

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

45-23-CA

B E T W E N :

E N T R E :

K.A.

K.A.

APPELLANT

APPELANT

- and -

-et-

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

K.A. v. R., 2023 NBCA 48

K.A. c. R., 2023 NBCA 48

Motion heard by:
The Honourable Justice Quigg

Motion entendue par :
l'honorable juge Quigg

Date of hearing:
June 19, 2023

Date de l'audience :
le 19 juin 2023

Date of decision:
June 20, 2023

Date de la décision :
le 20 juin 2023

Reasons delivered:
July 13, 2023

Motifs déposés :
le 13 juillet 2023

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
K.A. on his own behalf

Pour l'appelant :
K.A. en son propre nom

For the respondent:
Rachel Anstey and Shara K. Munn

Pour l'intimé :
Rachel Anstey et Shara K. Munn

DECISION

[1] K.A. seeks leave to extend the time for the filing of a Notice of Appeal beyond the 30 days prescribed by Rule 63.26 the *Rules of Court* and s. 678(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Crown opposes his motion.

[2] On March 23, 2022, K.A. pled guilty to the following criminal offences before a Provincial Court judge:

- a) Section 271(a) of the *Criminal Code* (sexual assault – indictable);
- b) Section 163.1(2) of the *Criminal Code* (making child pornography videos and photographs – indictable);
- c) Section 163.1(4)(a) of the *Criminal Code* (possessional of child pornography – indictable);
- d) Section 86(2) of the *Criminal Code* (Careless storage of a firearm – indictable).

[3] On the same date, the facts were entered into the record, the judge conducted a s. 606 inquiry and confirmed K.A.'s guilty pleas. Following his guilty pleas, a joint submission proposing a global custodial sentence of five years' incarceration was presented to the judge.

[4] After the presentation of the joint submission, the judge was placed on leave for an unrelated matter and a different judge took over the proceedings. Transcripts of the proceedings before the first judge were prepared for and reviewed by the new judge. This was done in accordance with s. 669.2 of the *Criminal Code*, a provision allowing the new judge to continue the proceedings.

[5] The primary basis for K.A.'s motion to extend the time for filing the Notice of Appeal is that he did not receive or have the ability to review his disclosure.

[6] According to the Crown, at the outset of K.A.'s criminal proceedings, the Crown provided all relevant disclosure in its possession to K.A.'s trial counsel, pursuant to its obligations under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, [1991] S.C.J. No. 83 (QL).

[7] Throughout the proceedings, K.A.'s counsel repeatedly confirmed to the court he had reviewed all relevant disclosure with K.A. On June 28, 2022, K.A.'s counsel filed a Motion for Direction with the Provincial Court wherein he confirmed having spent over 15 hours with K.A. reviewing all relevant disclosure. On June 29, 2022, the Motion for Direction was heard, and as a result K.A.'s counsel undertook to meet with his client in order to again review the disclosure.

[8] In his Motion for Direction, K.A.'s counsel expressed concern that his professional obligations conflicted with K.A.'s ongoing request to have access to his disclosure, including child pornography. These concerns eventually led to counsel's request to be removed as counsel of record. The judge granted that request.

[9] Immediately after removal of K.A.'s lawyer as counsel of record, the Crown received correspondence from K.A., wherein he requested his disclosure. Specifically, he requested "the ability to access and have time to review everything that is evidence that the Crown had or has whether or not it was used against me in this case".

[10] The Crown then wrote to Provincial Court to request an appearance to seek direction on the issue of disclosure. It had growing concerns regarding K.A.'s constant attempts to gain access to his disclosure, including the child pornography contained therein.

[11] On February 16, 2023, K.A. returned to Provincial Court and advised the judge he wished to have access to his disclosure. Specifically, he stated he wanted access to the representative sample of child pornography contained in the file. Throughout the

proceedings on that date, the judge made it clear that K.A. would not be receiving the child pornography.

[12] Recently in *R. v. Glynn*, [2022] N.B.J. No. 117 (QL) (C.A.), Baird J.A. referred to *R. v. Roberge*, 2005 SCC 48, [2005] 2 S.C.R. 469, wherein the Supreme Court concluded:

In *R. v. Roberge*, 2005 SCC 48, [2005] 2 S.C.R. 469, the Supreme Court concluded that:

The power to extend time under special circumstances in s. 59(1) of the *Act* is a discretionary one. Although the Court has traditionally adopted a generous approach in granting extensions of time, a number of factors guide it in the exercise of its discretion[.]

