

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

16-08-CA
17-08-CA

THEODORE HACHEY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

AND BETWEEN:

SELENA WILEY

APPELLANT

-and-

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Hachey and Wiley v. R., 2009 NBCA 21

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard

Appeal from decisions
of the Court of Queen's Bench:
November 15, 2007 and January 29, 2008

History of case:

Decisions under appeal:
[2007] N.B.J. No. 516
[2008] N.B.J. No. 206

THEODORE HACHEY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

ET ENTRE :

SELENA WILEY

INTIMÉE

-et-

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Hachey et Wiley c. R., 2009 NBCA 21

CORAM :

L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard

Appel des décisions
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 15 novembre 2007 et le 29 janvier 2008

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :
[2007] A.N.-B. n° 516
[2008] A.N.-B. n° 206

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal of New Brunswick

[2008] N.B.J. No. 134

[2008] N.B.J. No. 158

[2008] N.B.J. No. 351

[2008] N.B.J. No. 352

[2008] N.B.J. No. 395

[2008] N.B.J. No. 486

[2008] N.B.J. No. 488

Appeal heard and judgment rendered:

February 17, 2009

Reasons delivered:

April 30, 2009

Counsel at hearing:

For the appellants:

Theodore Hachey and Selena Wiley
appeared in person

For the respondent:

Monica G. McQueen

THE COURT

The applications for leave to appeal the convictions on grounds that involve questions of fact or mixed law and fact are dismissed as is Ms. Wiley's application for leave to appeal sentence. Mr. Hachey's appeal on a question of law is allowed and the verdict relating to the count involving PCP is set aside. The appeals relating to the counts alleging possession of hydromorphone and cannabis are dismissed but a verdict of guilty of the offence of possession (s. 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*) is substituted. The sentences passed with respect to those counts are confirmed.

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick

[2008] A.N.-B. n° 134

[2008] A.N.-B. n° 158

[2008] A.N.-B. n° 351

[2008] A.N.-B. n° 352

[2008] A.N.-B. n° 395

[2008] A.N.-B. n° 486

[2008] A.N.-B. n° 488

Appel entendu :

Le 17 février 2009

Motifs déposés :

Le 30 avril 2009

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :

Theodore Hachey et Selena Wiley
ont comparu en personne

Pour l'intimée :

Monica G. McQueen

LA COUR

Les demandes d'autorisation d'interjeter appel des déclarations de culpabilité fondées sur des moyens qui soulèvent des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait sont rejetées, de même que la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine présentée par M^{me} Wiley. L'appel portant sur une question de droit interjeté par M. Hachey est accueilli et le verdict prononcé sur le chef relatif à la PCP est annulé. Les appels ayant trait aux chefs imputant la possession d'hydromorphone et de cannabis sont rejetés mais un verdict de culpabilité de possession de substances désignées (par. 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*) est inscrit. Les peines infligées relativement à ces infractions sont confirmées.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] What follows are the reasons for the decision the Court rendered orally on February 17, 2009.

[2] Theodore Hachey and Selena Wiley were tried together on an indictment alleging they committed six violations of s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996 c. 19, for having in their possession for the purpose of trafficking the following:

- 1) Hydromorphone;
- 2) Lysergic acid Diethylamide (LSD);
- 3) Methamphetamine;
- 4) Phencyclidine piperidine (PCP);
- 5) Cannabis;
- 6) Cocaine.

[3] On November 15, 2007, in a decision reported at (2007), 324 N.B.R. (2d) 389, [2007] N.B.J. No. 516 (QL), 2008 NBQB 12, a judge of the Court of Queen's Bench found both Mr. Hachey and Ms. Wiley guilty on all six counts. On January 29, 2008, the judge sentenced Mr. Hachey to concurrent terms of imprisonment of two years less one day, followed by two year terms of probation, and Ms. Wiley to concurrent terms of imprisonment of one year. In each case, the judge made prohibition orders pursuant to s. 109 of the *Criminal Code*. The sentencing decision is reported at (2008), 326 N.B.R. (2d) 172, [2008] N.B.J. No. 206 (QL), 2008 NBQB 52.

[4] Mr. Hachey and Ms. Wiley seek leave to appeal their convictions on grounds that involve questions of fact or questions of mixed law and fact and Ms. Wiley seeks leave to appeal the sentence, in that she challenges the order made pursuant to s. 109 of the *Criminal Code*.

