COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

110-17-CA

KENNETH LESLIE VAIL

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Vail v. R., 2019 NBCA 18

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

Appeal from a decision of the Provincial Court:
September 8, 2017

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 26, 2018

Judgment rendered:
February 14, 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 18

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

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 8 septembre 2017

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 26 novembre 2018

Jugement rendu :
le 14 février 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 convictions are set aside and a new trial ordered.

LA COUR

L’appel est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] A Provincial Court judge found Kenneth Leslie Vail guilty of indictable theft and fraud exceeding five thousand dollars (ss. 334(a) and 380(1)(a) of the *Criminal Code*). The theft conviction was judicially stayed. The trial judge sentenced Mr. Vail on the fraud charge to six months' custody and restitution in the amount of $6,937.32. Mr. Vail appeals his conviction on the ground of ineffective counsel. He also seeks leave to appeal sentence. By the time the appeal was heard he had served the custodial sentence imposed by the judge.

[2] Mr. Vail was an assistant general manager at the St-Hubert restaurant in Moncton from 2013 until his employment was terminated in July 2015 amid allegations of theft and fraud. In 2015, the manager of the St-Hubert, Reginald Wynes, discovered a series of suspect transactions dating back to December 2013, the majority of which had been completed using Mr. Vail's uniquely-identified swipe card.

[3] A minority of transactions were entered using another employee's swipe card, though all occurred at times the employee was not scheduled to work and while Mr. Vail was at the workplace.

[4] The trial judge accepted testimony that it would have been possible for Mr. Vail to use the other employee's card or password to enter the transactions. In addition to Mr. Vail's swipe card being used to enter the majority of fraudulent transactions, there was significant circumstantial evidence that he was working at the time of the transactions. On that basis the trial judge convicted Mr. Vail.

II. Ineffective Counsel Analysis

A. *Mr. Vail's allegations*

[5] Mr. Vail alleges his counsel failed to represent him effectively for a number of reasons. According to him, she failed to introduce evidence received in disclosure which demonstrated he was not scheduled to work at the time of the majority of the fraudulent transactions. He also claims she improperly prepared for trial; failed to ask questions during cross-examination when directed to do so by Mr. Vail; inadequately cross-examined witnesses about previous inconsistent statements; and she failed to call relevant witnesses as directed by Mr. Vail.

B. *The law with respect to ineffective counsel*

[6] The Supreme Court identified a two-step process to be followed in an ineffectiveness claim: there is a performance component and a prejudice component. To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel's "acts or omissions constituted incompetence" (the performance component) and that "a miscarriage of justice resulted" (the prejudice component).

[7] The Supreme Court also provided the framework by which a claim of ineffective counsel is assessed. An appeal court analyzes ineffectiveness on a reasonableness standard. The analysis should proceed on a strong presumption that counsel's conduct fell within a wide range of reasonable professional conduct. The appellant must establish the acts or omissions of counsel that he or she contends are not consistent with reasonable professional judgment. A miscarriage of justice may be established if counsel's conduct resulted in procedural unfairness or if the reliability of the trial's result may have been compromised. If no miscarriage of justice has resulted, it is normally unnecessary for an appellate court to consider the performance component of the analysis: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; applied in *E.K.M. v. R.*, 2012 NBCA 64, 391 N.B.R. (2d) 130.

[8] This Court adopted a Protocol for Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance. It explains the appellant will often want to provide the Court with information concerning instructions to and conduct of counsel. This information will typically come before the Court by way of a motion, with

supporting affidavit, for leave to adduce new evidence. Trial counsel whose conduct is under question, will normally respond by affidavit.

C. *Application of the law to this case*

[9] Mr. Vail followed the protocol and presented a motion to the Court to adduce new evidence. Mr. Vail, now a self-represented litigant, essentially argues that of the 70 transactions the trial judge itemized in her decision, Mr. Vail was not scheduled to work when 35 of them transpired. He argues documents including Managers' Work Schedules and detailed invoices provided exculpatory evidence and submits his trial lawyer did not seek to have these documents introduced into evidence and did not use them during cross-examination in order to establish a discrepancy.

