

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

71-18-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

STEPHANIE FOX

STEPHANIE FOX

RESPONDENT

INTIMÉE

R. v. Fox, 2018 NBCA 62

R. c. Fox, 2018 NBCA 62

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Larlee

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 5, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 5 juin 2018

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 107, [2018] N.B.J. No. 142

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 107, [2018] A.N.-B. n° 142

Preliminary or incidental proceedings:
2018 NBCA 43

Procédures préliminaires ou accessoires :
2018 NBCA 43

Appeal heard:
October 9, 2018

Appel entendu :
le 9 octobre 2018

Judgment rendered:
October 9, 2018

Jugement rendu :
le 9 octobre 2018

Reasons delivered:
December 27, 2018

Motifs déposés :
le 27 décembre 2018

Counsel at hearing:

For the appellant:

Kathryn A. Gregory, Q.C. and
Daniel Standing

For the respondent:

No one appeared

THE COURT

The appeal against the stay of proceedings issued by the summary conviction appeal court is allowed. The summary conviction appeal court judge is found to have erred in law in not adjudicating the sentence appeal. The sentence is varied to an absolute discharge.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :

Kathryn A. Gregory, c.r. et
Daniel Standing

Pour l'intimée :

Aucune comparution

LA COUR

L'appel interjeté à l'encontre de la suspension de l'instance prononcée par la cour d'appel en matière de poursuites sommaires est accueilli. Nous concluons que le juge d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit en ne tranchant pas l'appel de la sentence. La sentence est modifiée et l'absolution inconditionnelle est prononcée.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] Nineteen-year-old Stephanie Fox pled guilty to a minor theft (shoplifting) offence (s. 334(b)(ii) of the *Criminal Code*). Despite her counsel's able argument in support of a discharge, a judge of the Provincial Court sentenced her to pay a \$300 fine and to probation for six months. Ms. Fox appealed the sentence to the summary conviction appeal court. She did not appeal her conviction, did not seek to withdraw her guilty plea and did not apply for any relief pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Yet, in a decision reported at 2018 NBQB 107, [2018] N.B.J. No. 142 (QL), a judge of the summary conviction appeal court ordered that "the guilty plea be struck from the record" (para. 41). The judge's decision also "overturns the sentence imposed and orders a stay of proceedings" (para. 41). This unsolicited result was reached upon the judge concluding there had been a violation of Ms. Fox's language rights since she had not been informed of her right to choose the language of the proceeding and because the Information charging her had not been drafted in both languages. The judge concluded no relief short of a stay of proceedings was appropriate in the circumstances.

[2] The Attorney General appealed the summary conviction appeal court judge's decision. Ms. Fox did not respond to the appeal. Before us, counsel for the Attorney General conceded an appropriate disposition of Ms. Fox's summary conviction appeal would have been to vary the sentence to an absolute discharge. At the close of the hearing, we allowed the appeal and set aside the summary conviction appeal court judge's decision. We ruled it was an error for the judge to have, on his own motion, struck out Ms. Fox's guilty plea and stayed the prosecution. Specifically, we were of the view the judge erred in not adjudicating the sole issue raised in Ms. Fox's sentence appeal, *i.e.* the fitness of the sentence. Agreeing that a discharge would have been an appropriate disposition of Ms. Fox's sentence appeal, we varied the sentence accordingly. At the time, we indicated reasons for our decision would follow. These are those reasons.

[3] In *R. v. Waugh*, 2009 NBCA 23, 344 N.B.R. (2d) 116, Drapeau C.J.N.B. (as he then was), for the Court, explained that, “[a]t common law, there were no rights of appeal” and, therefore, “the jurisdiction of courts of appeal to entertain appeals is entirely statutory” (para. 15). These statements reflect the Supreme Court’s recognition of the basic propositions that: “[a]ppeals are solely creatures of statute”; and “[t]here is no inherent jurisdiction in any appeal court”: *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, [1993] S.C. J. No. 45 (QL), at para. 17, referring to *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, [1989] S.C.J. No. 75 (QL).

