

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

28-14-CA

TREVOR HOWIE DOW

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Dow v. R., 2014 NBCA 50

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
January 31, 2014

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N.A.

Appeal heard and judgment rendered:
June 19, 2014

Reasons delivered:
July 24, 2014

Counsel at hearing:

Trevor Howie Dow appeared in person

For the respondent:
David Schermbrucker and M.-C. Nicole Angers

TREVOR HOWIE DOW

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Dow c. R., 2014 NBCA 50

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 31 janvier 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
le 19 juin 2014

Motifs déposés :
le 24 juillet 2014

Avocats à l'audience :

Trevor Howie Dow a comparu en personne

Pour l'intimée :
David Schermbrucker et M.-C. Nicole Angers

THE COURT

The appeal against sentence is allowed. The sentence is varied to imprisonment for three years but the execution of the sentence is stayed. The corollary orders made in the Provincial Court remain intact.

LA COUR

L'appel de la sentence est accueilli. La peine est remplacée par une peine d'emprisonnement de trois ans mais l'exécution de cette peine est suspendue. Les ordonnances accessoires prononcées par la Cour provinciale demeurent inchangées.

The following is the judgment delivered by

THE COURT
(Orally)

[1] This appeal arises out of a most unusual set of circumstances and will result in a most unusual disposition in order to respect principles of fundamental justice.

[2] Trevor Howie Dow appeals a sentence of three years imprisonment a judge of the Provincial Court imposed on January 31, 2014, after Mr. Dow pled guilty to three counts alleging he had illegally offered to sell firearms or ammunition (s. 99(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). The sentence is the mandatory minimum the *Criminal Code* provides for that offence. It was ordered to be served concurrently with a sentence of three years imprisonment the same Provincial Court judge had imposed on September 27, 2012, after Mr. Dow had pled guilty to four counts of trafficking in cocaine under s. 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and four corresponding counts of possession of proceeds of crime under s. 354 of the *Criminal Code*. That particular sentence was upheld on appeal: *Dow v. R.*, 2014 NBCA 15, [2014] N.B.J. No. 56 (QL). All crimes were committed in the course of an RCMP operation in which a civilian agent interacted with a number of targets. The discussions were recorded pursuant to a one-party consent wiretap authorization.

[3] While the guilty pleas for the offences under the *Controlled Drugs and Substances Act* and for the corresponding proceeds of crime offences were entered early after the Information was laid, the matter of the firearm-related charges made its way through the courts in the normal course. Mr. Dow initially elected to be tried by judge alone. This led to a preliminary inquiry. He eventually re-elected to the jurisdiction of the Provincial Court, where he pled guilty to three of six counts. This resulted in the impugned sentence. In the result, Mr. Dow was sentenced to three years on September 27, 2012, after his early guilty pleas, and again to three years on January 31, 2014, after changing his plea to three of the six firearm-related charges.

[4] The facts surrounding the firearm-related charges are that during his interactions with the civilian undercover agent for the purchase and sale of cocaine, Mr. Dow also offered to traffic firearms and ammunition, that is two handguns and ammunition. However, neither firearm nor ammunition was, in the end, actually provided to the civilian agent.

[5] The Attorney General of Canada concedes that if Mr. Dow had pled guilty to all offences at the same time, the prosecution would have agreed the sentences imposed for the firearm-related offences should be served concurrently with those imposed for the other offences. This is probably what motivated counsel for the Attorney General (not counsel on appeal) on January 31, 2014, to join Mr. Dow's trial counsel in recommending to the Provincial Court judge that the mandatory minimum sentence for the firearm-related offences be served concurrently with the three years imprisonment previously imposed. In other words, prosecution and defence counsel jointly recommended that the sentence of three years imposed on January 31, 2014, would effectively be "back dated" to commence on September 27, 2012. The Provincial Court judge agreed with the joint recommendation and sought to give effect to it.

[6] Soon thereafter, the correctional authorities informed Mr. Dow his anticipated release date had changed as a result of his latest convictions. This is when Mr. Dow learned that the sentence imposed for the firearm-related offences would only run concurrently with the yet to be served portion of the sentence previously imposed. This is so because s. 719(1) of the *Criminal Code* provides that "[a] sentence commences when it is imposed [...]."

[7] After seeking a solution from the Provincial Court judge, who amended the Warrant of Committal to indicate his intent that the three years for the firearm-related offences be served concurrently with the three years for the other offences, Mr. Dow applied for leave to appeal his sentence. A judge of this Court granted leave on May 8, 2014: *Dow v. R*, [2014] N.B.J. No 124 (QL).

