

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

89-11-CA

MARK RICHARD DEE

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Dee v. R., 2012 NBCA 2

CORAM:

The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Bell  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
May 20, 2011

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
November 22, 2011

Judgment rendered:  
January 19, 2012

Counsel at hearing:

Mark Richard Dee appeared in person

For the respondent:  
Peter H. MacPhail

THE COURT

The application for leave to appeal is allowed, but  
the appeal is dismissed.

MARK RICHARD DEE

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Dee c. R., 2012 NBCA 2

CORAM :

L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Bell  
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 20 mai 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
Le 22 novembre 2011

Jugement rendu :  
Le 19 janvier 2012

Avocats à l'audience :

Mark Richard Dee a comparu en personne

Pour l'intimée :  
Peter H. MacPhail

LA COUR

Accueille la demande en autorisation d'appel, mais  
rejette l'appel.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

[1] The appellant taxpayer's appeal to the summary conviction appeal court was dismissed pursuant to Rule 64.13(1)(b) of the *Rules of Court*. While the appellant had filed a written submission, he failed to appear personally at the hearing. Instead, he sent a lawyer who had been instructed to seek only an adjournment, which was denied. The appellant appeals the dismissal and, correlatively, the refusal to grant the adjournment. The essential facts are as follows.

[2] On November 17, 2009, the appellant was convicted of income tax evasion, an offence under s. 239(1)(d) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), and fined \$61,460.94. The conviction stems from the appellant's capacity as executor of his mother's estate and his receipt of \$199,000 from the estate's law firm, which monies were provided for the singular purpose of paying estate taxes assessed in the same amount. Instead, the appellant was found to have used the monies for personal benefit, but without declaring the amount as income for the year in which it was received.

[3] An appeal with respect to the summary conviction offence was filed with the Court of Queen's Bench on December 16, 2009. That appeal is authorized pursuant to the cumulative effect of s. 34(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, and ss. 812 and 813 of the *Criminal Code*. The appeal hearing was set down for July 21, 2010, but the matter was adjourned on that date for reasons not attributable to either party. On the next scheduled hearing date, a further adjournment was ordered, once again for reasons not attributable to either party. On the last occasion, the appellant was offered several possible hearing dates. He chose December 21, 2010. On December 6, 2010, the appellant sought and was granted an adjournment on consent. The Clerk's office then presented the appellant a choice of nine possible hearing dates. The appellant did not respond to the Clerk's invitation. By January 11, 2011, the appellant had yet to contact the Clerk's office which had made several attempts to reach him by e-mail since he had

yet to provide staff with a mailing address in Canada. On January 25, 2011, the matter was set down on the Motions List for February, 2011. The appellant did not attend on Motions Day and the matter was again set over, this time to the Motions Day set for March 7, 2011.

[4] On March 7, 2011, the appellant appeared through a lawyer who had been retained for the limited purpose of seeking an adjournment. The lawyer informed the Court of the days the appellant would be available during May. It was agreed the appeal would be heard on May 20, 2011. On May 10, the appellant sent an email requesting a further adjournment because of a conflict with business matters in Texas. When the case was called on May 20, the appellant was not present in court but was represented by counsel who informed the appeal court judge that he was retained for the sole purpose of requesting an adjournment and “not retained to represent [the appellant] on the appeal or to conduct [the] appeal if the Court refuses the adjournment.” Counsel indicated the appellant was amenable to a hearing date in late June, early July or any time after the Labour Day weekend. The respondent Crown objected to an adjournment and instead asked that the appeal be dismissed pursuant to Rule 64.13(1)(b) of the *Rules of Court*. That Rule grants an appeal court judge the authority to either dismiss or hear an appeal in the absence of the appellant in the following circumstances: the appellant fails to file a written submission or fails to appear personally or by counsel at the time fixed for the hearing of the appeal. In the present case, the appellant had filed a 92-page written submission with the Court of Queen’s Bench, addressing the wide-ranging grounds of appeal set out in his Notice of Appeal. In response, the Crown had filed a 32-page submission.

[5] The appeal court judge then heard arguments from both the appellant’s counsel and counsel for the Attorney General, who respectively spoke for and against the request for adjournment. Before reaching a decision, the appeal court judge also had the Clerk of the Court testify as to matters related to the granting of adjournments in the Court of Queen’s Bench and to the difficulties in having the appeal set down for a hearing over the preceding months and, in particular, with respect to the failure of the

appellant to respond to communications emanating from the Clerk's office. After hearing from the Clerk, the appeal court judge dismissed the request for an adjournment and, without more, dismissed the appeal. The oral reasons for decision focus exclusively on the delays, attributable to the appellant, in having the appeal heard.

