, porteraient peut-être atteinte à son droit de retenir les services de l’avocat de son choix » (m.a., par. 139). À mon avis, cet argument est sans fondement. En effet, l’entente sur le plaidoyer a été répudiée avant même que M^{me} Nixon n’inscrive son plaidoyer de culpabilité à l’infraction réduite. De plus, le jugement de la Cour d’appel annule non seulement l’ordonnance du juge de première instance, mais également le plaidoyer qui en a résulté. Enfin, l’effet que cela aurait eu sur la capacité de son avocat à assumer sa défense n’est que pure conjecture.

[59] La question est donc de savoir si la présente affaire est visée par la catégorie résiduelle de cas mentionnée dans *O’Connor*. La répudiation de l’entente sur le plaidoyer, compte tenu de l’ensemble des circonstances, constitue-t-elle un abus de procédure? Autrement dit, le fait que la Couronne ait répudié l’entente était-il à ce point injuste ou oppressif pour M^{me} Nixon, ou à ce point entaché de mauvaise foi ou d’un motif illégitime, que permettre à

charges would tarnish the integrity of the judicial system?

[60] Before discussing the merits of the application, I want to address an important preliminary issue. As stated earlier, the AGBC intervened in this case to emphasize the importance of criminal trial courts not proceeding with a review of prosecutorial discretion in the absence of a “threshold determination” that the inquiry is warranted. I agree that a court should not embark on an inquiry into the reasons behind an act of prosecutorial discretion without a proper evidentiary foundation. However, it is my view that evidence that a plea agreement has been entered into and subsequently reneged by the Crown meets the requisite threshold. I will explain.

[61] As the AGBC rightly points out, mandating a preliminary determination on the utility of a *Charter*-based inquiry is not new: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343. Similar thresholds are also imposed in other areas of the criminal law, they are not an anomaly. Threshold requirements may be imposed for pragmatic reasons alone. As this Court observed in *Pires* (at para. 35):

For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

[62] Quite apart from any such pragmatic considerations, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges that an act of prosecutorial discretion constitutes an abuse of

la Couronne de tenir un procès relativement à l'accusation de conduite dangereuse prévue au *Code criminel* porterait atteinte à l'intégrité du système judiciaire?

[60] Avant de discuter du bien-fondé de la demande, je veux traiter d'une question préliminaire importante. Comme il a déjà été mentionné, le PGCB est intervenu dans le présent pourvoi pour insister sur l'importance que les cours de juridiction criminelle s'abstiennent de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites avant d'avoir d'abord pris la « décision préliminaire » que l'examen est justifié. Je suis d'accord que les tribunaux ne doivent pas examiner les motifs qui sous-tendent les actes résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites s'ils ne peuvent s'appuyer sur une preuve suffisante. Toutefois, selon moi, la preuve qu'une entente sur le plaidoyer a été conclue et, par la suite, répudiée par la Couronne satisfait au critère préliminaire. Je m'explique.

[61] Comme le PGCB le souligne à juste titre, l'imposition aux tribunaux d'une exigence selon laquelle ils doivent d'abord se prononcer quant à l'utilité de la tenue d'une enquête fondée sur la *Charte* n'a rien de nouveau : *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343. Il faut également satisfaire à des critères préliminaires semblables dans d'autres domaines du droit criminel; ils ne constituent pas une anomalie. Des conditions préliminaires peuvent être imposées uniquement pour des raisons pragmatiques. Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Pires* (par. 35) :

Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L'un des mécanismes leur permettant d'y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal.

[62] Hormis de telles considérations pragmatiques, il existe de bonnes raisons d'imposer un fardeau initial au demandeur qui prétend qu'un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

process. Given that such decisions are generally beyond the reach of the court, it is not sufficient to launch an inquiry for an applicant to make a bare allegation of abuse of process. For example, it would not suffice for an applicant to allege abuse of process based on the fact that the Crown decided to pursue the charges against him but withdrew similar charges against a co-accused. Without more, there would be no basis for the court to look behind the exercise of prosecutorial discretion.