[8] In their written submission on appeal, counsel for the Attorney General correctly state that the real issue in this appeal is whether this Court should seek to give effect to the intention of the parties, as accepted by the Provincial Court judge, that Mr. Dow not effectively serve more prison time than the three years to which he was sentenced on September 27, 2012. Quite honourably, counsel for the Attorney General urges this Court to do so. The solution they identify is for us to dismiss the sentence appeal but order that the execution of the sentence be stayed in the interests of justice. They point to a number of cases where, in exceptional circumstances, similar relief was ordered. All but one of these cases involved allowing a sentence appeal by the Attorney General but staying the execution of the sentence. The one exception is *R v. Sinclair*, 2012 MBCA 24, [2012] M.J. No. 102 (QL), where the Manitoba Court of Appeal simply stayed the execution of what they termed to be a proper sentence. The Court did so because the appellant had been out in the community for a long time pending an appeal to the Supreme Court of Canada, and had made significant rehabilitative gains during that time.

[9] Pointing to s. 687 of the *Criminal Code*, counsel for the Attorney General correctly state that, in the case of a sentence appeal by an offender, the Court's authority is to either vary the sentence or dismiss the appeal. Counsel argues that logic dictates that the Court of Appeal must implicitly have the power to dismiss a sentence appeal, yet order that execution of the sentence be stayed "where exceptional circumstances require that it be done."

[10] It is common ground that Mr. Dow entered guilty pleas to the firearm-related offences as part of a genuine plea agreement. Pursuant to that agreement a joint recommendation would be made for a sentence that was in effect legally impossible. The error of both Mr. Dow's trial counsel and prosecuting counsel was compounded when the Provincial Court judge sought to give effect to the joint recommendation.

[11] In our view, it would offend the principles of fundamental justice to allow the state to conclude a plea agreement where a critical condition of the agreement is

legally impermissible. Since the plea agreement was obtained in such circumstances, there was, in this case, a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides that one has the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. While what arguably amounts to an abuse of process might have been innocently committed, everyone agrees the plea agreement was concluded with a critical condition that constituted a legal impossibility. In the end, if he were required to serve the sentence imposed for the firearms-related offences, Mr. Dow would be deprived of his liberty on the basis of a guilty plea induced by the error of both his counsel and prosecution counsel, a situation which, according to us, would be contrary to the principles of fundamental justice that underlie the community's sense of fair play and decency.

[12] Once the *Charter* issue that arises in this case was explained to him, Mr. Dow applied for relief pursuant to s. 24(1), which provides that he may seek to obtain such remedy as the Court considers appropriate in the circumstances. Counsel for the Attorney General did not oppose such a late application. In addition, Mr. Dow adduced fresh evidence to demonstrate the facts surrounding his guilty plea and the manner in which the sentence imposed on January 31, 2014, has been applied to the calculation of his eventual release date. With the consent of the Attorney General, that evidence was accepted.

[13] Counsel for the Attorney General takes a position in this appeal that would preserve the honour of the Crown, in that they recognize the condition of a joint recommendation on sentence was a critical component of the plea agreement. Since the sentence recommended was not legally permissible and its execution would be unjust in the unusual circumstances of this case, counsel urges us to rectify the situation. Where we part company with counsel is only in the mechanism to achieve this end. In our view, we should not dismiss the appeal and impose a stay. Rather, we should allow the appeal and vary the sentence to one identical to the one imposed in the Provincial Court, but with an order issued pursuant to s. 24(1) of the *Charter* that the execution of the imprisonment portion of the sentence be stayed. In our view, if the fresh evidence adduced on appeal

had been before the Provincial Court judge and if he had considered all the circumstances as currently known, this is the order that would have been made in the Provincial Court.

[14] For these reasons, the appeal is allowed. The sentence is varied to imprisonment for a term of three years but the execution of that sentence is stayed. All corollary orders made in the Provincial Court remain unchanged.

LA COUR
(Oralement)