[6] The appellant alleges error on the part of the appeal court judge in refusing to grant the adjournment. In my view, no such error has been established as contemplated by the jurisprudence. The power to grant or refuse a request for an adjournment is discretionary. In *Thibault v. R.*, 2006 NBCA 9, [2006] N.B.J. No. 49 (QL), this Court stated as follows on the question of the standard of review that applies to a decision of this type:

It is settled law that the power to grant or deny an adjournment is in the judge's discretion, which he shall exercise judiciously (see *Barrette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 121 and *Manhas v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 591). A decision on an adjournment may be reviewed on appeal if it is based on reasons which are not well founded in law. The burden is on the appellant to establish that the judge did not apply the right principles when he exercised his discretion. [para. 2]

[7] In the present case, it cannot be said that the appeal court judge erred in the exercise of her discretion to refuse the adjournment. There is a sufficient factual basis to support the denial of the adjournment request. That said, the refusal to grant the adjournment was not sufficient, in my opinion, to support the decision to dismiss the appeal and accordingly, the appeal judge erred. However, the error is one that is without consequence. Let me explain.

[8] This is not a case of dismissal for want of prosecution as provided for under s. 825(b) of the *Criminal Code*. Section 825(b) provides for the dismissal of an appeal for "want of prosecution" in cases where the "appeal has not been proceeded with" or "has been abandoned". In my view, neither of those two circumstances applies in the present case. The appellant did proceed with his appeal in the sense that he filed written arguments and performed all necessary steps in advance of the hearing. The

question is whether the fact he was not present in Court ready to argue, when the adjournment was denied, constitutes a failure to proceed with the appeal. In my view, it does not. Support for this position is found in Rule 64.13(1)(b), which provides that if an appellant “fails to appear personally or by counsel at the time fixed for hearing of the appeal, the appeal court may dismiss the appeal or may hear the appeal in the absence of the appellant.” Obviously, the appellant did appear by counsel at the time fixed for the hearing of his appeal. The problem is that his counsel was engaged for the limited purpose of seeking an adjournment and was not prepared to make oral submissions on the merit of the appeal. But this limited mandate does not automatically warrant a finding that the appeal has been abandoned or should be dismissed for want of prosecution.

[9] Having refused the adjournment, the appeal court judge was required to rule on the consequences of the appellant’s failure to be present at the hearing to argue his appeal or to have counsel ready to do so. With respect, the judge did not appear to address her mind to the broader issue pertaining to the merits of the appeal and its disposition in light of the appeal record placed before her. She simply denied the adjournment and dismissed the appeal. There was, however, another option: to hear the appeal in the absence of the appellant. The failure to consider this option qualifies as an error of law. Had she done so, the appeal judge would have weighed all relevant factors, including the following: (1) the appellant had taken all necessary steps to bring his appeal to a hearing; (2) the appellant had filed extensive written arguments; and (3) there was no actual prejudice to the respondent Crown, such as might have been the case if, for example, no written arguments had been filed. Cumulatively, these factors lead one to the irresistible conclusion that, having denied the adjournment, the option of hearing the matter in the appellant’s absence was the only one that would result in a just determination of the appeal. It should follow that once the appeal court judge decided against the granting of an adjournment she was obligated to rule on the merits of the appeal based on the record that was before her, after first deciding whether it was necessary to hear from Crown counsel with respect to matters raised in the written submissions. All of these facts lend support to the allegation the appeal court judge erred

in failing to hear the appeal in the absence of the appellant. The alleged error is one which qualifies as a question of law alone and, therefore, falls within s. 839(1).

[10] This is not to say that a judge can never dismiss an appeal for want of prosecution where an appellant fails to appear at the hearing or appears by counsel with a limited mandate to simply ask for an adjournment. If other factors point to a failure to proceed with the appeal, such as, for example, failure to follow critical steps in the appeal process or the absence of written arguments, or if prejudice to the respondent is shown, such as where the grounds of appeal are so ambiguous the respondent cannot reply, a judge may very well be justified to simply dismiss the appeal. However, that is not the situation in the present case.

