

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

150-11-CA

DANIEL RAY DOWNEY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Downey v. R, 2012 NBCA 78

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench
Conviction – July 7, 2011
Sentence – October 3, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
2011 NBQB 180 - Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal
[2011] N.B.J. No. 456 (QL)

Court of Queen's Bench
2011 NBQB 274

Appeal heard and judgment rendered:
June 27, 2012

Reasons delivered:
September 6, 2012

DANIEL RAY DOWNEY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Downey c. R., 2012 NBCA 78

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Déclaration de culpabilité – le 7 juillet 2011
Prononcé de la sentence – le 3 octobre 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 180 – Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel
[2011] A.N.-B. n° 456 (QL)

Cour du Banc de la Reine
2011 NBBR 274

Appel entendu et jugement rendu :
Le 27 juin 2012

Motifs déposés :
Le 6 septembre 2012

Counsel at hearing:

For the appellant:
Daniel Ray Downey appeared in person

For the respondent:
Kathryn Gregory

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed but the sentence appeal is allowed. The sentence for the offence under s. 355(a) of the *Criminal Code* is varied to one of 15 months of imprisonment.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Daniel Ray Downey a comparu en personne

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

LA COUR

L'appel interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité est rejeté, mais l'appel de la sentence est accueilli. La peine infligée en vertu de l'alinéa 355a) du *Code criminel* est ramenée à une peine de quinze mois d'emprisonnement.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] On July 7, 2011, a judge of the Court of Queen's Bench found Daniel Ray Downey guilty of possession of a stolen tractor (s. 355(a) of the *Criminal Code*) and of failing to stop his vehicle when being pursued by a peace officer (s. 249.1(2)(a)). On October 3, 2011, the judge sentenced Mr. Downey, who has a significant criminal record, to incarceration for a period of 18 months for the offence under s. 355(a) and 6 months, to run concurrently, for the other offence.

[2] Briefly stated, the facts are these. On November 23, 2010, in Moncton, Mr. Downey was driving a new John Deere tractor valued at \$66,727.78, which had been stolen in Sussex on November 18, 2010. A police officer motioned Mr. Downey to stop the tractor and activated his emergency equipment. Although Mr. Downey caused the vehicle to slow down and move to the side of the road, with the police car pulling up to the rear of the tractor, Mr. Downey then suddenly accelerated, causing the officer to effect a short pursuit before Mr. Downey stopped the tractor. After arresting Mr. Downey for failing to stop, the officer complied with the informational duties of Mr. Downey's s. 10(b) *Charter* right. Mr. Downey told the officer he had leased the tractor from a farmer. Upon making inquiries, the officer learned the tractor had been stolen, and Mr. Downey was once again cautioned. The investigation eventually led the officers to Edward McAllister and his son, Stephen. The latter initially told the police he knew nothing about any lease and did not know Mr. Downey. Later a lease was produced showing the tractor had been leased to Mr. Downey. Edward McAllister says he saw an advertisement on Kijiji for the sale of a tractor and that he purchased it for \$20,000 or \$25,000 cash but he could not remember the exact amount, nor could he produce a receipt. He says he then advertised on Kijiji that he had snow plowing contracts to sell and that he would lease the tractor to whomever purchased them. According to him, Mr. Downey inquired and eventually Mr. McAllister paid Mr. Downey \$11,000 cash for taking over the snow removal contracts and then Mr. Downey paid

Mr. McAllister \$7,000 cash, from a different source of funds, to lease the tractor. The trial judge did not believe this evidence. He says “no business person in his right mind would proceed” in this manner, pointing out that the new never-used tractor was worth over \$65,000 and that it is unbelievable that it was purchased from a stranger for \$20-25,000 without even a bill of sale. The trial judge also found it incredible that the tractor was leased for \$7,000 to another stranger on the very next day. He reasoned that Mr. Downey made no mention of the McAllisters immediately after his arrest and found that the lease adduced into evidence was one that was drawn up only after Mr. Downey was caught in possession of the stolen tractor.

[3] Mr. Downey appeals the conviction on questions of law and seeks leave to appeal it on questions of fact or mixed fact and law. He initially sought to adduce “fresh evidence” in support of the grounds for which he requires leave to appeal; however, the motion for fresh evidence was abandoned at the hearing of the appeal. Mr. Downey also seeks leave to appeal the sentence. On June 27, 2012, we dismissed Mr. Downey’s appeal against conviction, granted him leave to appeal the sentence and varied his sentence. We indicated then that reasons for our decision would follow. These are those reasons.