[...]

The ultimate question is always whether, in all the circumstances and considering the factors referred to above, the justice of the case requires that an extension of time be granted. [para. 5]

[13] Therefore, the decision regarding whether to allow a motion for an extension of time to file a Notice of Appeal is discretionary.

[14] Baird J.A. also referred to *R. v. McMorran*, [2007] N.B.J. No. 56 (QL) (C.A.):

The criteria governing extensions of time to appeal in matters such as these was the subject of discussion in *R. v. Gautreau*, [2004] N.B.J. No. 326 (C.A.) (QL) at paras. 4-6:

Section 678(2) of the *Criminal Code* provides that a judge of the Court of Appeal may extend the time within which a notice of appeal or a notice of application for leave to appeal may be given. The *Criminal Code* does not set out any criteria for the exercise of the judge's discretion in deciding whether or not to extend the time to appeal.

However, courts have set out a number of factors to be considered in deciding whether to extend time pursuant to that provision: See *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713 and *R. v. Menear* (2002), 162 C.C.C. (3d) 233 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [2002] S.C.C.A. No. 116, (2002), 164 C.C.C. (3d) vi; *R. v. Meidel*, [2000] S.C.C.A. No. 230, (2000), 148 C.C.C. (3d) 437 (B.C.C.A.), leave to appeal refused (2000), 264 N.R. 192 (S.C.C.); and *R. v. Stapledon* (2000), 225 N.B.R. (2d) 260 (C.A.).

The following factors are usually considered in determining whether or not to grant an extension of time:

- i) whether to applicant has shown a bona fide intention to appeal within the appeal period;
- ii) whether the applicant has accounted for or explained the delay;
- iii) whether the respondent would be unduly prejudiced by the extension of time; and,
- iv) whether there is merit to the proposed appeal in the sense that there is a reasonably arguable ground;

A judge hearing a motion for an extension of time will exercise his or her discretion considering these factors and any other factors deemed to be appropriate in the circumstances of the particular case. Ultimately, the judge determines whether it would be in the interest of justice to grant the extension of time.

See [...] *R. v. Melanson*, [2006] N.B.J. No. 360 (C.A.) (QL), [...] *R. v. Collier*, [2006] N.B.J. No. 134 (C.A.) (QL). [para. 4]

[15] Before me, the Crown conceded that K.A. had a bona fide intention to appeal, that he explained the reasons for the delay and it would suffer no degree of prejudice if the Notice of Motion for an extension of time were allowed. The Crown's

main objection is that there is no merit to the proposed appeal as there is no reasonable, arguable ground of appeal being put forth and that the proposed appeal is a demonstration of K.A.'s continued efforts to obtain copies of his disclosure which includes child sexual abuse material. This Court has refused to grant an extension of time to file a Notice of Appeal exclusively on the basis that the appeal had no prospect of success (*R. v. Glynn*, para. 7; *R. v. Fizli*, [2023] N.B.J. No. 19 (QL) (C.A.)).

[16] In summary, K.A. was represented by three different lawyers throughout the Provincial Court proceedings. He pled guilty to the charges twice. He agreed to the facts on the record twice. Two s. 606 inquiries were held to confirm K.A.'s guilty pleas. I have listened to the audio recording of the sentencing hearing. I did not discern any error which persuades me, in the interests of justice, to extend the time for the filing of the Notice of Appeal. The motion is dismissed.

DÉCISION

[1] K.A. demande que soit autorisée la prorogation du délai de dépôt d'un avis d'appel au-delà du délai de 30 jours prescrit par la règle 63.26 des *Règles de procédure* et le par. 678(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le ministère public conteste la motion.

[2] Le 23 mars 2022, K.A. a plaidé coupable, devant un juge de la Cour provinciale, relativement aux infractions criminelles suivantes :

- a) al. 271a) du *Code criminel* (agression sexuelle – acte criminel);
- b) par. 163.1(2) du *Code criminel* (production de pornographie juvénile – acte criminel);
- c) al. 163.1(4)a) du *Code criminel* (possession de pornographie juvénile – acte criminel);
- d) par. 86(2) du *Code Criminel* (entreposage négligent d'une arme à feu – acte criminel).