[11] Although I find an error of law in the appeal court judge's dismissal of the appellant's appeal, this does not necessarily resolve this appeal in his favour. Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, made applicable to summary conviction appeals to the Court of Appeal by virtue of s. 839(2), provides that where an appeal might otherwise be allowed on the grounds of a wrong decision on a question of law, the appeal can nevertheless be dismissed if the Court of Appeal is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. In assessing whether a substantial wrong or miscarriage of justice has occurred it is necessary to review the entirety of Mr. Dee's submission, the Crown's reply and the underlying decisions. I have, in essence, undertaken the task the summary conviction appeal court judge should have undertaken. In my view, had the appeal court judge proceeded to hear the appeal in the appellant's absence and had she determined the appeal on the basis of the written materials filed, the appeal would have been dismissed. A review of the grounds of appeal reveals that the appellant was effectively asking the appeal court judge to re-try his case. The law is clear that this is not the role of an appellate court: *R. v. Fowler*, 2006 NBCA 90, 307 N.B.R. (2d) 106, at para. 17 and the cases cited therein. The appellant's 92-page submission clearly reveals that he seeks to relitigate all of the issues, most of which are factual, which the trial judge dealt with in comprehensive reasons.

[12] For the above reasons, I would allow the application for leave to appeal but dismiss the appeal.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE ROBERTSON

[1] L'appel du contribuable appelant devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a été rejeté conformément à la règle 64.13(1)b des *Règles de procédure*. Bien que l'appelant eût déposé un mémoire, il n'avait pas comparu en personne à l'audience. Il y avait plutôt délégué un avocat qui avait reçu comme directive de ne solliciter qu'un ajournement, lequel a été refusé. L'appelant interjette appel du rejet de l'appel et, corrélativement, du refus de la cour d'accorder l'ajournement. Les faits essentiels sont les suivants.

[2] Le 17 novembre 2009, l'appelant a été déclaré coupable de fraude fiscale, infraction prévue à l'al. 239(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C., 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), et s'est vu infliger une amende de 61 460,94 \$. La déclaration de culpabilité découle du rôle joué par l'appelant en sa capacité d'exécuteur de la succession de sa mère et du fait qu'il avait reçu 199 000 \$ du cabinet d'avocats représentant la succession à seule fin d'acquitter l'impôt sur les biens transmis par décès qui s'établissait à ce montant précis. La Cour a conclu que l'appelant avait plutôt utilisé la somme en question à son profit personnel, mais sans la déclarer comme revenu pour l'année au cours de laquelle elle avait été reçue.

[3] Un appel a été déposé devant la Cour du Banc de la Reine, le 16 décembre 2009, relativement à l'infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Cet appel est autorisé par l'effet cumulatif du par. 34(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, et des art. 812 et 813 du *Code criminel*. L'audition de l'appel avait été fixée au 21 juillet 2010, mais elle a été ajournée ce jour-là pour des raisons qui n'étaient attribuables ni à l'une ni à l'autre parties. À la date suivante qui avait été fixée pour la tenue de l'audience, un nouvel ajournement a été ordonné, là encore pour des raisons qui n'étaient imputables à aucune des parties. Ce jour-là, l'appelant s'est vu proposer plusieurs dates en vue de la tenue de l'audience. Il a choisi le



21 décembre 2010. Le 6 décembre 2010, l'appelant a sollicité et obtenu un ajournement avec le consentement de l'autre partie. Le bureau du greffier a alors donné à l'appelant le choix entre neuf dates d'audience possibles. L'appelant n'a pas répondu à l'invitation du greffier. Le 11 janvier 2011, l'appelant n'avait toujours pas communiqué avec le bureau du greffier, lequel avait fait plusieurs tentatives afin de le joindre par courriel parce qu'il n'avait pas encore donné au personnel du bureau une adresse postale au Canada. Le 25 janvier 2011, l'affaire a été inscrite au rôle pour la séance des motions de février 2011. L'appelant ne s'est pas présenté à la séance des motions et l'affaire a de nouveau été reportée, cette fois à la séance des motions fixée au 7 mars 2011.

[4] Le 7 mars 2011, l'appelant a comparu par l'intermédiaire d'un avocat dont les services avaient été retenus à seule fin de solliciter un ajournement. L'avocat a informé la Cour des jours où l'appelant serait libre pendant le mois de mai. Il a été convenu que l'appel serait entendu le 20 mai 2011. Le 10 mai, l'appelant a envoyé un courriel dans lequel il demandait un nouvel ajournement en raison d'un conflit imputable à ses affaires au Texas. Lorsqu'il a été convoqué pour l'audition de sa cause, le 20 mai, l'appelant n'était pas présent dans la salle d'audience mais était représenté par un avocat qui a informé la juge de la cour d'appel qu'il avait pour unique mandat de demander un ajournement et qu'il [TRADUCTION] « n'avait pas pour mandat de représenter [l'appelant] dans le cadre de l'appel ni de plaider [l']appel pour le cas où la Cour refuserait l'ajournement ». L'avocat a indiqué que l'appelant était favorable à ce que l'audience soit tenue à la fin de juin, au début de juillet ou à n'importe quel moment après la fin de semaine de la fête du Travail. Le ministère public intimé s'est opposé à l'ajournement et a plutôt demandé que l'appel soit rejeté conformément à la règle 64.13(1)b) des *Règles de procédure*. Cette règle confère au juge du tribunal d'appel le pouvoir de rejeter l'appel ou d'entendre l'appel en l'absence de l'appelant dans les circonstances suivantes : l'appelant omet de déposer un mémoire ou ne comparaît ni en personne ni par avocat à l'audition de l'appel. En l'espèce, l'appelant avait déposé devant la Cour du Banc de la Reine un mémoire de quatre-vingt-douze pages dans lequel il exposait les moyens d'appel fort divers énoncés dans son avis d'appel. En réponse, le ministère public avait déposé un mémoire de trente-deux pages.