[63] However, the repudiation of a plea agreement is not just a bare allegation. It is evidence that the Crown has gone back on its word. As everyone agrees, it is of crucial importance to the proper and fair administration of criminal justice that plea agreements be honoured. The repudiation of a plea agreement is a rare and exceptional event. In my view, evidence that a plea agreement was entered into with the Crown, and subsequently reneged by the Crown, provides the requisite evidentiary threshold to embark on a review of the decision for abuse of process. Further, to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to renege from the agreement. That is, the Crown must explain why and how it made the decision not to honour the plea agreement. The ultimate burden of proving abuse of process remains on the applicant and, as discussed earlier, the test is a stringent one. However, if the Crown provides little or no explanation to the court, this factor should weigh heavily in favour of the applicant in successfully making out an abuse of process claim.

[64] This approach is consistent with the principles set out in *Krieger*. Acts of prosecutorial discretion are not immune from judicial review. Rather,

en matière de poursuites constitue un abus de procédure. Comme de telles décisions échappent généralement à la compétence du tribunal, il ne suffit pas d'entreprendre un examen pour qu'un demandeur puisse faire une simple allégation d'abus de procédure. Par exemple, un demandeur ne saurait prétendre qu'il y a eu abus de procédure au simple motif que la Couronne a décidé de donner suite aux accusations portées contre lui mais retiré des accusations similaires portées contre un coaccusé. En l'absence de tout autre élément, rien ne justifierait que le tribunal examine les motifs qui sous-tendent l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[63] Toutefois, la répudiation d'une entente sur le plaider n'est pas qu'une simple allégation. C'est une preuve que la Couronne n'a pas tenu parole. Tout le monde en convient : le respect des ententes sur le plaider revêt une importance cruciale pour l'administration saine et équitable de la justice criminelle. La répudiation d'une telle entente est un événement rare et exceptionnel. Selon moi, la preuve que la Couronne a conclu une entente sur le plaider qu'elle a par la suite répudiée est conforme à la norme préliminaire à laquelle il doit être satisfait pour entreprendre un examen de la décision en vue de décider si elle constitue un abus de procédure. En outre, dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l'information, c'est à elle qu'il incombe d'exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l'entente. En d'autres termes, la Couronne doit expliquer au tribunal pourquoi et comment elle est parvenue à la décision de ne pas respecter l'entente qu'elle avait pourtant conclue. En bout de ligne, c'est au demandeur qu'il revient d'établir qu'il y a eu abus de procédure et, comme il a déjà été discuté, il doit satisfaire à un critère rigoureux. Cependant, le peu, voire l'absence d'explications de la Couronne, le cas échéant, constitue un facteur qui milite fortement en faveur de la thèse du demandeur qui cherche à établir qu'il y a eu abus de procédure.

[64] Cette démarche est conforme aux principes énoncés dans *Krieger*. Les actes qui résultent de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de

they are subject to judicial review for abuse of process. Depending on the circumstances, the repudiation of a plea agreement may well constitute an abuse of process, either because it results in trial unfairness or meets the narrow residual category of abuse that undermines the integrity of the judicial process. In applying the *Krieger* standard to the repudiation of plea agreements, the principles set out in these reasons, notably at paras. 46-48, on the importance of honouring resolution agreements must be kept in mind. Consider, for example, if the repudiation was made arbitrarily, without inquiry into the circumstances leading to the plea agreement, and without regard to any resulting prejudice to the accused. Alternatively, consider if there was evidence of a systemic problem in a particular jurisdiction where Crown counsel regularly and summarily overruled the preceding Crown counsel's exercise of discretion whenever they disagreed with the terms of the agreed upon plea resolution. In my view, an application judge may well be persuaded in such circumstances that the Crown acted in bad faith or with flagrant impropriety to a degree sufficient to constitute an abuse of process.

[65] Thus, it is my view that a threshold showing must be made before the court embarks on a judicial review of an exercise of prosecutorial discretion. Evidence of repudiation meets that threshold.