[3] Le même jour, les faits ont été consignés au dossier, le juge a effectué l'examen requis par l'art. 606 et il a confirmé les plaidoyers de culpabilité de K.A. À la suite des plaidoyers de culpabilité, une recommandation conjointe proposant une peine globale d'emprisonnement d'une durée de cinq ans a été présentée au juge.

[4] Après la présentation de la recommandation conjointe, le juge a été mis en congé pour une question sans rapport avec la présente affaire, et un autre juge lui a succédé dans l'instance. Des transcriptions des procédures tenues devant le premier juge ont été préparées à l'intention du nouveau juge et examinées par celui-ci. Cela a été fait conformément à l'art. 669.2 du *Code criminel*, disposition qui autorise la continuation des procédures devant le nouveau juge.

- [5] La raison qui motive au premier chef la motion de K.A. en prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel est qu'il n'a pas reçu la communication de la preuve ou n'a pas eu la possibilité de l'examiner.
- [6] Le ministère public fait valoir que, dès le début de l'instance en matière criminelle engagée contre K.A., il a communiqué à l'avocat qui représentait K.A. au procès tous les éléments pertinents se trouvant en sa possession, conformément aux obligations qui lui incombent en application de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, [1991] A.C.S. n° 83 (QL).
- [7] Pendant toute l'instance, l'avocat de K.A. a à maintes reprises confirmé à la Cour qu'il avait passé en revue avec K.A. tous les renseignements pertinents qui lui avaient été communiqués. Le 28 juin 2022, l'avocat de K.A. a déposé une motion en vue d'obtenir des directives auprès de la Cour provinciale, motion dans laquelle il confirmait avoir passé plus de quinze heures en compagnie de K.A. à examiner tous les éléments pertinents qui lui avaient été communiqués. Le 29 juin 2022, la motion en vue d'obtenir des directives a été entendue et il s'en est suivi que l'avocat de K.A. a pris l'engagement de se réunir avec son client pour passer de nouveau en revue le contenu de la communication.
- [8] Dans sa motion en vue d'obtenir des directives, l'avocat de K.A. s'était dit préoccupé par le fait que ses obligations professionnelles étaient en conflit avec la demande incessante de K.A. d'avoir accès aux éléments communiqués, y compris la pornographie juvénile. Ces préoccupations ont finalement donné lieu à la demande de l'avocat en vue d'être radié du dossier. Le juge a accédé à cette demande.
- [9] Immédiatement après que l'avocat de K.A. a été radié du dossier, le ministère public a reçu une lettre de K.A. dans laquelle celui-ci demandait l'accès aux éléments communiqués. Plus précisément, il demandait [TRADUCTION] « la possibilité d'avoir accès à tout ce qui constitue un élément de preuve s'étant trouvé ou se trouvant en la possession du ministère public, que cet élément ait ou non été retenu contre [lui] en l'espèce, et d'avoir le temps d'examiner chaque élément ».

[10] Le ministère public a alors écrit à la Cour provinciale afin de demander une comparution pour solliciter des directives sur la question de la communication. Il éprouvait des préoccupations croissantes concernant les tentatives constantes de K.A. en vue d'avoir accès aux éléments communiqués, y compris la pornographie juvénile.

[11] Le 16 février 2023, K.A. est retourné devant la Cour provinciale et a informé le juge qu'il désirait avoir accès aux éléments communiqués. Plus précisément, il a déclaré vouloir avoir accès à l'échantillon représentatif de la pornographie juvénile contenu dans son dossier. Pendant toute l'instance ce jour-là, le juge a clairement fait comprendre à K.A. qu'il ne recevrait pas la pornographie juvénile.

[12] Récemment, dans l'arrêt *R. c. Glynn*, [2022] A.N.-B. n° 117 (QL) (C.A.), la juge Baird s'est reportée à l'arrêt *R. c. Roberge*, 2005 CSC 48, [2005] 2 R.C.S. 469, dans lequel la Cour suprême a tiré les conclusions suivantes :

Dans *R. c. Roberge*, 2005 CSC 48, [2005] 2 R.C.S. 469, la Cour suprême du Canada a conclu ce qui suit :

Le paragraphe 59(1) de la *Loi* confère le pouvoir discrétionnaire de proroger un délai dans des circonstances déterminées. Bien qu'elle ait traditionnellement adopté une approche libérale en la matière, la Cour tient compte d'un certain nombre de facteurs dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire[.]

[...]

