COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

138-17-CA

KENNETH LESLIE VAIL

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Vail v. R., 2019 NBCA 13

CORAM:
The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
November 2, 2017 (conviction)
November 16, 2017 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and Judgment rendered:
November 26, 2018

Reasons delivered
January 31, 2019

Counsel at hearing:

Kenneth Leslie Vail appeared in person

For the respondent:
William B. Richards

KENNETH LESLIE VAIL

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Vail c. R., 2019 NBCA 13

CORAM :
l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 2 novembre 2017 (déclaration de culpabilité)
le 16 novembre 2017 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
le 26 novembre 2018

Motifs déposés :
le 31 janvier 2019

Avocats à l'audience :

Kenneth Leslie Vail a comparu en personne

Pour l'intimée :
William B. Richards

THE COURT

The appeal is allowed, the conviction is set aside and a new trial is ordered.

LA COUR

L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] On November 2, 2017, a judge of the Provincial Court convicted the appellant, Kenneth Leslie Vail, of one count of theft (s. 334 (b)(i) of the *Criminal Code*). Mr. Vail had been charged in an information with two counts of theft relating to two specific dates, between July 15-18, 2015 (Count 1) and between December 27-30, 2014 (Count 2). The trial judge convicted him on Count 2 and acquitted him on Count 1. Mr. Vail has appealed his conviction. At the close of the hearing of this appeal, we allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial. We indicated that reasons for our decision would follow. These are those reasons.

[2] Mr. Vail was an assistant manager at the St. Hubert restaurant in Moncton and had been in that position since late 2013. The thefts occurred from the night deposits prepared by various restaurant managers using serving staff invoices and cash inputted into the restaurant computer system and verified by a closing manager. Normally, the deposit was placed in a deposit bag, locked in the restaurant safe, and deposited at the National Bank the following morning by the opening manager, either by the general manager, the owner, or Mr. Vail as the assistant manager.

[3] Mr. Vail was on duty as opening manager on December 28, 2014. The deposit prepared from the previous evening should have been deposited in the morning by the appellant. This deposit went missing.

[4] Similarly, the deposit referred to in Count 1 between July 15-18, 2015, was prepared at closing on July 16 to be deposited in the morning of July 17. Mr. Vail was once again on duty and the evidence the Court accepted was that he had received the deposit from the safe on the morning of July 17, 2015. It too went missing.

[5] At trial, Crown Counsel conceded, during argument, that the evidence with respect to the second count was not as strong as the evidence related to the first count. The trial judge acknowledged the concession, but misunderstood it, and, as a result, he found Mr. Vail guilty on the second count and not guilty on the first.

[6] Compounding the problem is the fact that the trial judge referred to and relied upon a number of exhibits which related only to Count 1 and mixed the evidence between the two counts. Furthermore, the judge failed to apply an analytical approach along the lines of *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), to each count separately.

[7] Crown counsel concedes that the conviction should not stand. He submits the decision of the trial judge is too unreliable so as to be informative as to why he convicted as he did, and upon what evidence. We agree. A review of the decision leads us to the conclusion it does not lend itself to meaningful appellate scrutiny and raises questions about its internal logic: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869.

[8] It is for these reasons that we allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Le 2 novembre 2017, un juge de la Cour provinciale a déclaré l'appelant, Kenneth Leslie Vail, coupable quant à un chef d'accusation de vol (ss-al. 334b)(i) du *Code criminel*). M. Vail avait été inculpé, dans une dénonciation, de deux chefs de vol quant à deux dates précises, entre les 15 et 18 juillet 2015 (premier chef) et entre les 27 et 30 décembre 2014 (second chef). Le juge du procès l'a déclaré coupable du second chef et l'a acquitté du premier chef. M. Vail a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. À la fin de l'audition du présent appel, nous avons accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Nous avons indiqué que les motifs de notre décision suivraient. Voici ces motifs.

[2] M. Vail avait commencé à exercer des fonctions de directeur adjoint dans le restaurant St-Hubert à Moncton vers la fin de 2013. Les vols commis visaient les dépôts de nuit préparés par divers directeurs du restaurant d'après les additions établies par les serveurs et l'argent comptant entré dans le système informatique du restaurant et vérifié par un directeur chargé de la fermeture. Normalement, l'argent comptant était placé dans une pochette de dépôt, conservé dans le coffre-fort du restaurant et déposé auprès de la Banque Nationale le lendemain matin par le directeur chargé de l'ouverture, à savoir le directeur général, le propriétaire ou M. Vail à titre de directeur adjoint.

[3] M. Vail était de service comme directeur chargé de l'ouverture le 28 décembre 2014. Le dépôt préparé la veille aurait dû être fait ce matin-là par l'appelant. Ce dépôt a disparu.

[4] De même, le dépôt mentionné dans le premier chef, couvrant la période du 15 au 18 juillet 2015, a été préparé à la fermeture le 16 juillet pour qu'il soit fait le matin du 17 juillet. M. Vail était encore une fois de service; la preuve acceptée par la Cour

indiquait qu'il avait reçu le dépôt provenant du coffre-fort le matin du 17 juillet 2015. Celui-ci a aussi disparu.

[5] Lors de l'instruction de l'affaire, l'avocat du ministère public a reconnu, pendant les débats, que la preuve se rapportant au second chef n'était pas aussi solide que la preuve se rapportant au premier chef. Le juge du procès a pris acte de la concession faite, mais il l'a mal comprise; par conséquent, il a déclaré M. Vail coupable quant au second chef et non coupable quant au premier.

[6] Ce qui complique le problème davantage, c'est le fait que le juge du procès a renvoyé à un certain nombre de pièces, sur lesquelles il s'est appuyé, qui ne se rapportaient qu'au premier chef, et il a confondu les éléments de preuve qui se rapportaient à l'un ou à l'autre des chefs d'accusation. De plus, le juge n'a pas suivi une démarche analytique analogue à celle de l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL), quant à chaque chef de l'acte d'accusation séparément.

[7] L'avocat du ministère public concède que la déclaration de culpabilité devrait être annulée. Il soutient que la décision du juge du procès est trop peu fiable pour révéler pourquoi il a prononcé cette déclaration de culpabilité et sur quels éléments de preuve il s'est appuyé pour le faire. Nous sommes d'accord. L'examen de la décision nous amène à conclure qu'elle ne se prête pas à un examen valable en appel et qu'elle soulève des doutes quant à sa logique intrinsèque : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

[8] C'est pour ces motifs que nous avons accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.