[5] La juge de la cour d'appel a ensuite entendu l'argumentation de l'avocat de l'appelant et celle du substitut du procureur général qui ont respectivement plaidé pour et contre la demande d'ajournement. Avant d'en arriver à sa décision, la juge de la cour d'appel a également fait témoigner le greffier de la Cour sur des questions se rapportant aux ajournements accordés devant la Cour du Banc de la Reine, aux difficultés éprouvées lorsqu'on avait tenté d'inscrire l'appel au rôle au cours des mois précédents et, plus précisément, à l'omission de l'appelant de répondre aux communications provenant du bureau du greffier. Après avoir entendu le témoignage du greffier, la juge de la cour d'appel a rejeté la demande d'ajournement et a, sans plus, rejeté l'appel. Les motifs de décision oraux font exclusivement état des retards, attribuables à l'appelant, à faire instruire l'appel.

[6] L'appelant prétend que la juge de la cour d'appel a commis une erreur en refusant d'accorder l'ajournement. J'estime que l'on n'a pas établi, au sens où l'entend la jurisprudence, qu'une erreur aurait été commise à cet égard. Le pouvoir d'accueillir ou de rejeter une demande d'ajournement est discrétionnaire. Dans l'arrêt *Thibault c. R.*, 2006 NBCA 9, [2006] A.N.-B. n° 49 (QL), notre Cour a dit ce qui suit sur la question de la norme de contrôle applicable à une décision de ce genre :

Il est bien établi en droit que le pouvoir d'accorder ou de refuser un ajournement relève d'un pouvoir discrétionnaire du juge et que celui-ci a le devoir d'exercer judicieusement cette discrétion (voir *R. c. Barrette*, [1977] 2 R.C.S. 121, et *R. c. Manhas*, [1980] 1 R.C.S. 591). Une décision sur un ajournement pourra être révisée en appel si elle repose sur des motifs erronés en droit. Il revient à l'appelant d'établir que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge n'a pas appliqué les bons principes. [Par. 2]

[7] En l'espèce, on ne saurait dire que la juge de la cour d'appel a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'elle avait de refuser l'ajournement. Il existe une base factuelle suffisante à l'appui du rejet de la demande d'ajournement. Cela dit, le refus d'accorder l'ajournement n'était pas suffisant, à mon avis, pour appuyer la

décision de rejeter l'appel et la juge de la cour d'appel a donc commis une erreur. Il s'agit toutefois d'une erreur qui est sans conséquence. Je m'explique.

[8] Il ne s'agit pas en l'espèce d'un rejet pour défaut de poursuivre sous le régime de l'al. 825b) du *Code criminel*. L'alinéa 825b) dispose qu'un appel peut être rejeté pour défaut de poursuivre dans le cas où « l'appel n'a pas été poursuivi » ou « a été abandonné ». J'estime qu'aucune de ces deux situations ne s'applique en l'espèce. L'appelant a poursuivi son appel en ce sens qu'il a déposé une argumentation écrite et a accompli toutes les démarches nécessaires en prévision de l'audience. La question est celle de savoir si le fait qu'il n'était pas présent devant la Cour, prêt à faire valoir son point de vue, lorsque l'ajournement a été refusé, constitue une omission de poursuivre l'appel. J'estime que cela ne constitue pas une omission de poursuivre l'appel. Cette position trouve appui dans la règle 64.13(1)b), qui dispose que si l'appelant « ne comparait pas en personne ou par avocat à l'audition de l'appel, le tribunal d'appel peut rejeter son appel ou entendre l'appel en son absence ». Il est manifeste que l'appelant a comparu par avocat à l'audition de son appel. Le problème tient au fait que les services de son avocat avaient été retenus à seules fins de solliciter un ajournement et que l'avocat n'était pas prêt à présenter des observations orales sur le fond de l'appel. Toutefois, ce mandat limité ne justifie pas automatiquement une conclusion selon laquelle l'appel a été abandonné ou devrait être rejeté pour défaut de poursuivre.

