

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

124-14-CA

JESSICA DANIELLE WHALEN

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Whalen v. R., 2015 NBCA 67

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Provincial Court:
August 14, 2014 (conviction)
November 3, 2014 (sentence)

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N.A.

Appeal heard:
September 23, 2015

Judgment rendered:
November 5, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

JESSICA DANIELLE WHALEN

APPELANTE

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Whalen c. R., 2015 NBCA 67

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 14 août 2014 (déclaration de culpabilité)
le 3 novembre 2014 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 23 septembre 2015

Jugement rendu :
le 5 novembre 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Jessica Danielle Whalen appeared in person

For the respondent:
Jean-Guy Savoie

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed. The application for leave to appeal the sentence and the sentence appeal are allowed. The sentence is varied to a conditional discharge on each count for the same term and on the same conditions prescribed in the probation order issued by the Provincial Court judge.

Avocats à l'audience :

Jessica Danielle Whalen a comparu en personne

Pour l'intimée :
Jean-Guy Savoie

LA COUR

Rejette l'appel formé contre la déclaration de culpabilité. Elle accueille la demande d'autorisation d'appeler de la peine, ainsi que l'appel qui en est interjeté. La Cour modifie la peine et prescrit, pour chacun des chefs, une absolution sous conditions dont la durée et les conditions seront les mêmes que celles de l'ordonnance de probation rendue par la juge de la Cour provinciale.

The following is the judgment delivered by

RICHARD J.A.

[1] Jessica Danielle Whalen appeals her conviction on two counts of harassment (s. 264(3)(a) of the *Criminal Code*), and seeks leave to appeal the suspended sentence with accompanying probation order imposed following her conviction. The conduct for which she was found guilty followed the termination of her relationship with one of the complainants. Between October 26, 2012, and some time in 2013, Ms. Whalen repeatedly emailed her former boyfriend. Eventually, Ms. Whalen began communicating with a woman who had since become involved with the former boyfriend. The trial judge described the communications as hostile, coarse, vulgar, degrading and demeaning. In or about April 2013, Ms. Whalen ended the repeated communications of her own accord. There were a few subsequent communications but, for the most part, these appear to have had some measure of legitimacy. Nevertheless, eight months later, in December 2013, Ms. Whalen was charged with harassment.

[2] The trial consisted of the testimony of the two complainants and that of Ms. Whalen. Ms. Whalen acknowledged having sent repeated emails, but testified that some of the documents introduced in evidence, these being print-outs of emails she had allegedly sent, had been altered. The trial judge did not believe her, but stated during the sentencing proceedings she believed Ms. Whalen had convinced herself the emails had been altered. The judge was not left with reasonable doubt by Ms. Whalen's testimony, and was convinced beyond a reasonable doubt of her guilt.

[3] Ms. Whalen was denied legal aid for her appeal and comes before the Court without the benefit of counsel. One of the grounds of appeal alleges Ms. Whalen was the victim of a reasonable apprehension of bias. However, at the appeal hearing, Ms. Whalen explained she felt the judge was biased against her mainly because the judge did not believe her. In law, that the judge did not believe her is an issue of credibility; it is not

a basis for a claim of reasonable apprehension of bias. The record does not reveal any basis whatsoever to support such a claim.

[4] Ms. Whalen also alleges evidence was wrongly introduced. Her claim is tied to the contention that the content of some of the email communications proffered had been altered. At trial, the complainants acknowledged it would have been possible for them to alter paper reproductions of email communications, but both denied having done so. The judge accepted their evidence. The paper copies of the communications consisted of the best evidence available at the time of trial, and the judge was convinced of the authenticity of the reproductions. As a result, I find no error with the ruling the documents were admissible.

[5] For these reasons, I would dismiss Ms. Whalen's appeal against conviction.

[6] Most of the appeal hearing focused on the application for leave to appeal sentence. Ms. Whalen made a compelling argument that leave to appeal should be granted on the basis that the sentence was the product of an error in principle. I would grant leave to appeal.

[7] At the sentencing hearing, Crown counsel argued in favour of a conditional sentence followed by probation. On the other hand, defence counsel urged the Provincial Court judge to consider a conditional discharge. There are precedents supporting both positions.

[8] The judge settled on a "suspended sentence for a period of eighteen months" to run concurrently on each count, with supervised probation including the conditions that Ms. Whalen (1) keep the peace and be of good behaviour; (2) have no contact directly or indirectly with either of the victims, and stay away from their residence and place of work; (3) be assessed for a domestic violence intervention program and, if deemed a suitable candidate, complete the program; (4) continue with

psychiatric treatment; (5) not consume any illegal and non-prescribed drugs; (6) not own, possess or acquire any firearms; and, (7) appear in court for monitoring when directed. The judge also ordered Ms. Whalen to pay a victim fine surcharge of \$200 on each count.