[5] All matters were consolidated into one hearing and are addressed together. Both applications for leave to appeal the convictions on questions of fact and questions of mixed law and fact and Ms. Wiley's application to appeal sentence are dismissed. In our view, none of the grounds raised in these applications has any merit. This said, in her written submission, counsel for the Attorney General identified certain errors of law that could have been raised as grounds of appeal. Seizing on this, Mr. Hachey and Ms. Wiley applied to amend their Notices of Appeal to pursue grounds that involve questions of law alone. In the circumstances, we allowed the amendment and heard arguments on the question of whether the verdicts with respect to certain counts could be supported by the evidence. Counsel for the Attorney General concedes that the verdicts rendered on the counts relating to hydromorphone and cannabis were unreasonable, as was the finding Mr. Hachey was guilty of the offence relating to PCP. We agree that the concession has merit.

[6] The charges brought against Mr. Hachey and Ms. Wiley related to substances found in three distinct locations: a "fanny pack" located in the glove compartment of a vehicle, Ms. Wiley's purse and Mr. Hachey's residence. The trial judge found that Ms. Wiley had possession of the items in her purse as well as those found in her vehicle, including the contents of the fanny pack. As for Mr. Hachey, the judge found him to have possession of the items found in his residence as well as those found in the fanny pack. Thus, Ms. Wiley was found not to be in possession of the items located in Mr. Hachey's home and Mr. Hachey was found not to be in possession of those in Ms. Wiley's purse. PCP was found only in Ms. Wiley's purse. Thus, Mr. Hachey could not be convicted of its possession.

[7] At trial, Crown counsel led evidence to show that the possession of the cocaine, methamphetamine, LSD and PCP was for the purpose of trafficking. However, no such evidence was adduced with respect to the hydromorphone or the cannabis. In the arguments made at trial, Crown counsel did not ask the judge to draw any inferences with respect to the possession of these substances for the purpose of trafficking. Moreover, the trial judge did not purport to draw any such inferences. At the appeal, counsel for the

Attorney General concedes that on the evidence adduced at trial, no reasonable inference could be drawn to that effect. Thus, Mr. Hachey and Ms. Wiley could only be convicted of the included offence of simple possession of those substances.

[8] For these reasons, Mr. Hachey's appeal is allowed and his conviction on the count of having in his possession phencyclidine piperidine (PCP) for the purpose of trafficking is set aside and a verdict of acquittal is entered.

[9] As for the counts alleging that Mr. Hachey and Ms. Wiley had in their possession hydromorphone and cannabis for the purpose of trafficking, the evidence justified their conviction only on the included offence of possession (s. 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*). Section 686(1)(b)(i) of the *Criminal Code* provides that where the court of appeal "is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment," it may dismiss the appeal and, pursuant to s. 686(3) "it may substitute the verdict that in its opinion should have been found." In other words, where we are of the view that conviction for the offence charged cannot stand but that the appellant should have been convicted of an included offence, the combined effect of ss. 686(1)(b)(i) and (3) requires us to dismiss the appeal and substitute a conviction for the included offence: *R. v. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246 (C.A.), [1966] O.J. No. 973 (QL), *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, [2000] S.C.J. No. 16 (QL), 2000 SCC 15, at para. 16, and *R. v. Comeau (A.G.M.)* (2008), 332 N.B.R. (2d) 308, [2008] N.B.J. No. 280 (QL), 2008 NBCA 60. Applying these principles to the present case, the appeals relating to the counts alleging possession of hydromorphone and cannabis for the purpose of trafficking are dismissed, but we substitute, in each case, a verdict of guilty of the included offence of possession that is set out in s. 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*.

[10] In the end, Mr. Hachey is convicted of possession of cocaine, methamphetamine and LSD for the purpose of trafficking and of simple possession of hydromorphone and cannabis, and Ms. Wiley is convicted of possession of cocaine,

methamphetamine, LSD and PCP for the purpose of trafficking and of simple possession of hydromorphone and cannabis.

[11] All sentences the trial judge imposed were ordered to run concurrently. Thus, the effect of allowing Mr. Hachey's appeal with respect to the PCP count is inconsequential on the total sentence, as is the effect on both Mr. Hachey and Ms. Wiley of substituting convictions for simple possession on the counts relating to hydromorphone and cannabis. In the circumstances, we would affirm the sentence the trial judge passed with respect to the counts relating to hydromorpone and cannabis.