[9] Puisqu'elle avait refusé l'ajournement, la juge de la cour d'appel devait se prononcer sur les conséquences de l'omission de l'appelant d'être présent à l'audience afin de plaider son appel ou de s'assurer que son avocat était prêt à le faire. En toute déférence, la juge n'a pas semblé s'arrêter à la question plus large du fond de l'appel et de la façon dont il fallait le trancher à la lumière du dossier déposé devant elle. Elle a simplement refusé l'ajournement et rejeté l'appel. Il y avait toutefois une autre possibilité : elle aurait pu entendre l'appel en l'absence de l'appelant. L'omission d'envisager cette possibilité constitue une erreur de droit. Si elle l'avait fait, la juge saisie de l'appel aurait soupesé tous les facteurs pertinents, y compris les suivants : (1) l'appelant avait pris toutes les mesures nécessaires pour faire instruire son appel; (2) il

avait déposé une argumentation écrite considérable; et (3) le ministère public intimé n'aurait été victime d'aucun préjudice comme cela aurait pu être le cas si, par exemple, aucune argumentation écrite n'avait été déposée. Cumulativement, ces facteurs nous amènent à la conclusion irrésistible qu'une fois l'ajournement refusé, l'audition de l'instance en l'absence de l'appelant était la seule solution susceptible d'assurer la solution équitable de l'appel. Il devait s'ensuivre que dès lors que la juge de la cour d'appel avait résolu de ne pas accorder l'ajournement, elle avait l'obligation de se prononcer sur le fond de l'appel à la lumière du dossier déposé devant elle, après avoir tout d'abord décidé s'il était nécessaire d'entendre l'avocat du ministère public relativement aux questions soulevées dans les mémoires. Ces faits viennent tous appuyer l'allégation voulant que la juge de la cour d'appel ait commis une erreur en n'entendant pas l'appel en l'absence de l'appelant. L'erreur présumée est une erreur qui ressortit à une question de droit seulement et elle relève donc du par. 839(1).

[10] Cela ne veut pas dire qu'un juge ne peut jamais rejeter un appel pour défaut de poursuivre lorsque l'appelant omet de comparaître à l'audience ou comparaît par l'intermédiaire d'un avocat dont le mandat se limite à tout simplement demander un ajournement. Si d'autres facteurs donnent à penser que l'appel n'est pas poursuivi, savoir, par exemple, le défaut de respecter certaines étapes cruciales du processus d'appel ou l'absence d'argumentation écrite, ou si l'on établit qu'un préjudice sera causé à l'intimé, comme c'est le cas lorsque les moyens d'appel sont tellement ambigus que l'intimé ne peut répondre, le juge peut fort bien être fondé à tout simplement rejeter l'appel. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[11] Bien que je conclue que le rejet de son appel par la juge de la cour d'appel constitue une erreur de droit, cette conclusion ne tranche pas nécessairement le présent appel en faveur de l'appelant. Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, qui, en vertu du par. 839(2), est applicable aux appels en matière de poursuites sommaires devant la Cour d'appel, dispose qu'un appel qui pourrait par ailleurs être accueilli parce qu'il y a eu une décision erronée sur une question de droit, peut néanmoins être rejeté si la Cour d'appel est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est

produit. Pour décider s'il y a eu un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut examiner dans leur intégralité le mémoire de M. Dee, la réponse du ministère public et les décisions sous-jacentes. Je me suis, pour l'essentiel, acquitté de la tâche dont la juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires aurait dû s'acquitter. Je suis d'avis que si la juge de la cour d'appel avait entendu l'appel en l'absence de l'appelant et avait tranché l'appel sur la base des documents déposés, l'appel aurait été rejeté. L'examen des moyens d'appel révèle que l'appelant se trouvait en fait à demander à la juge de la cour d'appel de réinstruire sa cause. Il est clair en droit qu'il n'appartient pas à une cour d'appel de juger à nouveau une affaire : *R. c. Fowler*, 2006 NBCA 90, 304 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 106, au par. 17 et les instances qui y sont citées. Le mémoire de quatre-vingt-douze pages de l'appelant révèle clairement qu'il veut remettre en cause toutes les questions, pour la plupart factuelles, que la juge du procès a tranchées dans des motifs détaillés.

[12] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir la demande en autorisation d'appel mais de rejeter l'appel.