[9] The judge had the benefit of a pre-sentence report she considered was “generally positive”. The report revealed Ms. Whalen was a 27-year-old first offender who had been in a relationship with one the two complainants for about six years, and had remained friends with him for some time afterward. It also disclosed that Ms. Whalen suffered from illnesses related to anxiety and depression for which she was under psychiatric care. Ms. Whalen felt she herself was victimized by the two people she was alleged to have harassed. She stated to the author of the pre-sentence report that she had maintained her innocence because she wanted an opportunity to express at trial what she felt they had put her through.

[10] Considering all the circumstances, the sentencing judge concluded a term of incarceration, even in the community, would not be a fit sentence. The judge was of the view, and I agree, that in the present case the applicable sentencing objectives could be addressed by a lengthy term of probation. According to the judge, the real question was whether a discharge should be ordered in the event of a successful probationary period. In the end, the judge decided against a conditional discharge. She explained that the question of a discharge took on “a new dimension given the fact that, at some point, [...] Ms. Whalen was offered a peace bond as a means to resolve this file, offer which she refused” and that “[s]he was also offered a discharge if she acknowledged responsibility by pleading guilty, offer she also refused”. The judge acknowledged the Court could not force anyone to plead guilty, but stated that a peace bond did not imply an acknowledgement of guilt. In the end, the judge held it would not be in the public interest to grant Ms. Whalen a discharge because “the inescapable conclusion is that an individual cannot hijack the judicial process for purely personal reasons without expecting consequences to flow from such choices”. The judge also held, without explanation, that Ms. Whalen had “not even demonstrated that the discharge would be in her own best interest”.

[11] As has now become trite law, an appellate court will not interfere with a sentence unless it is the product of either an error of law, an error in principle, or the sentence is clearly unreasonable. In my view, the sentence in this case is the product of an error in principle. Thus, deference is not owed to the sentencing judge and “the court of appeal bears the burden of prescribing the punishment that it considers fit in the circumstances”: *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, per Drapeau C.J.N.B. at para. 25.

[12] While a guilty plea can be considered a mitigating factor in the sentencing process, there is ample authority for the proposition that an offender should not receive a more severe sentence because he or she pleaded not guilty. On point is *R. v. Dycko*, [1997] B.C.J. No. 1502 (C.A.) (QL), at para. 3. In *R. v. Kozy*, [1990] O.J. No. 1586 (C.A.) (QL), Carthy J.A. stated: “no one could sensibly argue that an increased sentence is justified for putting into motion a full trial” (para. 13). I agree.

[13] With respect, I find the sentencing judge disregarded the principle that an offender cannot be punished for exercising his or her right to force a matter to trial. The judge’s statements that sentencing took on a “new dimension” because Ms. Whalen refused offers of a peace bond, and later a discharge contingent on a guilty plea, together with the comment that, in the judge’s view, “an individual cannot hijack the judicial process for purely personal reasons without expecting consequences to flow from such choice”, referring to Ms. Whalen’s reasons for proceeding to trial rather than pleading guilty, are clear indications of an error in principle. The judge denied a conditional discharge, not because a conviction was necessary to effect rehabilitation or deter Ms. Whalen from further harassing conduct, but rather to punish her for having insisted on her right to a full trial.

[14] Having concluded the sentence is a product of an error in principle, I turn now to the sentence I consider fit in the circumstances. In most cases where deterrence and denunciation are key sentencing principles a discharge is not suitable. However, in my view, this case falls into an exceptional category. First, the evidence clearly indicates that Ms. Whalen suffers from mental health issues, for which she is now receiving treatment and follow-up. This, in and of itself, illustrates Ms. Whalen is committed to her rehabilitation. Secondly, this is not a case of harassing conduct continuing until the offender was apprehended. Rather, this is a case where the harassing conduct ended of Ms. Whalen's own accord months before she was arrested and charged. In my view, this is relevant for sentencing purposes, in that it significantly lessens the need for specific deterrence.