- [1] L'appel résulte d'un ensemble de circonstances des plus inhabituelles et donnera lieu à un dispositif des plus inhabituels afin de respecter les principes de justice fondamentale.
- [2] Trevor Howie Dow interjette appel de la peine d'emprisonnement de trois ans qu'un juge de la Cour provinciale lui a infligée le 31 janvier 2014, après qu'il eut plaidé coupable à trois chefs d'accusation alléguant qu'il avait offert illégalement de vendre des armes à feu ou des munitions (par. 99(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). La sentence infligée est en fait la peine minimale obligatoire prévue par le *Code criminel* pour cette infraction. Le juge de la Cour provinciale a ordonné qu'elle soit purgée concurremment avec une peine de trois ans qu'il lui avait infligée le 27 septembre 2012, après qu'il eut plaidé coupable à quatre chefs d'accusation de trafic de cocaïne, infraction prévue au par. 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et à quatre chefs correspondants de possession des produits de la criminalité, infraction prévue à l'art. 354 du *Code criminel*. Cette dernière peine a été maintenue en appel : *Dow c. R.*, 2014 NBCA 15, [2014] A.N.-B. n° 56 (QL). Tous les crimes ont été commis lors d'une opération menée par la GRC, dans laquelle un agent civil a établi des relations avec un certain nombre de cibles. Les discussions ont été enregistrées par suite d'une autorisation de mise sous écoute électronique avec le consentement d'une partie.
- [3] Même si les plaidoyers de culpabilité à l'égard des infractions prévues par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et des infractions correspondantes liées aux produits de la criminalité ont été inscrits rapidement après le dépôt de la dénonciation, l'affaire concernant les accusations liées aux armes à feu a suivi son cours normal devant les tribunaux. M. Dow a choisi initialement d'être jugé par un juge seul, ce qui a donné lieu à une enquête préliminaire. Il s'est ultérieurement ravisé

pour choisir la Cour provinciale, où il a plaidé coupable à trois des six chefs d'accusation. C'est la sentence correspondante qui a donné naissance à la présente contestation. Au bout du compte, M. Dow s'est vu infliger trois ans d'emprisonnement le 27 septembre 2012, après avoir déposé ses plaidoyers de culpabilité sans tarder, et un autre trois ans d'emprisonnement le 31 janvier 2014, après avoir changé son plaidoyer à l'égard de trois des six accusations liées aux armes à feu.

[4] D'après les faits entourant les accusations liées aux armes à feu, durant ses rapports avec l'agent d'infiltration civil en vue de l'achat et de la vente de cocaïne, M. Dow a également offert de faire le trafic d'armes à feu et de munitions, à savoir deux armes de poing et des munitions. Toutefois, ni les armes à feu ni les munitions n'ont été en fin de compte fournies à l'agent civil.

[5] Le procureur général du Canada reconnaît que, si M. Dow avait plaidé coupable à toutes les infractions en même temps, le poursuivant aurait accepté que les peines infligées pour les infractions liées aux armes à feu soient purgées en même temps que celles infligées pour les autres infractions. C'est probablement ce qui a incité l'avocate du procureur général (un autre avocat a plaidé en appel), le 31 janvier 2014, à se joindre à l'avocat de la défense au procès pour recommander au juge de la Cour provinciale que la peine minimale obligatoire prévue pour les infractions liées aux armes à feu soit purgée en même temps que la peine d'emprisonnement de trois ans infligée précédemment. Autrement dit, les avocats du poursuivant et de la défense ont recommandé conjointement que la peine de trois ans infligée le 31 janvier 2014 soit, pour ainsi dire, [TRADUCTION] « antidatée » pour commencer le 27 septembre 2012. Le juge de la Cour provinciale a accepté la recommandation conjointe et il a voulu lui donner effet.

[6] Peu de temps après, les responsables des services correctionnels ont informé M. Dow que la date prévue pour sa mise en liberté avait changé en raison de ses dernières condamnations. C'est à ce moment-là que M. Dow a appris que la peine infligée pour les infractions liées aux armes à feu ne serait purgée concurremment

qu'avec le temps qu'il lui restait à purger pour la peine infligée précédemment. Il en est ainsi parce que le par. 719(1) du *Code criminel* prévoit que « [l]a peine commence au moment où elle est infligée [...] ».

[7] Après avoir cherché une solution auprès du juge de la Cour provinciale, qui a modifié le mandat d'incarcération pour indiquer son intention de faire en sorte que la peine de trois ans infligée pour les infractions liées aux armes à feu soit purgée concurremment avec la peine de trois ans infligée pour les autres infractions, M. Dow a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la sentence. Un juge de notre Cour lui a accordé cette permission le 8 mai 2014 : *Dow c. R.*, [2014] A.N.-B. n° 124 (QL).