[4] Ms. Fox’s appeal to the summary conviction appeal court was governed by Part XXVII of the *Criminal Code*. Specifically, s. 813(a)(ii) authorized Ms. Fox to appeal against the sentence passed on her. According to s. 822(1), certain provisions that apply to appeals in indictable matters also applied to Ms. Fox’s appeal. Since Ms. Fox’s appeal was against the sentence, s. 687 applied. It is that section which sets out the powers of the court when an appeal is taken against sentence. It provides that the court “shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against,” and may either vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the defendant was convicted **or** dismiss the appeal. There is **no** other alternative.

[5] Quite recently, the Supreme Court observed that “[c]onviction appeals and sentence appeals are distinct, and care must be taken not to conflate them”: *R. v. Magoon*, 2018 SCC 14, [2017] S.C.J. No. 101 (QL), at para. 56, per Abella and Moldaver JJ. for the Court.

[6] This observation is in keeping with *R. v. W.(G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, [1999] S.C.J. No. 37 (QL), in which the Supreme Court had ruled that a court of appeal does not have “the inherent power to consider a sentence in the absence of an appeal against sentence” (para. 15). According to Lamer C.J.C., “[i]t would not be proper for an appellate court to consider a notice of appeal from conviction as incorporating a notice of appeal from sentence” (para. 14). The Court adopted the point made by Aylesworth J.A.

in *R. v. Ferencsik*, [1970] O.J. No. 1485 (C.A.)(QL) “that the unequivocal wording of the appeal sections of the *Criminal Code*, ‘indicates the separateness of and the distinction between appeals as against conviction or dismissal of a charge on the one hand, and as against sentence on the other’” (para. 14).

[7] The converse is also true: a court of appeal does not have the inherent power to consider the conviction in the absence of an appeal against that conviction. Such was the view expressed in *R. v. Wilder*, 2008 BCCA 370, [2008] B.C.J. No. 1878 (QL), leave to appeal refused [2008] S.C.C.A. No. 498 (QL). In that case, Mr. Wilder appealed against sentence, and, in the course of his appeal, filed a number of applications seeking to reopen the trial. Levine J.A. rejected these applications, stating the court did not have any jurisdiction to consider them on an appeal against sentence only.

[8] Ms. Fox’s appeal to the summary conviction appeal court was solely an appeal against sentence. The notice of appeal is clear. As a self-represented appellant, Ms. Fox used a pre-printed form and specifically crossed out the word “conviction” and wrote in the word “sentence.” The sole relief sought is a variation of the sentence. Admittedly, in her grounds of appeal Ms. Fox does indicate she is bilingual and states she was unaware she could have requested a trial in the French language, but nowhere does she apply for any relief on account of this. She goes on to set out numerous grounds in support of her contention the sentencing judge erred in refusing her request for a discharge. Ms. Fox did not seek to withdraw her guilty plea; she did not apply for relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter*; and she did not seek a stay of proceedings. In the notice of appeal, Ms. Fox was simply asking the summary conviction appeal court to exercise the power under s. 687 and vary the sentence to a discharge.

[9] With only an appeal against sentence to adjudicate, the summary conviction appeal court judge was constrained by the powers set out in s. 687 of the *Criminal Code*. He had no power to: (1) convert the appeal against sentence to an appeal against conviction; (2) read in an application to withdraw the plea or to have it struck; (3) consider an application for *Charter* relief when no such application had been made; and

(4) order a stay of proceedings. Thus, the judge's rulings on these matters were wholly unjustified. The judge was obligated to determine the matter properly before him, *i.e.*, whether there was any merit to the sentence appeal. All statements made on other matters consist solely of *obiter dicta*, which are not binding authority on any court.

[10] In our view, had the summary conviction appeal court judge properly adjudicated the sentence appeal, he would have concluded the sentencing judge erred in not directing that Ms. Fox be discharged either absolutely or on the conditions prescribed in a probation order. Ms. Fox was a 19-year-old first offender who had experienced an abusive childhood and become involved in an abusive relationship. In fact, the theft for which she was being sentenced had been committed at the prompting of her abusive boyfriend. Ms. Fox had since ended the relationship, found gainful employment and applied for enrolment at a Community College. A discharge was denied to her on the grounds such a disposition would have been contrary to the public interest. At the hearing of the appeal, counsel for the Attorney General conceded the sentencing judge erred in principle in making this finding. We agreed. It is difficult to imagine how it could possibly be contrary to the public interest to discharge Ms. Fox in the circumstances of this case. Section 730(1) was enacted for situations just like the present one, and, if the sentencing judge had properly applied the principles governing discharges, he would have inevitably concluded one was in the interest of Ms. Fox and not contrary to the public interest.