[66] In this case, I agree with the Court of Appeal that there is no evidence to support a finding of abuse of process. While the application judge asked the wrong question and applied the wrong test for abuse of process, he did inquire into the considerations that informed the decision to repudiate, the process adopted, and the conduct of all Crown actors who were involved. In rejecting Ms. Nixon's claim that the ADM's decision was made

poursuites n'échappent pas au contrôle judiciaire. Ils sont plutôt susceptibles de contrôle judiciaire pour le motif d'abus de procédure. Selon les circonstances, la répudiation d'une entente sur le plaidoyer peut fort bien constituer un abus de procédure, soit parce qu'elle rend le procès inéquitable, soit parce qu'elle est visée par l'étroite catégorie résiduelle de cas qui minent l'intégrité du processus judiciaire. Lorsqu'on applique la norme de *Krieger* à une telle répudiation, il faut avoir à l'esprit les principes exposés dans les présents motifs, notamment aux par. 46 à 48, en ce qui concerne l'importance de respecter les ententes conclues en vue de régler une affaire. À titre d'exemple, supposons que la répudiation ait été faite de façon arbitraire, sans la tenue d'un examen des circonstances ayant mené à la conclusion de l'entente et sans que le préjudice qu'elle pourrait causer à l'accusé ait été pris en compte. Ou alors supposons qu'une preuve établisse l'existence d'un problème systémique dans un ressort particulier où les procureurs de la Couronne s'écartent régulièrement et sommairement des décisions prises par leurs prédécesseurs dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire lorsqu'ils ne souscrivent pas aux modalités des ententes sur le plaidoyer conclues par ces derniers. Selon moi, il peut arriver dans de telles circonstances que le juge de première instance soit convaincu que le représentant de la Couronne a agi de mauvaise foi ou qu'il a eu une conduite répréhensible flagrante au point de commettre un abus de procédure.

[65] J'estime donc qu'il doit être satisfait à un critère préliminaire avant que le tribunal n'entreprenne le contrôle judiciaire d'un exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. La preuve de la répudiation satisfait à ce critère.

[66] Dans la présente affaire, je suis d'accord avec la Cour d'appel que la preuve ne permet pas de conclure à l'abus de procédure. Le juge de première instance a certes posé la mauvaise question et appliqué le mauvais critère pour décider s'il y avait eu abus de procédure, mais il a tout de même examiné les considérations qui ont servi de fondement à la décision de répudier l'entente, le processus qui a été suivi, et la conduite de l'ensemble des

for an improper motive, he concluded that “there is absolutely no evidence” of political interference (para. 22) and “nothing to suggest that [the ADM’s] action was taken in bad faith or to accommodate a real or perceived political stance of his Minister of Justice” (para. 25). There was also nothing improper in the considerations that informed the ADM’s decision to resile from the agreement. The application judge described these considerations as follows (at para. 26):

Those who influenced [the ADM’s] decision to repudiate the resolution agreement took exception to a pair of [Crown counsel’s] conclusions: first, that the analyses of the breath samples provided by Ms. Nixon would be inadmissible at trial and second, that the evidence of Ryan Galloway, who had earlier observed erratic driving by a van with the same licence plate as hers, was too remote in the circumstances to be relevant to the prosecution. In view of those two mistakes, the Assistant Deputy Minister was persuaded that any agreement which permitted Ms. Nixon to escape *Criminal Code* convictions was contrary to the public interest, especially considering that two people had died and another had been orphaned as the result of her driving. He therefore concluded that to honour it would bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

[67] The application judge erred by summarily dismissing the ADM’s considered opinion on the ground that the Crown had to show more than “establish that other, even more senior counsel, have reached a different conclusion” than Crown counsel did (para. 27). On this point, the application judge adopted the reasoning of Hill J. in *R. v. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349 (S.C.J.). However, the approach adopted in *M. (R.)* is based on the erroneous view that “the act of *repudiation* is not an exercise of core prosecutorial discretion” (*M. (R.)*, at para. 65 (emphasis in original)). Hill J. was thus of the view that, while the plea agreement is not reviewable subject only to abuse of process, the

intervenants de la Couronne qui ont participé à ce processus. En rejetant la prétention de M^{me} Nixon selon laquelle la décision du SMA a été prise pour un motif illégitime, il a conclu qu’[TRADUCTION] « il n’y [avait] absolument aucune preuve » d’ingérence politique (par. 22) et que « rien ne donnait à penser que [le SMA] avait agi de mauvaise foi ou en vue de donner suite à une décision politique — réelle ou perçue — de son ministre de la Justice » (par. 25). Par ailleurs, les considérations qui ont servi de fondement à la décision du SMA de répudier l’entente n’avaient rien d’irrégulier. Voici comment le juge de première instance a décrit ces considérations (par. 26) :

