

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

41-11-CA

ANTHONY WHALEN

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Whalen v. R., 2012 NBCA 20

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Provincial Court:
March 17, 2011 (conviction)
April 27, 2011 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 22, 2011

Judgment rendered:
February 23, 2012

Counsel at hearing:

For the appellant:
Anthony Whalen appeared in person

For the respondent:
Cameron H. Gunn

ANTHONY WHALEN

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Whalen c. R., 2012 NBCA 20

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 17 mars 2011 (déclaration de culpabilité)
Le 27 avril 2011 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 22 septembre 2011

Jugement rendu :
Le 23 février 2012

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Anthony Whalen a comparu en personne

Pour l'intimée :
Cameron H. Gunn

THE COURT

The appeal against convictions is dismissed, as is the application for leave to appeal sentence.

LA COUR

L'appel des déclarations de culpabilité est rejeté, tout comme la demande en autorisation d'appel de la peine.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] Anthony Whalen was convicted of four charges under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19:

- (1) unlawfully producing cannabis (marihuana) (s. 7(1));
- (2) possessing that substance for the purpose of trafficking (s. 5(2));
- (3) unlawfully exporting it from Canada (s. 6(1)); and
- (4) trafficking (s.5(1)).

[2] On April 27, 2011, a judge of the Provincial Court sentenced Mr. Whalen to imprisonment for a total of four years, less 405 days he had spent in remand. In addition, the judge issued ancillary orders under the *Criminal Code*. Mr. Whalen appeals the convictions and seeks leave to appeal the sentence.

[3] The only seriously disputed issue at trial related to the admissibility of the fruits of a search executed pursuant to a warrant. Mr. Whalen submits the trial judge erred in upholding the validity of the warrant. As a self-represented appellant, Mr. Whalen also raises grounds of appeal relating to the competence of his trial counsel, as well as other grounds that are less clearly defined.

[4] The charges against Mr. Whalen arose from an elaborate scheme for the exportation and trafficking of cannabis through the post. The scheme was discovered when a Canada Post employee saw the contents of two envelopes Mr. Whalen had deposited in the mail. The employee in question, who testified on a *voir dire* into the validity of the warrant, says the contents became visible because the envelopes had not been properly sealed. This employee reported her observations, and the information eventually formed the basis upon which a search warrant for Mr. Whalen's home was

issued. Upon execution of the warrant, the police found much incriminating evidence against Mr. Whalen.

[5] The *voir dire* into the lawfulness of the search warrant focused primarily on the truthfulness of the Canada Post employee and whether she might have in fact opened the envelopes Mr. Whalen had deposited in the post. Mr. Whalen submitted the informant was not credible. However, the trial judge believed the witness, stating as follows:

I have no hesitation whatsoever in unequivocally accepting the evidence of Mary Home and finding her totally credible in every regard. That is, to the effect the envelopes accidentally opened. [p. 7 of trial transcript, Nov. 10, 2010]

[6] Applying the palpable and overriding error standard, a review of the record reveals no basis whatsoever to interfere with the trial judge's credibility findings. In any event, the credibility of the informant was not solely determinative. The real question to be resolved on the *voir dire* was whether, in the totality of the circumstances as set out in the Information to Obtain (the "ITO") and the inferences that could properly be drawn, the issuing judge could have been satisfied that reasonable grounds existed. In ruling on the validity of the search warrant, the trial judge applied the law set out in *R. v. Allain (S.)* (1998), 205 N.B.R. (2d) 201, [1998] N.B.J. No. 436 (C.A.) (QL), and summarized in *Arsenault v. R.*, 2009 NBCA 29, 344 N.B.R. (2d) 113, and held there was some evidence in the ITO upon which the issuing judge could rely to issue the warrant. This was not a case of a confidential or anonymous informant, which might have caused the police to make further investigation. Rather, the police had information from a known witness in circumstances in which there was no reason to doubt its veracity. In these circumstances, it was incumbent upon the police to make a full, fair and frank disclosure in drafting the ITO, but it was not necessary for the officers to investigate further as to the credibility of the postal worker.

[7] Mr. Whalen also submits the trial judge erred in failing to consider postal inspecting regulations. The record reveals the trial judge did consider the arguments

advanced on the *voir dire* and determined these were devoid of any merit. In our view, the judge was correct. It was not necessary, in the circumstances, to analyse the extent of the powers available under the *Canada Post Corporation Act*, R.S.C. 1985, c. C-10, and its regulations, because the trial judge found the postal employee credible when she stated that she did not open the mail but rather that the contents had inadvertently spilled out of the envelope.