[11] In our view, either an absolute or a conditional discharge would have been appropriate in the circumstances. By the time her summary conviction appeal was heard, Ms. Fox had already complied with the conditions of the original probation order. As a result, varying the sentence to a conditional discharge would have served no useful purpose. For this reason, the summary conviction appeal court judge should have varied the sentence to an absolute discharge. He erred in not doing so.

[12] It is for these reasons that we allowed the appeal, set aside the summary conviction appeal court judge's decision and varied the sentence to an absolute discharge.

J.C. MARC RICHARD, C.J.N.B.

J. ERNEST DRAPEAU, J.A.

M.E.L. LARLEE, J.A.

LA COUR

[1] Stephanie Fox, âgée de dix-neuf ans, a plaidé coupable à une accusation lui imputant une infraction mineure (ss-al. 334b)(ii) du *Code criminel*), savoir un vol à l'étalage. Malgré l'argumentation convaincante présentée par son avocat en faveur d'une absolution, un juge de la Cour provinciale l'a condamnée à une amende de 300 \$ ainsi qu'à une probation pour une période de six mois. M^{me} Fox a interjeté appel de la peine devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires. Elle n'a pas interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, n'a pas demandé le retrait de son plaidoyer de culpabilité et n'a non plus sollicité aucune mesure réparatoire au titre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourtant, dans une décision publiée sous les références 2018 NBBR 107 et [2018] A.N.-B. n° 142 (QL), un juge d'appel en matière de poursuites sommaires a ordonné « la radiation au dossier du plaidoyer de culpabilité » (par. 41). La décision du juge a également « invalid[é] la peine imposée et ordonn[é] l'arrêt de procédure » (par. 41). Le juge en est arrivé à ce résultat non sollicité après avoir conclu qu'il y avait eu violation des droits linguistiques de M^{me} Fox parce qu'elle n'avait pas été informée de son droit à la tenue de l'instance dans la langue de son choix et parce que la dénonciation lui imputant l'infraction n'avait pas été rédigée dans les deux langues. Le juge a conclu qu'aucune mesure réparatoire autre que la suspension de l'instance, ou l'arrêt de procédure, n'était indiquée dans les circonstances.

[2] Le Procureur général a interjeté appel de la décision du juge d'appel en matière de poursuites sommaires. M^{me} Fox n'a pas répondu à l'appel. Devant nous, la substitut du Procureur général a reconnu que pour trancher convenablement l'appel de M^{me} Fox en matière de poursuite sommaire il aurait fallu modifier la sentence en y substituant une absolution inconditionnelle. À la fin de l'audience, nous avons accueilli l'appel et annulé la décision du juge d'appel en matière de poursuites sommaires. Nous avons conclu que le juge a commis une erreur en radiant le plaidoyer de culpabilité de M^{me} Fox et en prononçant la suspension de l'instance de sa propre initiative. Plus

précisément, nous étions d'avis que le juge avait commis une erreur en ne tranchant pas la seule question soulevée dans l'appel de la sentence interjeté par M^{me} Fox, c'est-à-dire la justesse de cette sentence. Puisque que nous avons souscrit à la prétention selon laquelle l'absolution aurait été la décision appropriée relativement à l'appel de la sentence interjeté par M^{me} Fox, nous avons modifié la sentence en conséquence. À ce moment-là, nous avons indiqué que les motifs de notre décision suivraient. Voici ces motifs.