En définitive, il faut toujours se demander si, eu égard aux circonstances et compte tenu des facteurs susmentionnés, la prorogation de délai s'impose pour que justice soit rendue. [par. 5]

[13] Par conséquent, lorsqu'il s'agit de décider de faire ou non droit à une motion en prorogation du délai de dépôt d'un avis d'appel, la décision est d'ordre discrétionnaire.

[14] La juge Baird s'est également reportée à l'arrêt *R. c. McMorran*, [2007] A.N.-B. n° 56 (QL) (C.A.) :

Les critères qui régissent la prorogation d'un délai d'appel dans des affaires comme celle en l'espèce ont été analysés dans *R. c. Gautreau*, [2004] A.N.-B. n° 326 (C.A.) (QL), aux par. 4 à 6 :

[TRADUCTION]

Le paragraphe 678(2) du *Code criminel* prévoit qu'un juge de la Cour d'appel peut proroger le délai dans lequel l'avis d'appel ou l'avis de demande d'autorisation d'appel peut être donné. Le *Code criminel* n'établit aucun critère applicable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge au moment où il décide de proroger ou non le délai pour interjeter appel. Néanmoins, les tribunaux ont énoncé un certain nombre de facteurs devant être considérés lorsqu'ils sont saisis d'une telle demande sur le fondement de la disposition susmentionnée : voir *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713, et *R. c. Menear* (2002), 162 C.C.C. (3d) 233 (C.A. Ont.), autorisation d'interjeter appel refusée, [2002] C.S.C.R. n° 116, 164 C.C.C. (3d) vi; *R. c. Meidel*, [2000] C.S.C.R. n° 230, 148 C.C.C. (3d) 437 (C.A.C.-B.), autorisation d'interjeter appel refusée (2000), 264 N.R. 192 (C.S.C.); et *R. c. Stapledon (J.K.)* (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 260 (C.A.).

Les facteurs suivants sont habituellement examinés dans la décision d'accorder ou non une prolongation du délai, soit les questions de savoir :

- i) si le requérant a montré qu'il avait en toute bonne foi l'intention d'interjeter appel dans le délai prescrit;
- ii) si le requérant a justifié ou expliqué le retard;
- iii) si la prolongation de délai caus[ait] à l'intimé un préjudice excessif;

iv) si l'appel éventuel est fondé, en ce sens qu'il existe un moyen raisonnablement soutenable.

Le juge qui entend une motion en prolongation de délai devra exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des facteurs énoncés ci-dessus ainsi que de tout autre facteur qu'il estime approprié dans les circonstances de l'espèce. En fin de compte, le juge détermine si, dans l'intérêt de la justice, il devrait accorder la prolongation du délai.

Voir [...] *R. c. Melanson*, [2006] A.N.-B. n° 360 (C.A.) (QL), et *R. c. Collier*, [2006] A.N.-B. n° 134 (C.A.) (QL). [par. 4]

[15] Devant moi, le ministère public a reconnu que K.A. avait en toute bonne foi l'intention d'interjeter appel, qu'il avait expliqué le retard et que le ministère public ne subirait aucun préjudice si la motion en prorogation du délai était accueillie. La principale objection du ministère public tient au fait que l'appel envisagé est sans fondement puisqu'aucun moyen d'appel raisonnable ou soutenable n'est invoqué et que l'appel envisagé constitue une démonstration des tentatives continues de K.A. en vue d'obtenir des copies des éléments communiqués, savoir notamment des documents ou éléments faisant état de l'exploitation sexuelle d'enfants. Notre Cour a refusé d'accorder la prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel pour l'unique motif qu'il n'y avait aucune possibilité que l'appel soit accueilli (*R. c. Glynn*, par.7; *R. c. Fizli*, [2023] A.N.-B. n° 19 (QL) (C.A.)).

[16] En résumé, K.A. a été représenté par trois avocats différents dans le cadre de l'instance devant la Cour provinciale. Il a plaidé coupable aux accusations à deux reprises. Il a admis les faits contenus au dossier à deux reprises. On a procédé deux fois à l'examen requis par l'art. 606 afin de confirmer les plaidoyers de culpabilité. J'ai écouté les enregistrements sonores de l'audience de détermination de la peine. Je n'ai discerné aucune erreur qui me convainque, dans l'intérêt de la justice, de proroger le délai de dépôt de l'avis d'appel. La motion est rejetée.