

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

70-17-CA

MEHENNA-KABENE

MEHENNA-KABENE

APPELLANT

APPELANT

- and -

-et-

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Motion heard by:
The Honourable Justice Baird

Motion entendue par :
l'honorable juge Baird

Date of hearing:
July 5, 2017

Date de l'audience :
le 5 juillet 2017

Date of decision:
August 1, 2017

Date de la décision :
le 1^{er} août 2017

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

Mehenna-Kabene on his own behalf

Mehenna-Kabene, en son propre nom

For the respondent:
Kathryn Gregory

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

DECISION

I. Introduction and Background

[1] Mr. Kabene seeks an extension of time to allow him to appeal his conviction for offences pursuant to s. 264.1(2)(b), 264(3)(b) and s. 145(5.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Code*).

[2] On September 1, 2015, Mr. Kabene pleaded guilty to all three offences and he was sentenced to imprisonment for 48 days by a Provincial Court judge, which was effectively his time served while on remand, along with a period of probation, and a fine.

[3] Following his sentencing hearing, Mr. Kabene filed a Notice of Appeal. On July 22, 2016, a Justice of the Court of Queen's Bench upheld his conviction. At his summary conviction appeal hearing, Mr. Kabene asserted he had entered his guilty pleas under duress, as he had learned his mother, who resided in France, was ill, and he "just wanted" to get the matters dealt with quickly so he could visit her.

[4] Mr. Kabene was represented by legal counsel during the proceedings before the Provincial Court. The Justice who denied his appeal, carefully followed the criteria set out in s. 606(1.1) of the *Code*, as evidenced by para. 9 of the decision. The Justice found there was nothing in the transcript of the proceedings before the Provincial Court judge to indicate Mr. Kabene was under duress when he entered his guilty pleas, and she refused to apply the principles set out by the Court in *Winmill v. R.*, 2006 NBCA 77, 300 N.B.R. (2d) 125, for the withdrawal of a guilty plea.

[5] On June 19, 2017, Mr. Kabene filed a Notice of Appeal with this Court, in which he raised the issue of duress and stress as justification for his request to have a new trial and to permit him the opportunity to introduce what he stated was "new information" which might shed a different light on the outcome. Before me, the Crown advised they

had initially opposed Mr. Kabene's request for an extension of time; however, they now consent to his request.

[6] During the hearing before this Court, Mr. Kabene was given the opportunity to discuss with Crown counsel, the "new information" he submits would be of importance. Following that discussion, Crown counsel advised there was insufficient information to enable them to assess its relevance.

[7] The proposed Notice of Appeal filed by Mr. Kabene was not accompanied by a Notice of Motion or an affidavit. Mr. Kabene appeared before me as a self-represented litigant. He advised he works in the forestry industry. He admitted during the hearing that he did not visit his mother in France, following his appearance before the Provincial Court, as was implied. He also advised he had not consulted with legal counsel following the decision of the Court of Queen's Bench, and that he was unaware he could appeal the decision until recently.

[8] On the issue of "new information" or fresh evidence, there was no evidence before me to permit an analysis as set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, would be met. This was Mr. Kabene's evidentiary burden. See *Doiron v. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 N.B.R. (2d) 183; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2000] N.B.J. No. 540 (C.A.) (QL); *Gautreau et al. v. Saulnier et al.*, 2014 NBCA 22, [2014] N.B.J. No. 87 (QL).

II. Analysis

[9] The Supreme Court in *R. v. Roberge*, 2005 SCC 48, [2005] 2 S.C.R. 469, discussed the criteria to be considered when a court is asked to extend the period of time for the filing of a Notice of Appeal. In this case the delay has been in excess of eleven months. The Supreme Court concludes the following:

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, including:

1. Whether the applicant formed a *bona fide* intention to seek leave to appeal and communicated that intention to the opposing party within the prescribed time;
2. Whether counsel moved diligently;
3. Whether a proper explanation for the delay has been offered;
4. The extent of the delay;
5. Whether granting or denying the extension of time will unduly prejudice one or the other of the parties; and
6. The merits of the application for leave to appeal.

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. 6]

[10] In *R. v. McMorran*, [2007] N.B.J. No. 56 (C.A.) (QL), Richard J.A. found that Mr. McMorran had not filed an affidavit in support of his request for an extension of time. Mr. McMorran maintained he was unaware of the appeal process, or that he could seek leave to appeal the decision of the Summary Conviction Appeal Court. Richard J.A. states the following:

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

See also *R. v. Wood*, [2006] N.B.J. No. 211 (C.A.) (QL), per Larlee J.A.; *R. v. Stapledon (J.K.)* (2000), 225 N.B.R. (2d) 260, [2000] N.B.J. No. 74 (C.A.) (QL), per Drapeau J.A. (as he then was); *R. v. Collier (G.E.)* (2006), 299 N.B.R. (2d) 275, [2006] N.B.J. No.134

(C.A.) (QL), per Richard J.A.; and *R. v. Roach (A.R)* (2013), 414 N.B.R. (2d) 121, [2013] N.B.J. No. 420 (C.A.) (QL), per Richard J.A.