D. *Mr. Vail's supporting affidavit*

[10] The essence of Mr. Vail's affidavit points to his trial counsel's lack of pre-trial preparation, inadequate cross-examination and the failure to introduce evidence. This timeline describes pre-trial preparation:

- January 30, 2017 – Mr. Vail met once with counsel for no more than one hour

- January 30 – February 27 – Counsel communicated by phone and email with Mr. Vail regarding court dates and pleadings

- January 2017 – Counsel requested Mr. Vail to review the Crown's disclosure package and make notes regarding anything of importance. Mr. Vail made copious notes he thought would be the cornerstone of his defence

- April 24, 2017 – Trial

[11] Mr. Vail kept detailed notes throughout the trial (two large notepads). He has attempted to obtain them from his former counsel with no success. During the trial

Mr. Vail repeatedly asked his lawyer to introduce the Management Work Schedules as exhibits because he believed they were the lynchpin of his defence. Counsel called no witnesses (it was Mr. Vail's decision not to testify) and introduced no evidence. Counsel declined to cross-examine a former bartender, a key witness for the Crown.

[12] Crown counsel at the appeal hearing (different from the one at trial) did not contest Mr. Vail's motion to introduce evidence on appeal. We granted the motion and accepted the uncontested affidavit evidence. We then adjourned the hearing and invited a response from trial counsel.

E. *Further affidavits*

[13] Mr. Vail's trial counsel subsequently filed an affidavit. Strangely, she did not address in her affidavit any of the substantive issues raised by Mr. Vail. The absence of a detailed affidavit from trial counsel distinguishes this case from many others because the affidavit of Mr. Vail, for the most part, is uncontradicted.

[14] In her affidavit trial counsel addresses only the issue of post-trial requests for documents by Mr. Vail. She denies he made any such requests. She says nothing about the existence of the materials, nor whether they are in the possession of Legal Aid NB. More significantly, however, is the fact that Mr. Vail's former counsel says nothing whatsoever about her trial preparation, and her meeting and discussions with Mr. Vail on the merits of the case. She has done nothing to address Mr. Vail's assertions about her conduct during the trial itself.

[15] Mr. Vail filed an additional responding affidavit detailing the attempts he made to have his notes returned.

F. *The test is met*

[16] This was a five-day complicated fraud trial. It would be hard to imagine how counsel could have prepared with only one-hour consultation with her client. If she had evidence that was uncontradicted and made no use of it, that compounds the

unpreparedness. It is surprising that counsel did not introduce the work schedules on cross-examination to attempt to raise a reasonable doubt. Circumstantial evidence might have been refuted by these documents. She failed to cross-examine a key witness. She did not effectively ask leading questions on cross-examination of other witnesses including the general manager – the main witness. She just repeated the questions of Crown counsel. This was despite the fact Mr. Vail had formulated questions for her. This lack of preparedness before and at trial betrays an elementary misunderstanding of the case. The issue of whether Mr. Vail was not present for 35 of the 70 fraudulent transactions should have been raised, as it goes to reasonable doubt. We can only conclude the lack of preparedness was not a strategic decision.

[17] The two-part test of ineffective counsel is met. First, on the evidence before us, Mr. Vail's trial counsel does not meet the reasonable standard for a case of this nature. Second, a miscarriage of justice has been demonstrated since the trial judge's decision may have been compromised because she based it on circumstantial evidence that might have been refuted by competent representation. If the judge had received all the necessary evidence, a reasonable doubt regarding some or all of the fraudulent transactions may have been present.

III. Disposition

[18] For these reasons we allow the appeal, set aside the convictions and order a new trial.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

I. Introduction

[1] Une juge de la Cour provinciale a déclaré Kenneth Leslie Vail coupable de vol et de fraude dépassant cinq mille dollars (actes criminels visés aux al. 334a) et 380(1)a) du *Code criminel*). L'arrêt des procédures a été prononcé relativement à la déclaration de culpabilité de vol. La juge du procès a condamné M. Vail, pour avoir commis l'infraction de fraude, à six mois de prison et à la restitution d'une somme de 6 937,32 $. M. Vail interjette appel de sa déclaration de culpabilité au motif qu'il a été représenté de façon inefficace par son avocate. Il demande également l'autorisation d'interjeter appel de sa sentence. Au moment où l'appel a été entendu, il avait déjà purgé la peine d'emprisonnement que la juge lui avait infligée.

[2] M. Vail était gérant général adjoint au restaurant St-Hubert à Moncton de 2013 jusqu'à la cessation de son emploi en janvier 2015 à la suite d'allégations de vol et de fraude. En 2015, le gérant du St-Hubert, Reginald Wynes, a découvert une série de transactions douteuses remontant à décembre 2013, dont la majorité avait été effectuée au moyen de la carte à bande magnétique uniquement identifiée de M. Vail.