[4] The application for leave to appeal on grounds that raise questions of fact and mixed law and fact was dismissed because it is not the role of the Court of Appeal to retry a case. Absent palpable and overriding error, findings of fact and credibility, and the application of the law to the facts to make the ultimate finding, are deserving of deference. We find no such error in the present case. Although there may have been minor misstatements of some of the evidence, none of the errors alleged, even when taken collectively, are overriding errors. The evidence supports the credibility findings and the findings of fact and there is therefore no basis for appellate interference. Similarly, there is no valid reason to interfere with the ultimate finding since the record discloses the verdict is one that was reasonably available upon application of the law to the facts.

[5] In his arguments on appeal, Mr. Downey raises a violation of certain rights guaranteed by the Canadian *Charter of Rights and Freedoms* that had not been initially raised at trial. In fact, he raised these alleged violations in a post-verdict presentencing motion before the trial judge, but these were dismissed on the ground that the “*Charter* issues raised [were] Mr. Downey’s way of changing the tactics he used at trial” (para. 10).

[6] In *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, [1993] S.C.J. No. 82 (QL), L’Heureux-Dubé J., (dissenting on other grounds), explains as follows:

In summary, the following three prerequisites must be satisfied in order to permit the raising of a new issue, including a *Charter* challenge, for the first time on appeal. First, there must be a sufficient evidentiary record to resolve the issue. Second, it must not be an instance in which the accused for tactical reasons failed to raise the issue at trial. Third, the court must be satisfied that no miscarriage of justice will result from the refusal to raise such new issue on appeal. [para. 20]

[7] In our view, similar considerations apply to any post-verdict presentencing motion to re-open a case. There is a sound basis for the judge’s findings that Mr. Downey was changing tactics after an unsuccessful defence. Mr. Downey did not seek the exclusion of the statement he had given the police until after the trial judge considered this statement critical to establishing credibility and, ultimately, guilt. In any event, there is certainly not a sufficient evidentiary record that would permit us to assess this ground of appeal at this late stage.

[8] Mr. Downey also raises *Charter* issues relating to disclosure. Notwithstanding any disclosure irregularity that may have arisen, the trial judge addressed these by offering Mr. Downey an adjournment, which, in the circumstances was a proper exercise of his discretion. There is no error in that approach.

[9] For these reasons, the appeal against conviction was dismissed.

[10] As for the application for leave to appeal sentence, we granted leave. Considering Mr. Downey's record, we saw no basis upon which we would interfere with the length of the sentence, but for one proviso. Mr. Downey asked to be sentenced on July 7, 2011, immediately after being found guilty. However, the prosecutor sought an adjournment so that an individual from the Insurance Crime Prevention Bureau could read a victim impact statement. Mr. Downey was expressly told he would be given credit for the time spent on remand between July 7, 2011, and the sentencing date. When Mr. Downey was ultimately sentenced on October 3, 2011, the victim impact statement was not read and no consideration was given to the three months that had elapsed since he had been found guilty. The judge sentenced him to incarceration for 18 months commencing on that day. In our view, the trial judge erred in principle in not considering the time in remand when both the prosecutor and the judge had expressly informed Mr. Downey that that time would be considered. We would therefore allow the appeal against sentence and vary the sentence for the offence under s. 355(a) to one of 15 months of imprisonment.

LA COUR

[1] Le 7 juillet 2011, un juge de la Cour du Banc de la Reine a déclaré Daniel Ray Downey coupable d'avoir eu en sa possession un tracteur volé (alinéa 355a) du *Code criminel*) et d'avoir omis d'arrêter son véhicule alors qu'il était poursuivi par un agent de la paix (alinéa 249.1(2)a)). Le 3 octobre 2011, le juge a condamné M. Downey, qui a un lourd casier judiciaire, à une peine d'emprisonnement de 18 mois relativement à l'infraction visée à l'alinéa 355a) et à une peine concurrente de 6 mois relativement à l'autre infraction.