[11] Applying the above to the matter at hand, I draw the following conclusions:

- i) Mr. Kabene was aware in July 2016, his appeal before the Summary Conviction Appeal Court was dismissed, yet he did nothing until June, 2017. I am not satisfied a proper explanation has been offered for the delay;
- ii) Mr. Kabene's explanation for the delay is not sufficient;
- iii) There is nothing in the submission before this Court to establish Mr. Kabene had a *bona fide* intention to appeal in 2016;
- iv) Mr. Kabene is employed. He has lived in Canada for 17 years; he appears to be articulate and educated;
- v) There has been a delay of 11 months, as noted;
- vi) The merits of Mr. Kabene's request for an extension were framed as observed; however, there was no cogent evidence proffered by him concerning the allegation of duress, he did not articulate a reasonably arguable ground for his appeal, nor has he satisfied me his appeal is not frivolous;
- vii) The fact the Crown does not object to the extension of time is not determinative. This matter was dealt with before a Provincial Court judge in 2016. The Crown has not advised whether an extension of time would cause them prejudice; however, I fail to understand why the other issues raised in this decision were not given closer consideration.

[12] Section 839(1) of the *Code* provides that an appeal to the Court of Appeal from a decision of a Summary Conviction Appeal Court may only be taken, with leave, on any ground which involves a question of law alone. I am not satisfied this application for leave to appeal raises a question of law to be considered by the Court of Appeal. Mr. Kabene has not convinced me on any ground that his request should be granted.

[13] It is my opinion it would not be in the interests of justice to grant the extension of time in the circumstances of this case. The request for an extension of time to file and to serve a Notice of Appeal is denied.

DÉCISION

[Version française]

I. Introduction et contexte

- [1] M. Kabene demande une prorogation du délai qui lui est imparti pour interjeter appel de sa déclaration de culpabilité relativement aux infractions visées aux alinéas 264.1(2)b) et 264(3)b) et à l'infraction prévue au paragraphe 145(5.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le *Code*).
- [2] Le 1^{er} septembre 2015, M. Kabene a plaidé coupable relativement aux trois infractions et il a été condamné par un juge de la Cour provinciale à une peine d'emprisonnement de 48 jours, qui correspond en fait à la peine qu'il a purgée pendant sa détention préventive, ainsi qu'à une période de probation et à une amende.
- [3] À l'issue de l'audience de détermination de sa peine, M. Kabene a déposé un avis d'appel. Le 22 juillet 2016, un juge de la Cour du Banc de la Reine a confirmé sa déclaration de culpabilité. À l'audience de l'appel en matière de poursuites sommaires, M. Kabene a déclaré qu'il avait inscrit ses plaidoyers de culpabilité sous l'effet de la contrainte puisqu'il venait d'apprendre que sa mère, qui habitait en France, était malade, et qu'il [TRADUCTION] «souhaitait tout simplement» que l'affaire soit réglée rapidement pour qu'il puisse aller la visiter.
- [4] M. Kabene était représenté par un avocat lors de sa comparution devant la Cour provinciale. La juge qui a rejeté son appel a soigneusement appliqué les critères énoncés au par. 606(1.1) du *Code*, comme l'atteste le par. 9 de la décision. La juge a conclu qu'il n'y avait rien dans la transcription de l'instance qui s'était déroulée devant le juge de la Cour provinciale qui indiquait que M. Kabene était sous l'effet de la contrainte lorsqu'il a inscrit ses plaidoyers de culpabilité, et elle a refusé d'appliquer les principes

relatifs au retrait d'un plaidoyer de culpabilité que la Cour a énoncés dans l'affaire *Winmill c. R.*, 2006 NBCA 77, 300 R.N.-B. (2^e) 125.

[5] Le 19 juin 2017, M. Kabene a déposé un avis d'appel auprès de notre Cour dans lequel il soulève la question de la contrainte et du stress comme justification de sa demande en vue d'obtenir un nouveau procès et l'autorisation de présenter ce qui est selon lui de [TRADUCTION] « nouveaux renseignements » susceptibles de jeter un éclairage différent sur l'issue du procès. L'avocate du ministère public a déclaré devant moi que ce dernier s'était initialement opposé à la demande de prorogation de délai de M. Kabene, mais qu'il y consent désormais.

[6] Durant l'audience devant notre Cour, M. Kabene a eu l'occasion de discuter avec l'avocate du ministère public des « nouveaux renseignements » qu'il soutient être importants. À la suite de cette discussion, l'avocate du ministère public a déclaré qu'il n'y avait pas suffisamment de renseignements pour lui permettre d'en évaluer la pertinence.

[7] L'avis d'appel projeté que M. Kabene a déposé n'était pas accompagné d'un avis de motion ou d'un affidavit. M. Kabene se représentait lui-même lorsqu'il a comparu devant moi. Il a déclaré qu'il travaillait dans l'industrie forestière. Durant l'audience, il a reconnu qu'il n'était pas allé visiter sa mère en France comme il avait laissé entendre qu'il le ferait lorsqu'il a comparu devant la Cour provinciale. Il a aussi affirmé qu'il n'avait pas consulté d'avocat après que la décision de la Cour du Banc de la Reine a été rendue, et qu'il n'était pas au courant du fait qu'il pouvait interjeter appel de cette décision jusqu'à tout récemment.