[8] Dans leurs observations écrites en appel, les avocats du procureur général ont à bon droit mentionné que la véritable question consistait à déterminer si notre Cour devait chercher à donner effet à l'intention des parties (qu'avait acceptée le juge de la Cour provinciale) qui voulaient que M. Dow ne purge pas plus de temps que les trois ans auxquels il avait été condamné le 27 septembre 2012. De manière plutôt honorable, les avocats du procureur général insistent auprès de notre Cour pour qu'elle le fasse. La solution qu'ils envisagent consiste en ce que la Cour rejette l'appel de la sentence et ordonne que l'exécution de la peine soit suspendue dans l'intérêt de la justice. Ils invoquent un certain nombre de décisions où, dans des circonstances exceptionnelles, des redressements similaires ont été ordonnés. Toutes les affaires citées, sauf une, intéressent des appels de sentence interjetés par le procureur général qui ont été accueillis et assortis d'une suspension de l'exécution de la peine. L'exception est la décision *R. c. Sinclair*, 2012 MBCA 24, [2012] M.J. No. 102 (QL), où la Cour d'appel du Manitoba a tout simplement sursis à l'exécution de la peine qu'elle estimait appropriée. Elle a accordé la suspension parce que l'appelant était de retour dans la collectivité depuis longtemps, dans l'attente de son pourvoi à la Cour suprême du Canada, et qu'il avait fait des progrès importants sur le plan de la réadaptation pendant cette période.

[9] En invoquant l'art. 687 du *Code criminel*, les avocats du procureur général mentionnent à bon droit que, dans le cas d'un appel de sentence interjeté par un

délinquant, la Cour peut soit modifier la sentence, soit rejeter l'appel. Les avocats font valoir que la logique exige que la Cour d'appel doit implicitement avoir le pouvoir de rejeter un appel de sentence, tout en ordonnant néanmoins que l'exécution de la peine soit suspendue [TRADUCTION] « lorsque des circonstances exceptionnelles exigent qu'il en soit ainsi ».

[10] Il n'est pas contesté que M. Dow a fait inscrire des plaidoyers de culpabilité à l'égard des infractions liées aux armes à feu dans le cadre d'une véritable transaction en matière pénale. Conformément à cette transaction, une recommandation conjointe devait être faite quant à une peine qui était en fait impossible sur le plan juridique. L'erreur de l'avocat de la défense au procès et de l'avocate du poursuivant s'est aggravée lorsque le juge de la Cour provinciale a voulu donner effet à la recommandation conjointe.

[11] À notre avis, permettre à l'État de conclure une transaction en matière pénale lorsqu'une condition essentielle de la transaction est exclue sur le plan juridique porterait atteinte aux principes de justice fondamentale. Comme la transaction a été conclue en pareilles circonstances, il y a eu, en l'espèce, violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prescrit qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Même si ce qui équivaut sans doute à un abus de procédure pourrait avoir été commis par inadvertance, tous s'entendent pour dire que la transaction conclue comportait une condition essentielle qui constituait une impossibilité juridique. Au bout du compte, s'il était tenu de purger la peine infligée pour les infractions liées aux armes à feu, M. Dow serait privé de sa liberté en raison d'un plaidoyer de culpabilité induit par l'erreur de son avocat et de l'avocate du poursuivant, situation qui, selon nous, porterait atteinte aux principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société.

[12] Après avoir été informé du litige concernant la *Charte* dans la présente affaire, M. Dow a demandé la mesure réparatoire prévue au par. 24(1), qui prévoit qu'il

peut s'adresser à la Cour pour obtenir la réparation qu'elle estime convenable eu égard aux circonstances. Les avocats du procureur général ne se sont pas opposés à cette demande tardive. De plus, M. Dow a présenté une nouvelle preuve pour démontrer les faits relatifs à son plaidoyer de culpabilité et la manière suivant laquelle la peine infligée le 31 janvier 2014 a été prise en compte dans le calcul de la date de sa mise en liberté. Cette preuve a été acceptée avec le consentement du procureur général.

[13] Dans le présent appel, les avocats du procureur général adoptent une position qui leur permet de préserver l'honneur du ministère public, en ce sens qu'ils reconnaissent que la condition d'une recommandation conjointe constituait un élément essentiel de la transaction en matière pénale. Comme la peine recommandée était exclue sur le plan juridique et que son exécution aurait été injuste dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire, l'avocat presse notre Cour de corriger la situation. C'est seulement dans le mécanisme qui sert à en arriver à cette fin que notre solution se différencie de celle des avocats. À notre avis, nous ne devrions pas rejeter l'appel et imposer une suspension. Nous sommes plutôt d'avis d'accueillir l'appel et de modifier la sentence en infligeant une peine identique à celle infligée par la Cour provinciale, en ordonnant toutefois, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, la suspension du volet emprisonnement de la sentence. À notre avis, si la nouvelle preuve présentée en appel avait été présentée au juge de la Cour provinciale, et si celui-ci avait tenu compte de toutes les circonstances actuellement connues, il aurait rendu pareille ordonnance.

[14] Pour les motifs qui précèdent, l'appel est accueilli. La peine est remplacée par une peine d'emprisonnement de trois ans mais l'exécution de cette peine est suspendue. Toutes les ordonnances accessoires prononcées par la Cour provinciale demeurent inchangées.