[3] Une minorité des transactions avaient été effectuées au moyen de la carte à bande magnétique d'un autre employé, mais elles avaient toutes été commises en dehors des heures de travail de cet employé, alors que M. Vail était au travail.

[4] La juge du procès a accepté le témoignage selon lequel il aurait été possible pour M. Vail de se servir de la carte ou du mot de passe de l'autre employé pour effectuer les transactions. En plus du fait que la carte à bande magnétique de M. Vail a été utilisée pour effectuer la majorité des transactions frauduleuses, il y avait d'importants éléments de preuve circonstancielle indiquant qu'il travaillait au moment où elles ont eu lieu. Pour cette raison, la juge du procès a déclaré M. Vail coupable.

II. Analyse relative à l'inefficacité de l'avocate

A. *Les allégations de M. Vail*

[5] M. Vail affirme que son avocate ne l'a pas représenté efficacement pour plusieurs raisons. Selon lui, elle n'a pas présenté des éléments de preuve reçus durant le processus de communication de la preuve qui indiquaient que la majorité des transactions frauduleuses ont eu lieu en dehors de ses heures de travail. Il soutient en outre qu'elle s'est mal préparée pour le procès, qu'elle n'a pas posé de questions en contre-interrogatoire alors que M. Vail lui avait donné la directive de le faire, qu'elle a inadéquatement contre-interrogé des témoins au sujet de déclarations antérieures incompatibles, et qu'elle n'a pas appelé des témoins pertinents alors que M. Vail lui avait donné comme directive de le faire.

B. *Le droit en matière de représentation inefficace par un avocat*

[6] La Cour suprême a établi un processus à deux volets qu'il faut suivre pour examiner des allégations de représentation non efficace : il y a un volet examen du travail de l'avocat et un volet appréciation du préjudice. Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu' « une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice).

[7] La Cour suprême a aussi exposé le cadre analytique à l'aune duquel une prétention d'incompétence doit être évaluée. Une cour d'appel analyse l'inefficacité au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de la conduite professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne sont pas compatibles avec l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. L'erreur judiciaire peut être établie si la conduite de l'avocat a

compromis l'équité procédurale ou si la fiabilité de l'issue du procès peut avoir été compromise. S'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire, il est généralement inutile que la cour d'appel s'arrête à l'examen du travail de l'avocat : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; appliqué dans *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, 391 R.N.-B. (2e) 130.

[8] Notre Cour a adopté un Protocole relatif aux appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat en première instance. Il explique qu'il arrive souvent que l'appelant désire fournir à la Cour des renseignements concernant les directives données à l'avocat et la conduite de ce dernier. En règle générale, ces renseignements sont présentés à la Cour par voie de motion en autorisation de présentation de preuves nouvelles, avec affidavits à l'appui. L'avocat qui représentait l'appelant en première instance et dont la conduite est mise en cause répondra d'habitude par affidavit.

C. *Application des règles de droit à la présente instance*

[9] M. Vail a suivi le protocole et a présenté une motion à la Cour en vue de présenter des preuves nouvelles. M. Vail, qui se représente maintenant lui-même, soutient essentiellement que des 70 transactions que la juge du procès a énumérées dans sa décision, 35 d'entre elles se sont produites en dehors de ses heures de travail. Il soutient que certains documents, y compris l'horaire de travail des gérants et des factures détaillées, fournissent des éléments de preuve disculpatoires et que l'avocate qui le représentait au procès n'a pas demandé que ces documents soient versés en preuve et ne les a pas invoqués en contre-interrogatoire afin d'établir l'existence d'une contradiction.

D. *Affidavit à l'appui présenté par M. Vail*

[10] Essentiellement, l'affidavit de M. Vail indique que l'avocate qui l'a représenté au procès ne s'était pas suffisamment préparée pour le procès, que son contre-interrogatoire était inadéquat et qu'elle a omis de présenter des éléments de preuve. L'historique suivant décrit la préparation au procès :

- Le 30 janvier 2017 – M. Vail a rencontré son avocate une fois, pour un maximum d'une heure.

- Du 30 janvier au 27 février – l'avocate a communiqué avec M. Vail par téléphone et par courrier électronique au sujet des dates d'audience et des plaidoiries.

