

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

161-06-CA

ANIQUE GINETTE MARIE COMEAU

ANIQUE GINETTE MARIE COMEAU

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Comeau v. R., 2008 NBCA 60

Comeau c. R., 2008 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the
Court of Queen's Bench:
October 12 and November 24, 2006

Appel d'une décision de la
Cour du Banc de la Reine :
Les 12 octobre et 4 novembre 2006

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:

October 12, 2006 – Unreported; and
2007 NBQB 36

Décision frappée d'appel :

Le 12 octobre 2006 – inédite; et
2007 NBBR 36

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal of New Brunswick
[2007] N.B.J. No. 369
[2007] N.B.J. No. 89

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick
[2007] A.N.-B. n° 369
[2007] A.N.-B. n° 89

Provincial Court of New Brunswick
[2005] N.B.J. No. 179

Cour provinciale du Nouveau-Brunswick
[2005] A.N.-B. n° 179

Appeal heard:
January 16, 2008

Appel entendu :
Le 16 janvier 2008

Judgment rendered:
August 7, 2008

Jugement rendu :
Le 7 août 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Tracy N. Bock

Pour l'appelante :
Tracy N. Bock

For the respondent:
Anthony Allman, Q.C.

Pour l'intimée :
Anthony Allman, c.r.

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed, but, pursuant to s. 686(3)(b), a conviction of assault under s. 266(a) is substituted. The appellant is sentenced to imprisonment for a term of 16.5 weeks, but the execution of this sentence is stayed.

LA COUR

L'appel formé contre la déclaration de culpabilité est rejeté mais, conformément à l'al. 686(3)*b*), l'appelante est déclarée coupable de voies de fait, infraction visée à l'al. 266*a*). Elle est condamnée à une peine d'emprisonnement de 16,5 semaines, toutefois, l'exécution de cette sentence est suspendue.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] On October 12, 2006, at the close of trial, a judge of the Court of Queen's Bench convicted Anique Ginette Marie Comeau of assault causing bodily harm upon Marc André LeBlanc. She was convicted because the trial judge found she had counselled Edmond Bastarache to commit the assault. The substantive offence, which occurred on August 9, 1996, is punishable under s. 267(b) of the *Criminal Code*, while the method of counselling, by which the offence was committed, is set out in s. 22. On November 24, 2006, the judge sentenced Ms. Comeau to a term of imprisonment of 14 months. The sentencing decision is reported at (2006), 316 N.B.R. (2d) 296, [2006] N.B.J. No. 581 (QL), 2007 NBQB 36.

[2] Ms. Comeau appeals her conviction and seeks leave to appeal the sentence. She submits that the verdict was unreasonable. I agree, but only to a limited extent. The prosecution did not prove that the assault Ms. Comeau counselled caused the victim any bodily harm. As a result, Ms. Comeau should have been convicted of the lesser and included offence of assault. For the reasons that follow, I would dismiss her appeal against conviction, but would, pursuant to s. 686(3)(b), substitute a conviction of assault under s. 266(a) and impose a sentence of imprisonment for a term of 16.5 weeks. Because the sentence I would impose is equivalent to the time Ms. Comeau served in custody between the date she was sentenced and the date she was released on an undertaking pending the determination of her appeal, I would stay the execution of the sentence.

II. The Facts

[3] The facts of this case are difficult to ascertain. First, it was necessary for the trial judge to piece together events that occurred in 1995 as related by witnesses who testified in 2005. In addition to the “faded memory” problem, several of the witnesses were recollecting events they had observed while under the influence of alcohol. Nonetheless, the trial judge made findings of facts that, for the most part, remain unchallenged.

[4] On August 9, 1996, Anique Ginette Marie Comeau set off a chain of events that, five days later, culminated in the tragic and unfortunate death of Marc André LeBlanc. In the early hours of August 9, Ms. Comeau and Mr. LeBlanc were amongst the patrons of the Rockin’ Rodeo bar located on Elmwood Drive in Moncton. For some reason, Ms. Comeau pointed out Mr. LeBlanc and informed other patrons that he had raped her sister. Ms. Comeau declared that she wanted Mr. LeBlanc “beat up” and that she wished he were “dead”. Ms. Comeau’s utterances were heard by one Edmond Bastarache, who was acquainted with Mr. LeBlanc. Fearing that some harm might come Mr. LeBlanc’s way, Mr. Bastarache approached him and urged him to leave. Mr. Bastarache then informed Ms. Comeau, with whom he was not acquainted, that Mr. LeBlanc was leaving. However, Ms. Comeau noticed that Mr. LeBlanc was in fact remaining on the premises and implored Mr. Bastarache to “punch him out”. Edmond Bastarache again urged Mr. LeBlanc to go home but the latter refused and the two men exchanged words. At that point, Mr. Bastarache assaulted Mr. LeBlanc by pushing him and striking him. Mr. LeBlanc retreated and ran away. Edmond Bastarache pursued him across the parking lot but gave up chase when Mr. LeBlanc crossed the street.