[8] Having upheld the validity of the warrant, and hence the reasonableness of the search, the trial judge did not undertake a s. 24(2) *Charter* analysis. We are convinced that even if the judge had somehow found the ITO to have been defective, he would nevertheless have concluded the police officers were acting in good faith in effecting the search because they were acting pursuant to information they believed credible and pursuant to a warrant they had every reason to expect was valid. Upon balancing the factors set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and its companion cases, we are convinced that, in the circumstances of this case, the evidence would have been admitted even if, for some reason, the validity of the warrant had not been upheld.

[9] With respect to Mr. Whalen's claim regarding the incompetence of his trial counsel, there is no question that his constitutional right to a fair trial guarantees him the right to effective counsel. However, for him to be successful on appeal with such a claim, he must establish both that his lawyer's acts or omissions constituted incompetence, and that a miscarriage of justice resulted from that incompetence: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520. The Supreme Court instructs us that "[i]n those cases where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis" (para. 29). This is one of those cases. Mr. Whalen has not convinced us he suffered any prejudice as a result of anything his lawyer did or failed to do.

[10] Mr. Whalen's grounds of appeal raise a number of other issues that have not been well defined before us. In our view, they are all without merit. The only one that deserves particular mention is an argument he raised at the hearing of the appeal to

the effect he was denied the opportunity to re-open the *voir dire* once the taking of evidence had concluded. He claims the judge erred in applying the test set out in *R. v. Palmer*, [1980] 1 S.C.R. 759. On this point, we conclude that even if this were so, nothing convinces us that the evidence he wanted to adduce would have made any difference to the judge's final conclusions. As a result, we find this ground to also be without merit.

[11] As for the application for leave to appeal sentence, we simply do not see any arguable basis that would justify varying the sentence imposed. This was a very sophisticated and elaborate drug trafficking scheme and the sentence imposed is far from unfit. The application for leave to appeal sentence is therefore dismissed.

[12] In sum, the appeal against convictions is dismissed, as is the application for leave to appeal sentence.

LA COUR

[1] Anthony Whalen a été déclaré coupable relativement à quatre accusations prévues dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 :

- (1) production illégale de cannabis (marihuana) (par. 7(1));
- (2) possession de cette substance en vue d'en faire le trafic (par. 5(2));
- (3) exportation illégale de cette substance à partir du Canada (par. 6(1));
- (4) trafic (par. 5(1)).

[2] Le 27 avril 2011, un juge de la Cour provinciale a condamné M. Whalen à des peines d'emprisonnement totalisant quatre ans, moins les 405 jours qu'il avait passés en détention préventive. De plus, le juge a rendu certaines ordonnances accessoires en vertu du *Code criminel*. M. Whalen appelle des déclarations de culpabilité et demande l'autorisation d'appeler de la peine.

[3] La seule question véritablement contestée au procès était liée à l'admissibilité des résultats d'une perquisition exécutée dans le cadre d'un mandat. M. Whalen soutient que le juge du procès a commis une erreur en confirmant la validité du mandat. M. Whalen, qui se représente lui-même maintenant, soulève également des moyens d'appel liés à la compétence de l'avocat qui le représentait au procès, ainsi que d'autres moyens qui sont moins clairement définis.

[4] Les accusations portées contre M. Whalen découlent d'un stratagème complexe en vue de l'exportation et du trafic de cannabis par la poste. Le stratagème a été découvert lorsqu'une employée de Postes Canada a aperçu le contenu de deux enveloppes que M. Whalen avait déposées à la poste. L'employée en question, qui a

témoigné au voir-dire relatif à la validité du mandat de perquisition, affirme que le contenu était visible parce que les enveloppes n'avaient pas été bien cachetées. L'employée a signalé ce qu'elle avait vu et ces renseignements ont par la suite constitué le fondement à partir duquel le mandat de perquisition visant la résidence de M. Whalen a été décerné. L'exécution du mandat a permis à la police de découvrir beaucoup d'éléments de preuve incriminant M. Whalen.

[5] Le voir-dire relatif à la légalité du mandat de perquisition était principalement centré sur la sincérité de l'employée de Postes Canada et sur la question de savoir si elle pouvait en fait avoir ouvert les enveloppes que M. Whalen avait déposées à la poste. M. Whalen a soutenu que l'informatrice n'était pas crédible. Toutefois, le juge du procès a cru la témoin, puisqu'il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'accepte sans aucune hésitation le témoignage de Mary Home et j'estime qu'elle est tout à fait crédible à tous égards, à savoir en ce qui a trait à l'ouverture accidentelle des enveloppes. [p. 7 de la transcription du procès, 10 novembre 2010]

