

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

130/07/CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

-and-

- et -

SERGE VARY

SERGE VARY

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Vary, 2008 NBCA 19

R. c. Vary, 2008 NBCA 19

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
August 15, 2007

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 15 août 2007

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
January 22, 2008

Appel entendu :
Le 22 janvier 2008

Judgment rendered:
February 28, 2008

Jugement rendu :
Le 28 février 2008

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Monica G. McQueen

Pour l'appelante :
Monica G. McQueen

For the respondent:
Hazen L. Brien

Pour l'intimé :
Hazen L. Brien

THE COURT

LA COUR

The application for leave to appeal is dismissed.

Rejette la demande d'autorisation d'appel.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR

- [1] Le procureur général demande l'autorisation d'interjeter appel de la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine d'infliger une peine d'emprisonnement de deux ans à Serge Vary, déclaré coupable d'avoir eu en sa possession un kilogramme de cocaïne en vue d'en faire le trafic. La décision portant sur la détermination de la peine est inédite.
- [2] Les faits présentés au juge chargé de la détermination de la peine révèlent que, à l'époque de l'infraction, M. Vary, un délinquant primaire, était un toxicomane âgé de 40 ans qui transportait de la cocaïne dans le but de rembourser ses dettes de drogue. Cela mis à part, il était un membre productif de la société.
- [3] Devant le juge chargé de la détermination de la peine, la substitut du procureur général a soutenu qu'une peine d'emprisonnement de trois ou quatre ans serait une peine raisonnable et indiquée dans les circonstances. Le juge a convenu qu'une peine d'emprisonnement de trois ans serait généralement raisonnable, mais il a par la suite tenu compte de certains facteurs qu'il estimait être des facteurs atténuants et en est arrivé à une peine de deux ans et demi. Il a ensuite réduit la peine de M. Vary pour le temps passé en détention préventive et a finalement condamné M. Vary à une peine d'emprisonnement de deux ans.
- [4] Dans ses observations présentées à l'appui de sa demande d'autorisation d'appel, le procureur général a en quelque sorte désavoué la position adoptée par la substitut au cours de l'audience devant le juge chargé de la détermination de la peine. Le procureur général prétend maintenant que rien de moins qu'une peine d'emprisonnement de quatre ans ne saurait être une peine suffisante dans les circonstances.

[5] La différence entre la position que le procureur général a adoptée à l'audience devant le juge chargé de la détermination de la peine et celle qu'il a adoptée en appel est importante. Si la peine indiquée est une peine de quatre ans, il est possible qu'une peine de seulement deux ans et demi (sans tenir compte de la réduction pour le temps déjà passé sous garde) soit une peine insuffisante, ce qui justifierait une intervention en appel. Toutefois, si une peine de trois ans est raisonnable, la peine infligée par le juge chargé de la détermination de la peine ne serait pas suffisamment différente pour la rendre insuffisante.

[6] Ce n'est pas la première fois que le procureur général demande la modification en appel de la peine proposée au procès par son représentant : *Regina c. Agozzino*, [1970] 1 O.R. 480 (C.A.), [1968] O.J. No. 1362 (QL); *Regina c. Fleury* (1971), 23 C.R.N.S. 164 (C.A.Q.); *Attorney General of Canada c. Roy* (1972), 18 C.R.N.S. 89 (C.B.R.Q.); *R. c. Mighton* (décision inédite, rendue le 16 mai 1978, C.A.C.-B.); *R. c. MacArthur* (1978), 15 Nfld. & P.E.I.R. 72 (C.A.), [1978] P.E.I.J. No. 95 (QL); *R. c. Hogan* (1979), 34 N.S.R. (2d) 641 (C.A.), [1979] N.S.J. No. 656 (QL); *R. c. Marks (K.J.)* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 200 (C.A.), [1994] N.J. No. 241 (QL); *R. c. Cusack* (1978), 26 N.S.R. (2d) 379 (C.A.), [1978] N.S.J. No. 538 (QL); *R. c. Sutherland* (1974), 10 R.N.-B. (2^e) 221 (C.A.), [1974] A.N.-B. n^o 179 (QL). Le principe qui revient dans ces décisions est énoncé par E.G. Ewaschuk dans son ouvrage intitulé *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2^e éd. (Aurora, Ont: Canada Law Book, feuilles mobiles), au par. 25:0100 : [TRADUCTION] « [L]es tribunaux d'appel ne permettront pas au ministère public de modifier sa position initiale à moins que la gravité de l'infraction et le caractère nettement insuffisant de la peine le justifient ».