- Janvier 2017 – l'avocate a demandé à M. Vail d'examiner les documents communiqués par le ministère public et de prendre des notes au sujet de tout ce qui était important. M. Vail a pris de nombreuses notes au sujet de ce qui serait, selon lui, la pierre angulaire de sa défense.

- Le 24 avril 2017 – procès.

[11] M. Vail a pris des notes détaillées tout au long du procès (deux grands blocs-notes). Il a tenté, en vain, de les obtenir de son ancienne avocate. Durant le procès, M. Vail a demandé à plusieurs reprises à son avocate de présenter les horaires de travail de la gérance comme pièce à conviction puisqu'il croyait qu'ils étaient le pilier de sa défense. L'avocate n'a appelé aucun témoin (c'était la décision de M. Vail de ne pas témoigner) et n'a présenté aucune preuve. L'avocate a refusé de contre-interroger un ancien barman, un témoin-clé du ministère public.

[12] L'avocat représentant le ministère public à l'audition de l'appel (pas le même qu'au procès) n'a pas contesté la motion de M. Vail en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve en appel. Nous avons accueilli la motion et avons admis la preuve par affidavit non contestée. Nous avons par la suite ajourné l'audience et avons invité l'avocate qui a représenté l'appelant au procès à présenter sa réponse.

E. *Affidavits supplémentaires*

[13] L'avocate qui a représenté M. Vail au procès a par la suite déposé un affidavit. Étrangement, elle n'a traité, dans son affidavit, d'aucune des questions de fond soulevées par M. Vail. L'absence d'un affidavit détaillé de l'avocate au procès distingue

la présente affaire de nombreuses autres causes, car l'affidavit de M. Vail est en majeure partie non contredit.

[14] Dans son affidavit, l'avocate au procès traite uniquement de la question des demandes de documents présentées par M. Vail après la tenue du procès. Elle nie qu'il a présenté de telles demandes. Elle ne dit rien sur l'existence des documents ni sur la question de savoir s'ils sont en la possession de l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick. Fait plus important, cependant, est que l'ancienne avocate de M. Vail ne dit rien du tout au sujet de sa préparation au procès, ni de sa réunion et de ses discussions avec M. Vail sur le fond de l'affaire. Elle n'a rien fait pour répondre aux assertions de M. Vail sur sa conduite lors du procès comme tel.

[15] M. Vail a déposé un affidavit additionnel en réponse, dans lequel il expose en détail les démarches qu'il a entreprises pour qu'on lui rende ses notes.

F. *Le critère est rempli*

[16] Il s'agissait d'un procès compliqué de cinq jours pour fraude. Il serait difficile d'imaginer comment l'avocate aurait pu s'y préparer avec une seule consultation d'une heure avec son client. Le fait qu'elle ne se serait pas servi d'éléments de preuve non contredits qui étaient à sa disposition a pour effet d'aggraver le manque de préparation. Il est étonnant que l'avocate n'ait pas produit les horaires de travail lors du contre-interrogatoire pour tenter de soulever un doute raisonnable. Des éléments de preuve circonstancielle auraient pu être réfutés par ces documents. Elle n'a pas contre-interrogé un témoin-clé. En fait, elle n'a pas posé de questions suggestives lors du contre-interrogatoire d'autres témoins, y compris celui du gérant, le principal témoin. Elle a seulement répété les questions de l'avocat du ministère public, malgré le fait que M. Vail avait formulé des questions pour elle. Ce manque de préparation avant le procès et pendant celui-ci trahit une incompréhension fondamentale de l'affaire. La question de savoir si M. Vail était absent pendant 35 des 70 transactions frauduleuses aurait dû être soulevée, puisqu'elle porte sur l'existence d'un doute raisonnable. Nous ne pouvons faire

autrement que de conclure que le manque de préparation n'était pas une décision stratégique.

[17] Le critère à deux étapes permettant d'établir l'inefficacité de l'avocate est rempli. En premier lieu, d'après la preuve dont nous disposons, l'avocate qui a représenté M. Vail au procès n'a pas rempli les exigences raisonnables pour une affaire de cette nature. En second lieu, il a été démontré qu'une erreur judiciaire a été commise puisque la décision de la juge du procès aurait pu avoir été compromise puisqu'elle était fondée sur des éléments de preuve circonstancielle qui auraient pu être réfutés par une représentation compétente. Si la juge avait reçu tous les éléments de preuve nécessaires, elle aurait pu avoir un doute raisonnable quant à une partie ou à la totalité des transactions frauduleuses.

III. Dispositif

[18] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.