[TRADUCTION] Ceux qui ont influencé la décision [du SMA] de répudier l’entente sur le plaidoyer ont contesté deux conclusions du [procureur de la Couronne] : premièrement, que les analyses des échantillons d’haleine fournis par M^{me} Nixon seraient inadmissibles au procès, et, deuxièmement, que le témoignage de Ryan Galloway, qui avait vu plus tôt une fourgonnette conduite de façon irrégulière dont les plaques d’immatriculation correspondaient à celles de l’accusée, était trop éloigné des circonstances de l’affaire pour être pertinent quant à la poursuite. Au vu de ces deux erreurs, le sous-ministre adjoint était convaincu que toute entente qui permettrait à M^{me} Nixon d’éviter d’être reconnue coupable des infractions au *Code criminel* qui lui étaient reprochées était contraire à l’intérêt public, surtout compte tenu du fait que deux personnes avaient été tuées et qu’une troisième personne était devenue orpheline en raison de sa façon de conduire son véhicule. Il a donc conclu que respecter l’entente serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. [Je souligne.]

[67] Le juge de première instance a commis une erreur en rejetant sommairement l’opinion réfléchi du SMA au motif que la Couronne ne pouvait pas se contenter de simplement [TRADUCTION] « établir que d’autres avocats, mêmes des avocats encore plus chevronnés, ont tiré une conclusion différente » de celle du procureur de la Couronne (par. 27). Sur ce point, le juge de première instance a fait sien le raisonnement du juge Hill dans *R. c. M. (R.)* (2006), 83 O.R. (3d) 349 (C.S.J.). Toutefois, la démarche suivie dans *M. (R.)* repose sur le point de vue erroné selon lequel [TRADUCTION] « le fait de *répudier* une entente ne relève pas du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites »

repudiation is governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own process (para. 62).

[68] As discussed earlier, the ADM's decision to resile from the plea agreement falls within the scope of prosecutorial discretion. In the absence of any prosecutorial misconduct, improper motive or bad faith in the approach, circumstances, or ultimate decision to repudiate, the decision to proceed with the prosecution is the Crown's alone to make. Reasonable counsel may indeed, and often do, differ on whether a particular disposition is in the public interest in the circumstances of the case. The ADM, in good faith, determined that Crown counsel's assessment of the strength of the evidence was erroneous and, on that basis, having regard to the seriousness of the offences, concluded that it would not be in the public interest to terminate the prosecution on the criminal charges. This can hardly be regarded as evidence of misconduct.

[69] This does not mean that plea agreements can be overturned on a whim. The method by which the decision was reached can itself reveal misconduct of a sufficient degree to amount to abuse of process. But that is not what occurred here. The act of repudiation was indeed a rare and exceptional occurrence. The evidence revealed that there have been only two prior occurrences in Alberta, "one in the 1980s and one within the year prior to the trial in this matter" (Court of Appeal decision, at para. 48). There was also no evidence of abusive conduct in the process leading to the decision to repudiate. I agree with the analysis of Paperny J.A. in this regard (at para. 50):

Further, this is not a case where the repudiation was done "unfairly" or when the discretion of the Attorney General was exercised "irrationally, unreasonably or

(*M. (R.)*, par. 65 (en italique dans l'original)). Le juge Hill était donc d'avis que même si l'entente sur le plaidoyer ne peut faire l'objet d'un contrôle qu'en cas d'abus de procédure, la répudiation, elle, est assujettie à la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure (par. 62).