[12] In summary, the applications for leave to appeal conviction on grounds that involve questions of fact or questions of mixed law and fact are dismissed as is Ms. Wiley's application for leave to appeal sentence. Mr. Hachey's appeal on the ground that the verdict relating to the count alleging possession of phencyclidine piperidine (PCP) was unreasonable (a question of law) is allowed. That verdict is set aside, his conviction on that count is quashed and a verdict of acquittal is entered. The appeals on a ground that involves a question of law relating to the possession of hydromorphone and cannabis for the purposes of trafficking are dismissed, but, pursuant to s. 686(3) of the *Criminal Code*, we substitute, in each case, a verdict of guilty of the included offence of possession (s. 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*). However, we confirm the sentences the trial judge passed with respect to those counts.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Voici les motifs sur lesquels notre Cour a fondé la décision qu'elle a rendue oralement le 17 février 2009.

[2] L'acte d'accusation imputait à Theodore Hachey et Selena Wiley, jugés ensemble, six infractions au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, celles d'avoir eu en leur possession pour en faire le trafic les substances suivantes :

- 1) hydromorphone;
- 2) diéthylamide de l'acide lysergique (LSD);
- 3) méthamphétamine;
- 4) phencyclidine pipéridine (PCP);
- 5) cannabis;
- 6) cocaïne.

[3] Le 15 novembre 2007, dans une décision publiée à (2007), 324 R.N.-B. (2^e) 389, [2007] A.N.-B. n^o 516 (QL), 2008 NBBR 12, un juge de la Cour du Banc de la Reine a déclaré M. Hachey et M^{me} Wiley coupables relativement aux six chefs contenus dans l'acte d'accusation. Le 29 janvier 2008, le juge a condamné M. Hachey à des peines d'emprisonnement concurrentes de deux ans moins un jour, suivies de périodes de probation de deux ans, et a condamné M^{me} Wiley à des peines d'emprisonnement concurrentes de un an. Dans chaque cas, le juge a rendu une ordonnance d'interdiction en application de l'art. 109 du *Code criminel*. La décision portant sur la détermination de la peine est publiée à (2008), 326 R.N.-B. (2^e) 172, [2008] A.N.-B. n^o 206 (QL), 2008 NBBR 52.

[4] M. Hachey et M^{me} Wiley sollicitent l'autorisation d'interjeter appel de leurs déclarations de culpabilité en invoquant des moyens d'appel qui portent sur des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait. M^{me} Wiley demande

l'autorisation de porter sa peine en appel, c'est-à-dire qu'elle conteste l'ordonnance rendue en application de l'art. 109 du *Code criminel*.

[5] Les questions à trancher ont toutes été fusionnées en vue d'une unique audition et sont examinées ensemble. Les deux demandes d'interjeter appel des déclarations de culpabilité sur le fondement de questions de fait et de questions mixtes de droit et de fait et la demande d'autorisation d'appeler de sa peine présentée par M^{me} Wiley sont rejetées. À notre avis, aucun des moyens invoqués dans ces demandes n'est fondé. Cela dit, la substitut du procureur général a énuméré dans son mémoire certaines erreurs de droit qui auraient pu être soulevées comme moyens d'appel. Saisissant cette occasion, M. Hachey et M^{me} Wiley ont demandé à modifier leurs avis d'appel afin d'invoquer des moyens portant sur des questions de droit seulement. Dans les circonstances, nous avons permis que l'avis soit modifié et nous avons entendu les arguments sur la question de savoir si les verdicts relatifs à certains chefs d'accusation pouvaient s'appuyer sur la preuve. La substitut du procureur général concède que les verdicts prononcés relativement aux chefs ayant trait à l'hydromorphe et au cannabis étaient déraisonnables, comme l'était la conclusion du juge selon laquelle M. Hachey était coupable de l'infraction relative à la PCP. Nous estimons aussi que cette concession est fondée.

[6] Les accusations portées contre M. Hachey et M^{me} Wiley concernaient des substances trouvées dans trois endroits différents : un « sac banane » contenu dans la boîte à gants d'un véhicule, le sac à main de M^{me} Wiley et la résidence de M. Hachey. Le juge du procès a conclu que M^{me} Wiley avait la possession des articles contenus dans son sac à main ainsi que de ceux qui ont été trouvés dans son véhicule, y compris le contenu du sac banane. Quant à M. Hachey, le juge a conclu qu'il avait la possession des articles trouvés dans sa résidence ainsi que de ceux trouvés dans le sac banane. Par conséquent, le juge a conclu que M^{me} Wiley n'avait pas la possession des articles qui se trouvaient chez M. Hachey et que M. Hachey n'avait pas la possession de ceux que contenait le sac à main de M^{me} Wiley. La PCP n'a été trouvée que dans le sac à main de M^{me} Wiley. M. Hachey ne pouvait donc pas être déclaré coupable de possession de cette substance.

