COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

101-19-CA

LIAM McLATCHY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

McLatchy v. R, 2020 NBCA 29

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

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 2, 2019 (conviction)
July 18, 2019 (sentence)

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and judgment rendered:
May 13, 2020

Reasons delivered:
June 25, 2020

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
Kathryn Gregory, Q.C.

LIAM McLATCHY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

McLatchy c. R., 2020 NBCA 29

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

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 2 mai 2019 (déclaration de culpabilité)
le 18 juillet 2019 (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 13 mai 2020

Motifs déposés :
le 25 juin 2020

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Margaret Gallagher, c.r.

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory, c.r.

THE COURT

These are the reasons for our decision on May 13, 2020, allowing the appeal, setting aside the verdict and acquitting Mr. McLatchy of all charges.

LA COUR

Voici les motifs de la décision du 13 mai 2020 par laquelle nous avons accueilli l'appel, annulé le verdict et acquitté M. McLatchy à l'égard de tous les chefs d'accusation.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] On May 13, 2020, at the close of the hearing of an appeal by Liam McLatchy against conviction on three counts under the *Criminal Code*, we allowed the appeal, set aside the verdict and acquitted him of all charges. These are the reasons for that decision.

[2] A brief review of the facts reveals that, on December 18, 2018, Mr. McLatchy accompanied a friend to an apartment for the purpose of the friend retrieving speakers he claimed were his. Upon arrival, the apartment door was open, so they entered. Once inside, the friend and the occupant argued regarding ownership of the speakers. An altercation ensued during which the friend struck the occupant with a pipe, causing him injuries. Mr. McLatchy did not participate in the altercation. Both he and his friend then left without the speakers, but the friend soon returned alone to retrieve a bag he had left behind. During that visit, the occupant's cell phone was taken.

[3] Mr. McLatchy and his friend were charged with a number of *criminal* offences alleged to flow from that incident. Following a trial in the Provincial Court, they were convicted of robbery (*Criminal Code*, s. 344(1)(b)), break, enter and theft (s. 348(1)(d)) and aggravated assault (s. 268(2)).

[4] Mr. McLatchy appeals the convictions on grounds that raise questions of law. He submits the trial judge erred in convicting him when certain elements of the offences had not been proven. He also claims the conviction for aggravated assault offends the principle against multiple convictions established in *Kienapple v. R.*, [1975] 1 S.C.R. 729, [1974] S.C.J. No. 76 (QL). The Crown concedes all three convictions should be set aside but does not concede the ground invoking the *Kienapple* principle. In light of the Crown's concession and because of our disposition of the appeal, it will not be necessary for us to address that issue.

[5] In our view, the Crown's concession is well founded. The Crown acknowledges the trial judge did not consider whether Mr. McLatchy and his friend had a colour of right to take the speakers. The judge neither considered whether there was an air of reality to that defence, nor whether the Crown had proven beyond a reasonable doubt that their stated belief in the ownership of speakers was not an honest one. Yet, that was the critical issue to be determined at trial.

[6] As a matter of law, a trial judge without a jury has an obligation to consider all defences that have an air of reality. Whether or not one does is determined by the judge asking whether the evidence put forward is such that, if believed, it could lead to an acquittal: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, [1993] S.C.J. No. 135 (QL), at p. 682. "In applying the air of reality test, a trial judge considers the totality of the evidence, and assumes the evidence relied upon by the accused to be true": *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 53.

[7] In the present case, there was clearly an air of reality to the defence. Mr. McLatchy's friend testified the speakers were his, and his purpose in going to the apartment was to retrieve them. Mr. McLatchy testified he believed his friend owned the speakers and he was going with him to retrieve them. This evidence puts in play the defence of colour of right, and Mr. McLatchy's belief would establish the defence unless the Crown proved beyond a reasonable doubt the belief was not honestly held. The trial judge did not determine this issue.

[8] As it was common ground the appeal should be allowed and the verdict be set aside, the arguments on appeal focused on the order that should follow. Mr. McLatchy submitted he should be acquitted while the Crown urged us to order a new trial. Crown counsel argued a new trial is necessary because the trial judge did not make findings that would enable us to determine whether the defence of colour of right could succeed. We do not agree. The judge made sufficient factual findings to enable us to determine that, if

she had properly put her mind to the elements of the offences, she necessarily would have had to acquit Mr. McLatchy.