[2] En bref, les faits sont les suivants. Le 23 novembre 2010, à Moncton, M. Downey conduisait un tracteur John Deere neuf d'une valeur de 66 727,78 \$, qui avait été volé à Sussex le 18 novembre 2010. Un policier a fait signe à M. Downey d'immobiliser le tracteur et il a actionné son gyrophare. Bien que M. Downey ait alors ralenti et ait commencé à se ranger sur le côté de la route, alors que la voiture de police allait se rangeant derrière le tracteur, M. Downey a accéléré soudainement, ce qui a obligé le policier à le poursuivre brièvement, jusqu'à ce que M. Downey immobilise le tracteur. Après avoir appréhendé M. Downey pour avoir omis d'arrêter son véhicule, le policier s'est acquitté de son obligation d'informer M. Downey des droits qui lui sont garantis par l'alinéa 10b) de la *Charte*. M. Downey a déclaré au policier qu'un agriculteur lui avait loué le tracteur. Le policier s'est renseigné au sujet du tracteur et il a appris que celui-ci avait été volé. M. Downey a une fois de plus reçu une mise en garde. L'enquête a finalement mené la police à Edward McAllister et à son fils, Stephen. Ce dernier a d'abord déclaré à la police qu'il n'avait aucune connaissance de quelque bail que ce soit et qu'il ne connaissait pas M. Downey. Plus tard, il a été produit une convention de bail dans laquelle il était indiqué que le tracteur avait été cédé à bail à M. Downey. Edward McAllister affirme qu'il a vu une annonce pour la vente d'un tracteur sur le site Web Kijiji et qu'il l'a acheté pour 20 000 \$ ou 25 000 \$ en liquide, mais il ne pouvait ni se souvenir de la somme exacte, ni produire un reçu. Il dit ensuite avoir mis une annonce

sur Kijiji pour la vente de contrats de déneigement, dans laquelle il indiquait qu'il louerait le tracteur à quiconque achetait les contrats. Selon lui, M. Downey s'est renseigné et en fin de compte, M. McAllister a payé 11 000 \$ en liquide à M. Downey pour que ce dernier prenne à son compte les contrats de déneigement et par la suite, M. Downey a payé 7 000 \$ en liquide à M. McAllister, somme qui provenait d'une source de fonds différente, pour prendre à bail le tracteur. Le juge du procès n'a pas cru ces témoignages. Il a fait remarquer [TRADUCTION] «[qu'] aucun entrepreneur sensé ne procéderait » de cette façon, en observant que le tracteur, qui était neuf et n'avait jamais encore été utilisé, valait plus de 65 000 \$ et qu'il était incroyable qu'il ait pu être acheté à un inconnu pour 20 000 \$ à 25 000 \$ sans même un acte de vente. Le juge du procès a aussi jugé incroyable que le tracteur ait été cédé à bail à un autre inconnu pour 7 000 \$ dès le lendemain. Suivant son raisonnement, M. Downey n'ayant fait aucune mention des McAllister immédiatement après son arrestation, le juge du procès a conclu que le bail déposé en preuve avait seulement été rédigé après que M. Downey eut été pris en flagrant délit de possession du tracteur volé.

[3] M. Downey interjette appel de la déclaration de culpabilité en soulevant des questions de droit et il sollicite l'autorisation d'interjeter appel concernant des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit. Il voulait d'abord produire de « nouveaux éléments de preuve » à l'appui des moyens à l'égard desquels il lui faut obtenir l'autorisation d'appel; toutefois, la motion en présentation de nouveaux éléments de preuve a été abandonnée à l'audition de l'appel. M. Downey sollicite aussi l'autorisation d'interjeter appel de la sentence. Le 27 juin 2012, nous avons rejeté l'appel interjeté par M. Downey à l'encontre de sa déclaration de culpabilité, nous lui avons accordé l'autorisation d'interjeter appel de la sentence et avons modifié sa peine. Nous avons alors indiqué que les motifs de notre décision suivraient. Voici ces motifs.