[3] Dans l'arrêt *R. c. Waugh*, 2009 NBCA 23, 344 R.N.-B. (2^e) 116, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick (tel était alors son titre), qui rendait jugement au nom de la Cour, a expliqué qu'« [e]n common law, il n'y avait pas de droits d'appel » et, par conséquent, « la compétence des cours d'appel d'instruire un appel est entièrement d'origine législative » (par. 15). Ces énoncés reflètent la reconnaissance par la Cour suprême de deux propositions fondamentales, savoir que « [l]es appels ne sont qu'une création de la loi écrite » et qu'« [u]ne cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente » : *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, [1993] A.C.S. n° 45 (QL), au par. 17, la Cour se reportant à l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1796, [1989] A.C.S. n° 75 (QL).

[4] L'appel de M^{me} Fox à la cour d'appel en matière de poursuites sommaires était régi par la Partie XXVII du *Code criminel*. Plus précisément, le ss-al. 813a)(ii) autorisait M^{me} Fox à interjeter appel de la sentence qui lui avait été imposée. Aux termes du paragraphe 822(1), certaines dispositions qui s'appliquent aux appels dans les affaires intéressant des infractions punissables par mise en accusation s'appliquaient également à l'appel de M^{me} Fox. Puisque l'appel de M^{me} Fox était un appel de la sentence, l'art. 687 s'appliquait. C'est cet article qui énonce les pouvoirs conférés à la Cour lorsqu'un appel d'une sentence est interjeté. Il dispose que la Cour « considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté » et peut soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable, **soit** rejeter l'appel. Il n'y a **pas** d'autre possibilité.

- [5] Tout récemment, la Cour suprême a fait observer que « [l']appel visant un verdict de culpabilité et l'appel visant une peine sont des procédures distinctes; il faut se garder de les fusionner » : *R. c. Magoon*, 2018 CSC 14, [2017] A.C.S. n° 101 (QL), au par. 56, les juges Abella et Moldaver qui rendaient le jugement de la Cour.
- [6] Cette observation est en accord avec l'arrêt *R. c. W.(G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, [1999] A.C.S. n° 37 (QL), dans lequel la Cour suprême avait conclu qu'une cour d'appel n'a pas « le pouvoir inhérent d'examiner la sentence en l'absence d'appel formé contre celle-ci » (par. 15). Selon le juge en chef Lamer, « [i]l ne conviendrait pas qu'une cour d'appel considère que l'avis d'appel d'une déclaration de culpabilité comprend un avis d'appel de la sentence » (par. 14). La Cour a souscrit au point qu'avait établi le juge d'appel Aylesworth dans l'arrêt *R. c. Ferencsik*, [1970] O.J. No. 1485 (C.A.) (QL), selon lequel [TRADUCTION] « le libellé sans équivoque des dispositions relatives à l'appel du *Code criminel*, [TRADUCTION] “ fait ressortir la distinction entre, d'une part, les appels formés contre la déclaration de culpabilité ou le rejet de l'accusation et, d'autre part, les appels interjetés contre la peine ” » (par. 14).
- [7] L'inverse est également vrai : une cour d'appel ne possède pas le pouvoir inhérent d'examiner la déclaration de culpabilité en l'absence d'un appel formé à l'encontre de celle-ci. C'est là l'opinion qui a été exprimée dans l'arrêt *R. c. Wilder*, 2008 BCCA 370, [2008] B.C.J. No. 1878 (QL), autorisation de pourvoi refusée [2008] C.S.C.R. n° 498 (QL). Dans cette affaire, M. Wilder avait interjeté appel de la peine et, dans le cadre de son appel, il avait déposé un certain nombre de demandes dans lesquelles il avait sollicité la réouverture du procès. La juge d'appel Levine a rejeté ces demandes au motif que la Cour n'avait pas compétence pour les examiner dans le cadre d'un appel interjeté uniquement à l'encontre de la peine.
- [8] L'appel qu'a interjeté M^{me} Fox devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires était uniquement un appel de la sentence. L'avis d'appel est clair. M^{me} Fox était une appelante qui se représentait elle-même; elle a utilisé un formulaire