[15] The judge was of the view that the sentencing objectives could be met with a period of probation. I agree with that assessment. Where I differ with the sentencing judge is with respect to her conclusion that, because Ms. Whalen pleaded not guilty and forced a full trial, a conditional discharge was not appropriate. In my view, once it was determined that the relevant sentencing objectives would be met by a probation order, it is difficult to find that a conditional discharge would not be in Ms. Whalen's best interest. Ms. Whalen is a youthful first offender who, but for the conduct that formed the subject matter of these charges, has led a productive life. If the conditions of the probation order are sufficient to ensure Ms. Whalen's rehabilitation, and to deter her from further offensive conduct, nothing suggests that a conviction at the end of the probationary period will add anything to the mix. As for the public interest, the particular circumstances that make this case exceptional, i.e. the mental illness now under treatment, coupled with the offending conduct having ended months before the charges were brought, sufficiently distinguish this case from others in which non-discharge sentences were imposed for similar offences. I am not convinced that, in the particular circumstances of this case, it would be contrary to the public interest to order that Ms. Whalen be discharged on the conditions prescribed in a probation order.

[16] For these reasons, I would dismiss the appeal against conviction, and allow both the application for leave to appeal and the appeal against sentence. I would vary the concurrent sentences to conditional discharges for the same term and on the same conditions prescribed by the probation order issued by the sentencing judge.

LE JUGE RICHARD

[1] Déclarée coupable de harcèlement, acte criminel dont l'inculpaient deux chefs d'accusation sur le fondement de l'al. 264(3)a) du *Code criminel*, Jessica Danielle Whalen interjette appel de sa déclaration de culpabilité. Elle demande aussi l'autorisation d'appeler de la décision de la juge du procès de surseoir au prononcé de la peine et d'assortir ce sursis d'une ordonnance de probation. La conduite dont M^{me} Whalen a été reconnue coupable a suivi la fin de sa relation avec le coplaignant : l'envoi répété de courriels à son ancien copain a débuté le 26 octobre 2012 et pris fin en 2013. Après quelque temps, elle s'est mise à communiquer avec une femme qui, depuis, s'était liée avec son ancien copain. La juge du procès a appelé les communications hostiles, grossières, vulgaires, dégradantes et humiliantes. Vers le mois d'avril 2013, M^{me} Whalen a mis un terme, d'elle-même, aux communications répétées. Quelques autres sont encore venues, mais il semble que, pour la plupart, elles n'aient pas été sans justification. Quoiqu'il en soit, huit mois plus tard, en décembre 2013, M^{me} Whalen a été accusée de harcèlement.

[2] Ont été présentés au procès les témoignages des deux plaignants et celui de M^{me} Whalen. M^{me} Whalen a reconnu l'envoi répété de courriels, mais elle a affirmé que certains des documents introduits en preuve, des copies papier des courriels qui lui étaient attribués, avaient été altérés. La juge du procès n'a pas cru M^{me} Whalen, mais elle a cru, comme elle l'a indiqué lors de la détermination de la peine, que M^{me} Whalen s'était persuadée que les courriels avaient été altérés. La juge n'avait pas de doute raisonnable à la suite du témoignage de M^{me} Whalen, et elle était convaincue hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité.

[3] Une aide juridique lui ayant été refusée en appel, M^{me} Whalen comparait devant la Cour sans l'assistance d'un avocat. L'un de ses moyens d'appel invoque une crainte raisonnable de partialité, à son endroit, de la part de la juge du procès.

M^{me} Whalen a toutefois expliqué, lors de l'audience d'appel, qu'elle s'estimait victime de partialité du fait, surtout, que le juge ne l'avait pas crue. Que la juge n'ait pas cru M^{me} Whalen ressortit en droit à l'appréciation de la crédibilité et ne fonde pas à plaider une crainte raisonnable de partialité. Rien n'indique, au dossier, qu'il y ait matière pour étayer une telle allégation.

[4] M^{me} Whalen soutient aussi que des éléments de preuve ont été produits irrégulièrement. Cet argument se rattache aux prétentions de M^{me} Whalen voulant que le contenu de certaines des communications par courriel présentées en preuve ait été altéré. Au procès, les plaignants ont admis qu'ils auraient pu altérer les versions papier des courriels, mais tous deux ont nié l'avoir fait. La juge a accueilli leur preuve. Les copies papier des communications représentaient la meilleure preuve dont on disposait lors du procès et la juge était persuadée de l'authenticité des textes. Par conséquent, je ne constate aucune erreur dans la décision portant que les documents étaient admissibles.

[5] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de débouter M^{me} Whalen de l'appel interjeté de sa déclaration de culpabilité.

[6] L'audience a porté avant tout sur la demande d'autorisation d'appeler de la peine. M^{me} Whalen a soutenu persuasivement qu'il convenait d'accorder l'autorisation d'en appeler, parce que la peine prononcée était le produit d'une erreur de principe. Je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'appeler de la peine.