[8] Pour ce qui est de la question des « nouveaux renseignements » ou des nouveaux éléments de preuve, on ne m'a rien présenté qui permet d'établir que les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer c. la Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, seraient remplis. C'est à M. Kabene qu'incombe le fardeau de cette preuve. Voir *Doiron c. Wilcox*, 2012 NBCA 70, 393 R.N.-B. (2^e) 183; *Law Society of New Brunswick c. Ryan*, [2000] A.N.-B.

n° 540 (C.A.) (QL); *Gautreau et autre c. Saulnier et autre*, 2014 NBCA 22, [2014] A.N.-B. n° 87 (QL).

II. Analyse

[9] Dans l'arrêt *R. c. Roberge*, 2005 CSC 48, [2005] 2 R.C.S. 469, la Cour suprême s'est penchée sur le critère à examiner lorsqu'un tribunal est appelé à proroger le délai imparti pour déposer un avis d'appel. En l'espèce, plus de onze mois se sont écoulés avant le dépôt de l'avis. La Cour suprême 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, dont :

1. la question de savoir si le demandeur avait véritablement l'intention de demander l'autorisation d'appel et s'il a fait part de cette intention à la partie adverse dans le délai prescrit;
2. la question de savoir si l'avocat a présenté la demande de manière diligente;
3. la question de savoir si le retard a fait l'objet d'une explication satisfaisante;
4. la longueur du retard;
5. la question de savoir si la décision d'accorder ou de refuser la prorogation de délai causera un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties;
6. le bien-fondé de la demande d'autorisation d'appel.

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. 6]

[10] Dans *R. c. McMorran*, [2007] A.N.-B. n° 56 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard a conclu que M. McMorran n'avait pas déposé d'affidavit à l'appui de sa demande de prorogation de délai. M. McMorran soutenait qu'il ignorait la procédure d'appel ou le fait qu'il pouvait demander l'autorisation d'interjeter appel de la décision du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires. Le juge Richard, de la Cour d'appel, a déclaré ce qui suit :

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 causerait 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 aussi *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]

Voir aussi *R. c. Wood*, [2006] A.N.-B. n° 211 (C.A.) (QL), la juge d'appel Larlee; *R. c. Stapledon (J.K.)* (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 260, [2000] A.N.-B. n° 74 (C.A.) (QL), le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre); *R. c. Collier (G.E.)* (2006), 299 R.N.-B. (2^e) 275, [2006] A.N.-B. n° 134 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard; et *R. c. Roach (A.R.)* (2013), 414 R.N.-B. (2^e) 121, [2013] A.N.-B. n° 420 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard.

[11] En appliquant ce qui précède à l'affaire qui nous occupe, je tire les conclusions suivantes :

- i. en juillet 2016, M. Kabene était conscient que l'appel qu'il avait interjeté au tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires avait été rejeté, mais il n'a rien fait jusqu'en juin 2017. Je ne suis pas convaincue qu'une explication suffisante ait été donnée à ce retard;
- ii. l'explication avancée par M. Kabene pour justifier ce retard ne suffit pas;

- iii. il n'y a rien dans les observations présentées à la Cour qui établit que M. Kabene avait véritablement l'intention d'interjeter appel en 2016;
- iv. M. Kabene occupe un emploi. Il vit au Canada depuis 17 ans et il semble éloquent et éduqué;
- v. onze mois se sont écoulés, comme on l'a noté précédemment;
- vi. les fondements sur lesquels M. Kabene appuie sa demande de prorogation ont été formulés comme nous l'avons vu précédemment. Toutefois, il n'a présenté aucun élément de preuve convaincant en ce qui concerne l'allégation de contrainte, il n'a pas énoncé de moyen d'appel raisonnablement soutenable et il ne m'a pas convaincue que son appel n'est pas frivole;
- vii. le fait que le ministère public ne s'oppose pas à la prorogation du délai n'est pas déterminant. Cette affaire a été entendue par un juge de la Cour provinciale en 2016. Le ministère public ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si une prorogation du délai aurait pour effet de lui causer un préjudice. Cela dit, je ne comprends pas pourquoi les autres questions soulevées dans cette décision n'ont pas été examinées de plus près.

[12] Le paragraphe 839(1) du *Code* prévoit qu'un appel à la Cour d'appel d'une décision d'un tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires ne peut se faire sans l'autorisation de la Cour d'appel, et doit être fondé sur un moyen qui comporte une question de droit seulement. Je ne suis pas convaincue que la présente requête en autorisation d'appel soulève une question de droit devant être examinée par la Cour d'appel. M. Kabene ne m'a pas convaincue que sa requête devrait être accueillie pour l'un des moyens soulevés.

[13] Je suis d'avis qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'accorder la prorogation du délai dans les circonstances de l'espèce. La demande de prorogation du délai imparti pour déposer et signifier un avis d'appel est rejetée.