[4] La demande d'autorisation d'appel fondée sur des moyens qui soulèvent des questions de fait et des questions mixtes de droit et de fait a été rejetée parce qu'il n'appartient pas à la Cour d'appel de juger l'affaire de nouveau. À défaut d'erreur manifeste et dominante, il convient de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions

relatives aux faits et à la crédibilité tirées par le juge du procès et à l'égard de son application du droit aux faits pour arriver au dispositif ultime. Nous ne relevons aucune erreur de la sorte en l'espèce. Même si certains éléments de preuve ont été rapportés de manière légèrement inexacte, aucune des erreurs alléguées, même lorsqu'elles sont considérées collectivement, n'est une erreur dominante. Les éléments de preuve appuient les conclusions relatives à la crédibilité ainsi que les conclusions de fait et il n'y a donc pas matière à réformation en appel. De même, il n'y a aucune raison valable de modifier le dispositif ultime puisque le dossier révèle que le verdict était un verdict qui pouvait raisonnablement être rendu lorsque le droit était appliqué aux faits.

[5] Dans ses arguments formulés en appel, M. Downey invoque des violations de certains droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui n'avaient pas été soulevées au procès. En fait, il a soulevé ces dites violations dans une motion présentée au juge du procès entre le prononcé du verdict et celui de la sentence, mais celles-ci ont été rejetées au motif que [TRADUCTION] « les violations de la *Charte* soulevées par M. Downey [étaient] une façon pour lui de changer de stratégie par rapport au procès » (par. 10).

[6] Dans la décision *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, [1993] A.C.S. n° 82 (QL), la juge L'Heureux-Dubé, (dissidente à d'autres égards), a expliqué ce qui suit :

En résumé, les trois conditions préalables suivantes doivent être remplies pour que soit permise la présentation, pour la première fois en appel, d'une nouvelle question, y compris une contestation fondée sur la *Charte*. Premièrement, l[a] preuve doit être suffisante pour trancher la question. Deuxièmement, il ne doit pas s'agir d'un cas où l'accusé n'a pas, pour des motifs de stratégie, soulevé la question au procès. Troisièmement, la cour doit être convaincue qu'il ne résultera aucun déni de justice si l'examen de la nouvelle question n'est pas permis en appel. [Par. 20]

[7] Selon nous, des considérations semblables s'appliquent à toute motion présentée entre le prononcé du verdict et celui de la sentence pour rouvrir le dossier. Il y a

des motifs valables qui étayent la conclusion du juge selon laquelle M. Downey changeait de stratégie après ne pas avoir eu gain de cause dans sa défense. M. Downey n'a cherché à faire exclure la déclaration qu'il avait faite à la police qu'après que le juge du procès eut jugé cette déclaration essentielle pour jauger sa crédibilité et, en bout de ligne, établir sa culpabilité. De toute façon, il n'y a certainement pas suffisamment d'éléments de preuve au dossier qui nous permettraient d'évaluer ce moyen d'appel à ce stade tardif.

[8] M. Downey invoque aussi la *Charte* pour soulever des questions relatives à la divulgation. En dépit de toute irrégularité ayant pu entacher la divulgation, le juge du procès a réglé ces questions en offrant à M. Downey un ajournement, ce qui constituait, dans les circonstances, un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire. Il n'y a pas d'erreur dans cette démarche.

[9] Pour ces motifs, l'appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité a été rejeté.

[10] Pour ce qui est de la demande en autorisation d'appel de la sentence, nous avons accordé l'autorisation. Compte tenu du casier judiciaire de M. Downey, nous n'avons vu aucune raison de modifier la durée de la peine, à une exception près. M. Downey a demandé que sa sentence soit prononcée le 7 juillet 2011, immédiatement après avoir été déclaré coupable. Le poursuivant a cependant demandé un ajournement pour permettre à un représentant du Service Anti-Crime des Assureurs de lire une déclaration sur les répercussions sur la victime. M. Downey s'est fait expressément dire qu'une réduction de peine lui serait accordée pour tenir compte de la période passée sous garde entre le 7 juillet 2011 et la date du prononcé de la sentence. Lorsque M. Downey a été condamné le 3 octobre 2011, la déclaration sur les répercussions sur la victime n'avait pas été lue et aucune considération n'a été donnée aux trois mois qui s'étaient écoulés depuis qu'il avait été déclaré coupable. Le juge l'a condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois, qui commençait le jour même. Selon nous, le juge du procès a commis une erreur de principe en ne prenant pas en compte la période passée sous garde, alors que le poursuivant et le juge avaient tous les deux expressément informé M. Downey que cette période serait prise en compte. En conséquence, nous avons

accueilli l'appel à l'encontre de la peine carcérale infligée en vertu de l'alinéa 355*a*),
peine que nous avons ramenée à 15 mois d'emprisonnement.