[68] Comme je l'ai expliqué, la décision du SMA de répudier l'entente sur le plaidoyer relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En l'absence de conduite répréhensible de la part du poursuivant, de motif illégitime, ou de mauvaise foi entachant la démarche, les circonstances ou la décision finale de répudier l'entente, la décision d'engager une poursuite appartient exclusivement à la Couronne. Il arrive souvent que des avocats raisonnables ne parviennent pas à s'entendre sur la question de savoir si une décision particulière est dans l'intérêt public dans les circonstances de l'espèce. Le SMA a conclu de bonne foi que le procureur de la Couronne avait mal évalué la force probante de la preuve, et, sur ce fondement, il a jugé que, compte tenu de la gravité des infractions reprochées, il ne serait pas dans l'intérêt public de mettre fin à la poursuite. On ne saurait guère considérer cela comme la preuve d'une inconduite.

[69] Cela ne signifie pas que l'on puisse répudier des ententes sur le plaidoyer par simple caprice. La méthode qu'on a suivie pour en arriver à la décision peut elle-même révéler l'existence d'une inconduite telle qu'elle équivaut à un abus de procédure. Ce n'est cependant pas ce qui s'est produit en l'espèce. La répudiation d'une entente sur le plaidoyer est en effet un événement rare et exceptionnel. La preuve a révélé que cela ne s'était produit qu'à deux reprises en Alberta, [TRADUCTION] « une fois dans les années 80, et une autre fois dans l'année qui a précédé le procès dans la présente affaire » (décision de la Cour d'appel, par. 48). En outre, aucune preuve n'a établi qu'on s'était comporté de façon abusive dans le processus ayant mené à la décision de répudier l'entente. Je souscris à l'analyse faite par la juge Paperny à cet égard (par. 50) :

[TRADUCTION] De plus, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la répudiation a été faite « de façon inéquitable » ou par suite d'un exercice « irrationnel,

oppressively”. The ADM carefully reviewed the evidence that was the subject of concern and relied on legal opinions and took guidance from the Ontario Attorney General’s policy to instruct himself on the relevant considerations. Having satisfied himself that the original view of the trial prosecutor was incorrect and that the resulting plea resolution agreement would bring the administration of justice into disrepute, he acted expeditiously in communicating the decision to withdraw the plea resolution agreement to the respondent. He also considered possible prejudice to the respondent and concluded that there would be no such prejudice. The ADM’s conduct, viewed in its totality, cannot be characterized as unfair, unreasonable, oppressive or irrational. The high threshold to find abuse of process has not been met here.

[70] Finally, Ms. Nixon was returned to the position she was in at the conclusion of the preliminary hearing before the plea agreement was entered into. There is no merit to the contention that she suffered prejudice as a result of the repudiation.

5. Disposition

[71] For these reasons, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Beresh Cunningham Aloneissi O’Neill Hurley, Edmonton.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

déraisonnable ou oppressif » du pouvoir discrétionnaire du procureur général. Le SMA a examiné attentivement la preuve qui était source de préoccupation et s’est appuyé sur des avis juridiques ainsi que sur la politique du procureur général de l’Ontario pour bien saisir les considérations pertinentes. Après avoir conclu que le point de vue original du procureur de la Couronne était erroné et que l’entente sur le plaidoyer qui en avait résulté était susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, il s’est empressé de faire part à l’intimée de sa décision de répudier l’entente sur le plaidoyer. Il a également examiné la possibilité que sa décision fasse subir un préjudice à l’intimée et conclu que ce n’était pas le cas. La conduite du SMA, prise dans son ensemble, ne peut être qualifiée d’inéquitable, de déraisonnable, d’oppressive ou d’irrationnelle. Il n’a pas été satisfait à la norme préliminaire exigeante qu’il convient d’appliquer pour décider s’il y a eu abus de procédure.

[70] Enfin, M^{me} Nixon a été rétablie dans la situation dans laquelle elle se trouvait à la fin de l’enquête préliminaire, avant que l’entente sur le plaidoyer ne soit conclue. La prétention selon laquelle elle a subi un préjudice par suite de la répudiation de l’entente n’est pas fondée.

5. Dispositif

[71] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelante : Beresh Cunningham Aloneissi O’Neill Hurley, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Calgary.

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

Procureur de l’intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association: Fleming DePoe Lieslar, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association : Fleming DePoe Lieslar, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein & Associate, Toronto.