[7] Nous souscrivons à ce principe et l'appliquons dans les circonstances. N'eût été ce principe, nous aurions peut-être accueilli la demande d'autorisation d'appel et modifié la peine. Cependant, nous ne saurions dire que la peine infligée est nettement insuffisante compte tenu de la gravité de l'infraction et de la situation du contrevenant. Nous devons par conséquent rejeter la demande d'autorisation d'appel présentée par le procureur général. Cela étant dit, nous précisons que notre décision de rejeter la demande

d'autorisation d'appel ne signifie pas que nous sanctionnons cette peine en particulier pour ce type d'infraction. Notre décision applique tout simplement le principe selon lequel le ministère public est habituellement lié en appel par sa position initiale quant à la peine, à moins que cela ne déconsidère l'administration de la justice.

The judgment of the Court was delivered by

THE COURT

[1] The Attorney General seeks leave to appeal a sentence of imprisonment of two years imposed by a judge of the Court of Queen's Bench upon finding Serge Vary guilty of possession of one kilogram of cocaine for the purpose of trafficking. The sentencing decision is unreported.

[2] The facts related to the sentencing judge revealed that, at the time of the offence, Mr. Vary was a 40-year-old drug-addicted first-time offender who transported the cocaine in order to pay off drug debts. Otherwise, he was a productive member of society.

[3] Before the sentencing judge, Crown counsel submitted that a sentence of incarceration of between three to four years would be reasonable and appropriate in the circumstances. The judge agreed that three years would generally be reasonable but then took into account factors he considered mitigating and settled upon a sentence of two and a half years. He then gave Mr. Vary credit for time served in remand and sentenced him to imprisonment for two years.

[4] In the submissions presented in support of the application for leave to appeal, the Attorney General somewhat repudiates the position taken by Crown counsel before the sentencing judge, submitting now that nothing short of a term of imprisonment of four years is a fit sentence in the circumstances.

[5] The difference between the Attorney General's submission before the sentencing judge and the position adopted on appeal is significant. If four years of imprisonment was indicated, it may be that a sentence of only two and a half years (before considering the time on remand) would be unfit, thereby justifying appellate

intervention. However, if three years is reasonable, the sentencing judge's deviation from such a sentence would not be sufficiently significant to make the sentence unfit.

[6] This is not the first time that an Attorney General has sought a variation of sentence on appeal from that which his or her representative proposed at trial: *R. v. Agozzino*, [1970] 1 O.R. 480 (C.A.), [1968] O.J. No. 1362 (QL); *R. v. Fleury* (1971), 23 C.R.N.S. 164 (Que. C.A.); *Canada (Attorney General) v. Roy* (1972), 18 C.R.N.S. 89 (Que. Q.B.); *R. v. Mighton* (unreported, May 16, 1978, B.C.C.A.); *R. v. MacArthur* (1978), 15 Nfld. & P.E.I.R. 72 (C.A.), [1978] P.E.I.J. No. 95 (QL); *R. v. Hogan* (1979), 34 N.S.R. (2d) 641 (C.A.), [1979] N.S.J. No. 656 (QL); *R. v. Marks* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 200 (C.A.), [1994] N.J. No. 241 (QL); *R. v. Cusack* (1978), 26 N.S.R. (2d) 379 (C.A.), [1978] N.S.J. No. 538 (QL); *R. v. Sutherland* (1974), 10 N.B.R. (2d) 221 (C.A.), [1974] N.B.J. No. 179 (QL). The recurring principle from these cases is as set out in E.G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. (Aurora, Ont: Canada Law Book, looseleaf) at para. 25:0100, to the effect that an “appellate court will not allow the Crown to repudiate its original position unless the gravity of the offence and the gross insufficiency of the sentence outweigh that consideration.”

[7] We adopt that principle and apply it in the circumstances. But for the application of this principle, we might have granted leave to appeal and varied the sentence; however, we cannot say that the sentence is grossly insufficient to reflect the magnitude of the offence and the circumstances of the offender, and, as a result, we must dismiss the Attorney General's application for leave to appeal. In doing so, we emphasize that our denying the application for leave to appeal is not an endorsement of this particular sentence for this type of offence. Rather, our decision reflects simply the application of the principle that, unless the administration of justice would be brought into disrepute, the Crown will generally, on appeal, be bound by its original position on sentence.