[7] Au procès, l'avocat du ministère public a présenté des éléments de preuve qui démontraient que les accusés avaient la cocaïne, la méthamphétamine, le LSD et la PCP en leur possession pour en faire le trafic. Toutefois, aucun élément de preuve de cette sorte n'a été présenté concernant l'hydromorphone ou le cannabis. Dans les arguments qu'il a soutenus au procès, l'avocat du ministère public n'a pas demandé au juge de tirer quelque inférence que ce soit relativement à la possession de ces substances pour en faire le trafic. En outre, le juge du procès n'a pas fait savoir qu'il tirait de telles inférences. En appel, la substitut du procureur général reconnaît qu'aucune inférence raisonnable ne pouvait être tirée dans ce sens sur le fondement des éléments de preuve présentés au procès. Par conséquent, M. Hachey et M^{me} Wiley ne pouvaient être déclarés coupables que de l'infraction incluse de simple possession de ces substances.

[8] Pour ces motifs, l'appel de M. Hachey est accueilli, sa déclaration de culpabilité relativement à l'accusation de possession de phencyclidine pipéridine (PCP) pour en faire le trafic est annulée et un verdict d'acquiescement est inscrit.

[9] Quant aux chefs d'accusation imputant à M. Hachey et à M^{me} Wiley la possession d'hydromorphone et de cannabis en vue d'en faire le trafic, les éléments de preuve présentés n'appuyaient leur déclaration de culpabilité que relativement à l'infraction incluse de possession (par. 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*). Le sous-alinéa 686(1)b)(i) du *Code criminel* dispose que lorsque la cour d'appel « est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation », elle peut rejeter l'appel et, conformément au par. 686(3), « substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu. » Autrement dit, étant donné qu'à notre avis la déclaration de culpabilité relative à l'infraction imputée ne peut être maintenue, mais que l'appelant aurait dû être déclaré coupable d'une infraction incluse, l'effet conjugué du sous-al. 686(1)b)(i) et du par. (3) nous oblige à rejeter son appel et à inscrire une déclaration de culpabilité pour l'infraction incluse : *R. c. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246 (C.A.), [1966] O.J. No. 973 (QL), *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, [2000] A.C.S. n° 16

(QL), 2000 CSC 15, au par. 16, *R. c. Comeau (A.G.M.)* (2008), 332 R.N.-B. (2^e) 308, [2008] A.N.-B. n^o 280 (QL), 2008 NBCA 60. En appliquant ces principes à l'affaire qui nous occupe, nous rejetons les appels relatifs aux chefs imputant la possession d'hydromorphe et de cannabis en vue d'en faire le trafic, mais nous inscrivons, dans chaque cas, un verdict de culpabilité de l'infraction incluse de possession visée au par. 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.

[10] En fin de compte, M. Hachey est déclaré coupable de possession de cocaïne, de méthamphétamine et de LSD en vue d'en faire le trafic et de simple possession d'hydromorphe et de cannabis, et M^{me} Wiley est déclarée coupable de possession de cocaïne, de méthamphétamine, de LSD et de PCP pour en faire le trafic et de simple possession d'hydromorphe et de cannabis.

[11] Toutes les peines infligées par le juge du procès devaient être purgées concurremment. Pour cette raison, le fait que l'appel interjeté par M. Hachey relativement au chef concernant la PCP est accueilli n'a aucune incidence sur la peine totale, pas plus que la substitution de déclarations de culpabilité de simple possession sur les chefs relatifs à l'hydromorphe et au cannabis n'a de conséquences pour M. Hachey et M^{me} Wiley. Dans les circonstances, nous confirmerions la peine infligée par le juge du procès sur les chefs concernant l'hydromorphe et le cannabis.

[12] En résumé, les demandes d'autorisation d'interjeter appel de la déclaration de culpabilité fondées sur des moyens qui soulèvent des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait sont rejetées, comme l'est la demande d'autorisation d'appeler de sa peine présentée par M^{me} Wiley. L'appel interjeté par M. Hachey au motif que le verdict relatif au chef lui imputant la possession de phencyclidine pipéridine (PCP) était déraisonnable (une question de droit) est accueilli. Le verdict en question est écarté, la déclaration de culpabilité de M. Hachey sur ce chef est annulée et un verdict d'acquittement est inscrit. Les appels fondés sur un moyen qui soulève une question de droit ayant trait à la possession d'hydromorphe et de cannabis en vue d'en faire le trafic sont rejetés mais, conformément au par. 686(3) du *Code criminel*, nous substituons

au verdict prononcé, dans chaque cas, un verdict de culpabilité de l'infraction incluse de possession (par. 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*). Toutefois, nous confirmons les peines infligées par le juge du procès relativement à ces chefs.