[7] Lors de l'audience de détermination de la peine, le ministère public a plaidé en faveur de l'emprisonnement avec sursis, suivi d'une probation. La défense a prié instamment la juge de la Cour provinciale d'envisager une absolution sous conditions. Des précédents appuient les prétentions de l'une et l'autre partie.

[8] La juge a arrêté son choix, pour chacun des deux chefs, sur un [TRADUCTION] « sursis au prononcé de la peine d'une durée de dix-huit mois », avec confusion des condamnations relativement aux deux chefs, et sur une probation sous

surveillance dont les conditions intimaient notamment à M^{me} Whalen : (1) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite; (2) de ne pas avoir de contact, directement ou indirectement, avec l'une ou l'autre des victimes, et d'éviter leurs lieux de résidence et de travail; (3) de se prêter à une évaluation en vue d'une participation à un programme d'intervention en matière de violence conjugale et, si elle y était jugée admissible, d'y participer; (4) de poursuivre le traitement psychiatrique entrepris; (5) de ne pas consommer de drogues illicites non prescrites; (6) de ne pas être propriétaire ou possesseuse d'armes à feu, et de ne pas en acquérir; (7) de comparaître pour un suivi lorsqu'on le lui enjoindrait. La juge a également ordonné à M^{me} Whalen de verser, pour chacun des chefs, une suramende compensatoire de 200 \$.

[9] La juge du procès disposait d'un rapport présentenciel qu'elle tenait pour [TRADUCTION] « généralement favorable ». Le rapport indiquait que M^{me} Whalen était une délinquante primaire de vingt-sept ans qui avait eu une relation amoureuse avec l'un des coplaignants pendant six ans environ, et que tous deux étaient demeurés amis quelque temps par la suite. Il révélait que M^{me} Whalen souffrait de troubles liés à l'anxiété et à la dépression pour lesquels elle recevait des soins psychiatriques. Elle-même se considérait comme la victime des deux personnes qu'elle avait censément harcelées. Ainsi que le rapport présentenciel l'indiquait, elle a expliqué qu'elle avait clamé son innocence parce qu'elle voulait avoir l'occasion de relater, au procès, ce qu'elle estimait avoir subi de leur part.

[10] Vu l'ensemble des circonstances, la juge du procès a conclu qu'une peine d'incarcération, même purgée au sein de la collectivité, ne serait pas une juste peine. À son avis, et je suis du même avis, une longue période de probation pouvait répondre, en l'espèce, aux objectifs applicables du prononcé des peines. Selon la juge, seule se posait véritablement la question de savoir s'il fallait ordonner l'absolution dans l'éventualité d'une probation réussie. En définitive, elle a choisi de ne pas ordonner d'absolution sous conditions. Elle explique, dans sa décision, que [TRADUCTION] « la question de l'absolution revêt une dimension nouvelle, parce que, à un certain moment, [...] un moyen de classer l'affaire a été offert à M^{me} Whalen, en l'occurrence un engagement de

ne pas troubler l'ordre public, offre qu'elle a refusée », et qu'une [TRADUCTION] « absolution lui a été offerte à condition qu'elle admette sa responsabilité par un plaidoyer de culpabilité, offre qu'elle a également refusée ». La juge a reconnu que la Cour ne pouvait forcer personne à plaider coupable, mais elle a signalé qu'un engagement de ne pas troubler l'ordre public ne supposait pas une reconnaissance de culpabilité. Au final, elle a conclu qu'accorder l'absolution à M^{me} Whalen ne serait pas dans l'intérêt public pour cette raison : [TRADUCTION] « [L]a conclusion inévitable est qu'une personne ne peut détourner le processus judiciaire pour des raisons strictement personnelles sans s'attendre que ces choix aient des conséquences ». La juge a affirmé aussi, sans explication, que M^{me} Whalen n'avait [TRADUCTION] « pas même démontré que son propre intérêt serait servi par une absolution ».

[11] Il est de droit élémentaire, aujourd'hui, qu'un tribunal d'appel ne modifie pas une peine à moins qu'elle ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable. Je suis d'avis que la peine, en l'espèce, résulte d'une erreur de principe. Notre Cour n'est donc pas tenue de faire montre de déférence envers la juge qui l'a prononcée, et « il [lui] incombe de prescrire le châtement qu'elle estime juste dans les circonstances » (*Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2^e) 88, le juge Drapeau, J.C.N.-B., par. 25).