[9] While the trial judge generally accepted the testimony of the occupant, she did not reject all the defence evidence. The judge accepted that Mr. McLatchy accompanied his friend to retrieve the speakers his friend claimed were his; she accepted that their "plan" did not contemplate violence; and, importantly, the judge found ownership of the speakers was "unclear," acknowledging they may well have been owned by Mr. McLatchy's friend.

[10] In our view, these findings lead to the inescapable conclusion that, had the judge analyzed the case as she should have, she would have had to acquit. Having failed to establish Mr. McLatchy's friend did not have a claim to ownership of the speakers, the Crown cannot successfully maintain having proven beyond a reasonable doubt Mr. McLatchy's belief was not honestly held. As to the charge of aggravated assault, upon the judge accepting that the "plan" to retrieve the speakers did not contemplate violence, there was simply no evidence that could justify convicting Mr. McLatchy of that offence. The trial judge accepted the testimony of the occupant that Mr. McLatchy's friend became the aggressor only after being told he could not take the speakers. On those facts, the conviction against the friend may have merit, but, on the evidence, Mr. McLatchy played no role whatsoever in the altercation.

[11] In sum, we agree with Crown counsel's statement that the trial judge "appears to have focused exclusively on the issue of credibility to determine whether the offences were made out." The judge failed to examine her findings of fact through an appropriate analytical lens in order to determine whether the Crown had proven all the elements of each offence. In our view, had she done so, she could not reasonably have convicted Mr. McLatchy.

[12] For these reasons, we allowed the appeal, set aside the convictions and acquitted Mr. McLatchy of all charges. It follows that all ancillary orders relating to this matter are vacated.

Version française du jugement rendu par

LA COUR

[1] Le 13 mai 2020, au terme de l'audition de l'appel de Liam McLatchy, qui contestait des déclarations de culpabilité prononcées sous le régime du *Code criminel* à l'égard de trois chefs d'accusation, nous avons accueilli l'appel, annulé le verdict et acquitté M. McLatchy à l'égard de tous les chefs d'accusation. Nous donnons aujourd'hui les motifs de cette décision.

[2] Il ressort d'un examen sommaire des faits que, le 18 décembre 2018, Liam McLatchy a accompagné un ami jusqu'à un appartement où ce dernier devait récupérer des haut-parleurs qui, disait-il, lui appartenaient. À leur arrivée, la porte de l'appartement était ouverte et ils sont entrés. À l'intérieur, l'ami de M. McLatchy et l'occupant, chacun s'estimant propriétaire des haut-parleurs, se sont disputés et en sont venus aux coups. Son ami a frappé l'occupant à l'aide d'un tuyau et l'a blessé. M. McLatchy n'a pris aucune part à l'affrontement. Lui et son ami ont ensuite quitté les lieux sans les haut-parleurs, mais son ami est bientôt retourné seul prendre un sac laissé là-bas. Au cours de ce passage à l'appartement, le téléphone cellulaire de l'occupant a été emporté.

[3] M. McLatchy et son ami ont été accusés d'un certain nombre d'infractions *criminelles* censées découler de ces événements. Après un procès en Cour provinciale, ils ont été déclarés coupables de vol qualifié (*Code criminel*, al. 344(1)b)), d'introduction par effraction et de vol (al. 348(1)d)) et de voies de fait graves (par. 268(2)).

[4] Les moyens de l'appel que M. McLatchy interjette de ses déclarations de culpabilité soulèvent des questions de droit. Il soutient que la juge du procès a commis une erreur en le déclarant coupable alors que certains éléments des infractions n'étaient pas prouvés. Il affirme aussi que sa déclaration de culpabilité pour voies de fait graves contrevient au principe s'opposant aux condamnations multiples, principe énoncé dans *Kienapple c. R.*, [1975] 1 R.C.S. 729, [1974] A.C.S. n° 76 (QL). Le ministère public concède que les trois déclarations de culpabilité doivent être annulées, mais il conteste

que le principe de l'arrêt *Kienapple* ait été violé. Vu la concession du ministère public et la décision que nous avons rendue à l'issue de l'appel, nous n'avons pas à aborder cette question.

[5] Nous sommes d'avis que la concession accordée par le ministère public est bien fondée. Le ministère public reconnaît que la juge du procès ne s'est pas demandé si M. McLatchy et son ami s'étaient appuyés sur une apparence de droit pour prendre les haut-parleurs. La juge ne s'est demandé ni si ce moyen de défense était vraisemblable ni si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l'insincérité de la croyance affirmée des accusés qui attribuait à l'un d'eux la propriété des haut-parleurs. Il s'agissait pourtant de ce qu'il fallait essentiellement déterminer au procès.