imprimé et a expressément rayé l'expression [TRADUCTION] « déclaration de culpabilité » et inscrit le mot [TRADUCTION] « sentence ». La seule mesure réparatoire sollicitée est une modification de la sentence. Certes, dans ses moyens d'appel, M^{me} Fox indique qu'elle est bilingue et déclare qu'elle ne savait pas qu'elle pouvait demander que le procès soit tenu en français, mais elle ne demande nulle part de mesure réparatoire à cet égard. Elle énonce ensuite de nombreux moyens à l'appui de sa prétention selon laquelle le juge chargé de la détermination de la peine a commis une erreur en rejetant sa demande d'absolution. M^{me} Fox n'a pas cherché à retirer son plaidoyer de culpabilité; elle n'a pas demandé de mesure réparatoire au titre du par. 24(1) de la *Charte* et elle n'a pas sollicité la suspension de l'instance. Dans l'avis d'appel, M^{me} Fox demandait simplement à la cour d'appel en matière de poursuites sommaires d'exercer le pouvoir conféré à l'art. 687 et de modifier la sentence en y substituant une absolution.

[9] Puisqu'il s'agissait seulement de trancher un appel de la sentence, le juge d'appel en matière de poursuites sommaires devait s'en tenir aux pouvoirs énoncés à l'art. 687 du *Code criminel*. Il n'avait pas le pouvoir de : (1) faire de l'appel de la sentence un appel de la déclaration de culpabilité; (2) considérer que l'appel comprenait une demande de retrait ou de radiation du plaidoyer; (3) trancher une demande en vue d'obtenir une mesure réparatoire visée à la *Charte* alors qu'aucune demande de cette nature n'avait été présentée; et (4) ordonner la suspension de l'instance. Il s'ensuit que les décisions du juge sur ces questions étaient tout à fait injustifiées. Le juge avait l'obligation de trancher la question dont il était régulièrement saisi, c'est-à-dire celle de savoir si l'appel de la sentence était bien fondé. Tous les énoncés faits relativement à d'autres questions ne sont que des remarques incidentes, lesquelles n'ont aucune force obligatoire à l'endroit d'une cour quelle qu'elle soit.

[10] Nous estimons que si le juge d'appel en matière de poursuites sommaires avait convenablement tranché l'appel de la sentence, il aurait conclu que le juge chargé de la détermination de la peine avait commis une erreur en n'ordonnant pas que M^{me} Fox soit absoute, soit inconditionnellement soit aux conditions prescrites dans une ordonnance de probation. M^{me} Fox était une délinquante primaire âgée de dix-neuf ans

qui avait été maltraitée pendant son enfance et s'était engagée dans une relation de violence. En fait, le vol pour lequel elle recevait une sentence avait été commis sur l'incitation de son copain violent. M^{me} Fox avait, depuis, mis fin à cette relation, obtenu un emploi rémunérateur et présenté une demande d'inscription à un collège communautaire. L'absolution lui a été refusée pour le motif que cette issue aurait été contraire à l'intérêt public. Lors de l'audition de l'appel, la substitut du Procureur général a reconnu que le juge chargé de la détermination de la peine a commis une erreur de principe en tirant cette conclusion. Nous en avons convenu. Il est difficile d'imaginer en quoi il pourrait être contraire à l'intérêt public d'accorder l'absolution à M^{me} Fox dans les circonstances qui nous occupent. Le paragraphe 730(1) a été adopté pour répondre aux situations comme celle qui nous occupe en l'espèce et, si le juge chargé de la détermination de la peine avait convenablement appliqué les principes qui régissent l'absolution, il aurait inévitablement conclu que celle-ci était dans l'intérêt de M^{me} Fox et n'était pas contraire à l'intérêt public.

[11] Nous sommes d'avis qu'une absolution inconditionnelle ou sous conditions aurait été indiquée dans les circonstances. Au moment où son appel en matière de poursuite sommaire a été entendu, M^{me} Fox s'était déjà conformée aux conditions de l'ordonnance de probation initiale. Il s'ensuivait que le fait de modifier la sentence en prononçant une absolution sous conditions n'aurait rien accompli d'utile. Pour cette raison, le juge d'appel en matière de poursuites sommaires aurait dû modifier la sentence en la remplaçant par une absolution inconditionnelle. Il a commis une erreur en ne le faisant pas.

[12] C'est pour ces motifs que nous avons accueilli l'appel, annulé la décision du juge d'appel en matière de poursuites sommaires et modifié la sentence en y substituant une absolution inconditionnelle.