[6] Dans l'application de la norme de l'erreur manifeste et dominante, l'analyse du dossier révèle qu'il n'existe absolument aucun fondement pour modifier les conclusions du juge du procès en matière de crédibilité. De toute façon, la crédibilité de l'informatrice n'était pas le seul élément déterminant. La véritable question à trancher au voir-dire était celle de savoir si, compte tenu de l'ensemble des circonstances décrites dans la déclaration en vue d'obtenir le mandat de perquisition et des inférences qui pouvaient raisonnablement être tirées, le juge qui a décerné le mandat pouvait avoir été convaincu qu'il existait des motifs raisonnables de le décerner. En rendant sa décision concernant la validité du mandat de perquisition, le juge du procès a appliqué le droit exposé dans *R. c. Allain (S.)* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 201, [1998] A.N.-B. n^o 436 (C.A.) (QL), et résumé dans *Arsenault c. R.*, 2009 NBCA 29, 344 R.N.-B. (2^e) 113, et il a conclu que la déclaration contenait des éléments de preuve sur lesquels le juge avait pu s'appuyer pour décerner le mandat. Il ne s'agissait pas d'un cas d'informateur

confidentiel ou anonyme qui pouvait avoir amené la police à enquêter davantage. Au contraire, la police a obtenu des renseignements d'une témoin connue dans des circonstances où il n'y avait pas lieu de douter de leur véracité. Eu égard aux circonstances, il incombait à la police de faire une divulgation complète, franche et impartiale dans la déclaration en vue d'obtenir le mandat de perquisition, mais il n'était pas nécessaire pour les policiers d'enquêter davantage sur la crédibilité de l'employée des postes.

[7] M. Whalen soutient également que le juge du procès a fait erreur en ne tenant pas compte des règles en matière d'inspection postale. Le dossier révèle que le juge du procès a bien examiné les arguments avancés au voir-dire et qu'il a conclu qu'ils étaient dénués de fondement. À mon avis, le juge avait raison. Il n'était pas nécessaire, dans les circonstances, d'analyser l'étendue des pouvoirs prévus par la *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. 1985, ch. C-10, et ses règlements, parce que le juge du procès était d'avis que l'employée des postes disait la vérité lorsqu'elle a affirmé qu'elle n'avait pas ouvert les enveloppes mais qu'une partie de leur contenu s'en était échappée accidentellement.

[8] Après avoir confirmé la validité du mandat et, de ce fait, le caractère raisonnable de la perquisition, le juge du procès n'a pas eu à procéder à une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. Nous sommes convaincus que, même si, pour une raison ou pour une autre, le juge avait été d'avis que la déclaration en vue d'obtenir le mandat de perquisition était viciée, il aurait néanmoins conclu que les policiers avaient agi de bonne foi dans l'exécution de la perquisition parce que leur intervention se fondait sur des renseignements qu'ils croyaient crédibles et sur un mandat dont ils avaient toutes les raisons de croire qu'il était valide. Après avoir soupesé les facteurs exposés dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et dans les décisions complémentaires, nous sommes convaincus que, eu égard aux circonstances de l'espèce, la preuve aurait été admise même si, pour une raison quelconque, la validité du mandat n'avait pas été confirmée.

[9] En ce qui a trait à l'allégation de M. Whalen concernant l'incompétence de l'avocat qui le représentait au procès, il ne fait aucun doute que son droit constitutionnel à un procès impartial lui garantit le droit à un avocat compétent. Toutefois, pour obtenir gain de cause en appel à l'égard de cette allégation, il doit établir que les actes ou les omissions de son avocat relevaient de l'incompétence et qu'une erreur judiciaire en a résulté : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520. La Cour suprême nous enseigne que « [d]ans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat » (par. 29). Il s'agit de l'un de ces cas en l'espèce. M. Whalen ne nous a pas convaincus qu'il avait subi un préjudice par suite d'un acte ou d'une omission de la part de son avocat.

[10] M. Whalen soulève dans ses moyens d'appel de nombreuses autres questions qui n'ont pas été bien définies devant la Cour. À notre avis, elles sont toutes sans fondement. La seule question qui mérite une attention particulière est un argument soulevé à l'audition de l'appel selon lequel il s'était vu refuser la possibilité de rouvrir le voir-dire une fois l'instruction terminée. Il allègue que le juge a fait erreur en appliquant le critère énoncé dans *Palmer c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 759. Sur ce point, nous concluons que, même si cela avait été le cas, rien ne nous convainc que la preuve qu'il voulait présenter aurait eu une incidence sur les conclusions finales du juge. Par voie de conséquence, nous concluons que ce moyen d'appel est également sans fondement.

[11] En ce qui a trait à la demande en autorisation d'appel de la peine, nous ne voyons tout simplement pas de motif valable qui justifierait une modification de la peine infligée. Le stratagème employé pour faire le trafic de la drogue était complexe et bien préparé et la peine infligée est loin d'être inappropriée. La demande en autorisation d'appel de la peine est par conséquent rejetée.

[12] En résumé, l'appel des déclarations de culpabilité est rejeté, tout comme la demande en autorisation d'appel de la peine.