[6] En droit, le juge du procès qui siège sans jury a l'obligation de prendre en considération tous les moyens de défense qui ont une vraisemblance. La vraisemblance d'un moyen est déterminée par la réponse donnée à cette question : la preuve produite est-elle susceptible, si elle est acceptée, de mener à un acquittement? (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, [1993] A.C.S. n° 135 (QL), p. 682). « Lorsqu'il applique le critère de la vraisemblance, le juge du procès examine l'ensemble de la preuve et tient pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé » (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 53).

[7] En l'espèce, ce moyen de défense était certainement vraisemblable. L'ami de M. McLatchy avait témoigné que les haut-parleurs lui appartenaient et qu'il se rendait à l'appartement dans le but de les récupérer. M. McLatchy avait témoigné qu'il croyait son ami propriétaire des haut-parleurs et qu'il s'était rendu à l'appartement avec lui pour les récupérer. La preuve présentée fait entrer en jeu la défense d'apparence de droit; la croyance qu'avait M. McLatchy établissait le bien-fondé du moyen de défense, sauf si le ministère public était en mesure de prouver hors de tout doute raisonnable que cette croyance n'était pas sincère. La juge du procès n'a pas statué sur ce point.

[8] Puisque tous convenaient que l'appel devait être accueilli et que le verdict devait être annulé, les arguments présentés en appel ont porté avant tout sur l'ordonnance

à prononcer. M. McLatchy soutenait que l'acquittement s'imposait, alors que le ministère public nous pressait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. L'avocate du ministère public estimait qu'il fallait un nouveau procès parce que la juge du procès n'avait pas formulé de conclusions qui nous auraient permis de déterminer si la défense d'apparence de droit pouvait être retenue. Nous ne sommes pas de cet avis. La juge a formulé des conclusions de fait suffisantes pour que nous soyons en mesure de conclure que, si elle avait considéré judicieusement les éléments des infractions, elle aurait nécessairement dû acquitter M. McLatchy.

[9] Quoique, de façon générale, la juge du procès ait accueilli le témoignage de l'occupant, elle n'a pas rejeté toute la preuve de la défense. Elle a tenu pour vrai que M. McLatchy avait accompagné son ami pour récupérer les haut-parleurs que ce dernier disait lui appartenir et que leur [TRADUCTION] « plan » n'envisageait aucun recours à la violence; surtout, elle a conclu qu'une [TRADUCTION] « incertitude » subsistait pour ce qui est de savoir quel était le propriétaire des haut-parleurs et reconnu qu'ils pouvaient bien appartenir à l'ami de M. McLatchy.

[10] À notre avis, ces constatations mènent à une conclusion inévitable : si la juge du procès avait analysé la cause comme elle le devait, il lui aurait fallu prononcer l'acquittement. Puisque le ministère public n'a pas établi que l'ami de M. McLatchy ne pouvait prétendre à la propriété des haut-parleurs, il ne peut affirmer légitimement qu'il a prouvé hors de tout doute raisonnable l'insincérité de la croyance de M. McLatchy. Pour ce qui concerne l'accusation de voies de fait graves, dès l'instant que la juge tenait pour vrai que le [TRADUCTION] « plan » de récupération des haut-parleurs ne prévoyait pas de recours à la violence, la preuve n'apportait tout simplement rien qui pouvait justifier de déclarer M. McLatchy coupable de cet acte criminel. La juge du procès a ajouté foi au témoignage de l'occupant selon lequel l'ami de M. McLatchy n'était devenu l'agresseur qu'après s'être fait dire qu'il ne pouvait pas prendre les haut-parleurs. Il se peut, vu ces faits, que la déclaration de culpabilité de l'ami soit fondée, mais la preuve montre que M. McLatchy n'a pris absolument aucune part à l'affrontement.

[11] En somme, nous estimons, comme l'avocate du ministère public, que la juge du procès [TRADUCTION] « paraît s'être arrêtée exclusivement à la question de la crédibilité pour déterminer si la perpétration des infractions était établie ». La juge n'a pas examiné ses conclusions de fait sous l'angle approprié pour déterminer si le ministère public avait prouvé l'ensemble des éléments de chacune des infractions. À notre sens, si elle l'avait fait, elle n'aurait pu, raisonnablement, déclarer M. McLatchy coupable.

[12] Pour ces motifs, notre Cour a accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et acquitté M. McLatchy à l'égard de tous les chefs d'accusation. Il s'ensuit que toutes les ordonnances accessoires liées à la présente affaire sont annulées.