[12] Encore qu'un plaidoyer de culpabilité puisse être considéré comme une circonstance atténuante dans le processus de détermination de la peine, une jurisprudence abondante établit qu'une peine plus sévère ne doit pas être infligée au délinquant pour avoir plaidé non coupable. On pourra se reporter, sur ce point, au par. 3 de *R. c. Dycko*, [1997] B.C.J. No. 1502 (C.A.) (QL). Dans l'arrêt *R. c. Kozy*, [1990] O.J. No. 1586 (C.A.) (QL), le juge d'appel Carthy a écrit que [TRADUCTION] « nul ne peut raisonnablement prétendre qu'enclencher un procès en due forme justifie un alourdissement de la peine » (par. 13). Je suis du même avis.

[13] Je conclus respectueusement que la juge chargée du prononcé de la peine n'a pas tenu compte du principe qu'un délinquant ne peut être puni pour avoir exercé son

droit de forcer la tenue d'un procès. L'affirmation de la juge que la détermination de la peine revêtait une [TRADUCTION] « dimension nouvelle », parce que M^{me} Whalen avait refusé une offre exigeant d'elle un engagement de ne pas troubler l'ordre public et, par la suite, une offre d'absolution tenant à un plaidoyer de culpabilité, ainsi que l'observation formulée lorsque la juge s'est dite d'avis [TRADUCTION] « qu'une personne ne peut détourner le processus judiciaire pour des raisons strictement personnelles sans s'attendre que ces choix aient des conséquences », allusion aux raisons pour lesquelles M^{me} Whalen avait préféré un procès à un plaidoyer de culpabilité, sont des indications claires d'une erreur de principe. La juge a refusé d'accorder une absolution sous conditions, non parce qu'une déclaration de culpabilité était nécessaire à sa réinsertion sociale, ou pour la dissuader du harcèlement, mais afin de la punir d'avoir insisté sur son droit à un procès en due forme.

[14] Parce que j'ai conclu que la peine infligée résulte d'une erreur de principe, j'entreprends maintenant de déterminer la peine que j'estime juste dans les circonstances. Dans la plupart des causes où la dissuasion et la dénonciation sont des principes clés du prononcé de la peine, une absolution ne convient pas. À mon sens, toutefois, la présente espèce entre dans une catégorie d'exception. D'abord, la preuve indique clairement que M^{me} Whalen souffre d'ennuis de santé mentale en raison desquels elle reçoit aujourd'hui un traitement et se prête à un suivi. Cette démarche atteste, en soi, un engagement envers sa réinsertion sociale. Ensuite, il ne s'agit pas ici d'une cause où le harcèlement se serait poursuivi jusqu'à l'arrestation du délinquant. Au contraire, M^{me} Whalen a mis un terme au harcèlement d'elle-même, des mois avant son arrestation et son inculpation. Je suis d'avis que ces considérations sont pertinentes au chapitre du prononcé de la peine, en ce sens que le besoin d'une dissuasion spécifique est nettement moindre.

[15] La juge du procès estimait qu'une période de probation pouvait satisfaire aux objectifs du prononcé des peines. Je partage ce point de vue. Je ne fais pas mienne, cependant, la conclusion de la juge qu'une absolution sous conditions ne convenait pas, parce que M^{me} Whalen avait plaidé non coupable et forcé la tenue d'un procès en due forme. À mon sens, il était difficile d'affirmer, après avoir constaté qu'une ordonnance de

probation répondrait aux objectifs pertinents du prononcé des peines, que l'intérêt de M^{me} Whalen ne serait pas servi par une absolution sous conditions. Elle est une jeune délinquante primaire qui, la conduite visée par ces accusations mise à part, a mené une vie productive. Si les conditions de l'ordonnance de probation suffisent pour mener à la réinsertion sociale de M^{me} Whalen et pour la dissuader d'un retour à une conduite répréhensible, rien n'indique qu'une déclaration de culpabilité, la période de probation achevée, apporterait quoi que ce soit. Quant à l'intérêt public, les circonstances particulières qui font que la présente cause est exceptionnelle, c'est-à-dire la maladie mentale aujourd'hui en voie de traitement et la cessation de la conduite incriminée des mois avant le dépôt des accusations, la distinguent suffisamment d'autres causes où des peines non absolutoires ont été infligées pour des infractions semblables. Je ne suis pas persuadé qu'il irait contre l'intérêt public, vu les circonstances particulières de la présente cause, d'ordonner que M^{me} Whalen soit absoute aux conditions prescrites dans une ordonnance de probation.

[16] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de débouter M^{me} Whalen de l'appel formé contre ses déclarations de culpabilité, mais d'accueillir à la fois la demande d'autorisation d'appeler de la peine et l'appel qui en est interjeté. J'estime indiqué de modifier les peines concurrentes infligées et de prescrire des absolutions sous conditions, dont la durée et les conditions seront celles que prévoyait l'ordonnance de probation de la juge chargée de déterminer la peine.