[5] Upon crossing the street, Mr. LeBlanc encountered a second assailant. As he was fleeing, Mr. LeBlanc “bumped into” Stephen Bastarache, who responded by shoving Mr. LeBlanc. In a resulting scuffle, Mr. LeBlanc fell backwards and struck his head on the ground with sufficient impact to cause a fracture of his skull that would, five

days later, lead to his death. The extent of this assault upon Mr. LeBlanc, including whether or not others participated in the incident, is unclear.

[6] In the aftermath of that incident, Ms. Comeau was heard to say words to the effect that Mr. LeBlanc “deserved what he got” or that “he deserved to die.”

[7] Not long after Mr. LeBlanc’s death, Edmond Bastarache was charged with manslaughter. On January 21, 1998, he pleaded guilty to the included offence of assault causing bodily harm and, on April 23 of that year, he was sentenced to a term of imprisonment of six months, to be followed by probation for twelve months: *R. v. Bastarache* (1998), 199 N.B.R. (2d) 292 (Prov. Ct.), [1998] N.B.J. No. 149 (QL).

[8] In early 2005, Stephen Bastarache and Ms. Comeau were both charged with manslaughter in the death of Marc André LeBlanc. Mr. Bastarache died while on remand. On April 13, 2005, following a preliminary inquiry, a judge of the Provincial Court ordered Ms. Comeau to stand trial on charges of manslaughter and assault causing bodily harm: *R. v. Comeau*, [2005] N.B.J. No. 179 (Prov. Ct) (QL). The subsequent trial on the two-count indictment culminated in an acquittal on the manslaughter charge. However, the trial judge concluded that Ms. Comeau had counselled Edmond Bastarache to commit an assault and he convicted her of assault causing bodily harm.

[9] In acquitting Ms. Comeau of manslaughter, the trial judge held that there were two separate altercations involving Mr. LeBlanc:

I am not able to conclude from the evidence before me that it was one continuing altercation. The evidence, as I assess it, does not prove beyond a reasonable doubt one continuing altercation arising from the same cause but two separate incidents. The two incidents occurred at close proximity to each other both in place and in time. The first involving [Edmond] Bastarache and Mr. LeBlanc resulted from the derogatory remarks, accusations and urgings of Ms. Anique Comeau. I am not convinced that the second incident involving Stephen Bastarache and possible others likely two, possibly two, resulted from or was ignited by

the comments or the actions of Ms. Comeau. While without question it would not have taken place but for the first altercation, I am not convinced beyond a reasonable doubt that the actions or comments of Ms. Comeau were the [proximate] cause of Mr. Stephen Bastarache's actions nor the actions of any others involved, if there were others involved in the second incident.

In the videotaped statement to the police Stephen Bastarache said that he reacted and struck Mr. LeBlanc after he was run into by someone, somewhere in the vicinity of Stone Avenue. This was a considerable distance away from where the first incident occurred and at the time the evidence is clear Mr. LeBlanc was running away from Mr. [Edmond] Bastarache and ahead of him. It appears to have occurred about ninety feet away or approximately, from where the first altercation took place during a busy time as patrons are leaving, many patrons are leaving a busy drinking establishment, cars are being started, traffic is coming in, taxis and so forth.

When this occurred Stephen Bastarache was under the influence of alcohol, he reacted. Obviously he lost his cool. It probably didn't take much for him [to] react or to make him react. I am not convinced that the reaction of Stephen Bastarache was caused by the comments or actions of Ms. Comeau from the evidence that has been presented. It was a more likely and a quite possible explanation was the reaction to being run into and that's at least how he explained it to the police. It is very possible he reacted as he said and when someone bumped into him, he asked, 'What are you doing?' or words to that effect and then the attack on Mr. LeBlanc followed.

[...]

From the blows inflicted on Mr. LeBlanc in the altercation with Stephen Bastarache and likely others, he fell backwards and I believe he hit his head on the ground or the pave and this resulted in the injuries to the back of the head that eventually led to his death. The evidence does not convince me beyond a reasonable doubt that there is a proximate connection between the actions and comments of the accused, Ms. Comeau and a second incident that involves Stephen Bastarache and possibly others. There may be but I am not convinced beyond a reasonable doubt

that there is. There is no question that there was a connection between the comments and actions of Ms. Anique Comeau and the actions of [Edmond] Bastarache. Were it not for her comments urgings, involvement and accusations [Edmond] Bastarache would not have confronted Mr. LeBlanc, he would not have assaulted Marc André LeBlanc, were it not for this confrontation, most likely the second incident would not have taken place.

[...]

I am not satisfied beyond a reasonable [doubt] from the evidence that I have heard and I do have a reasonable doubt that by her comments and accusations and actions that she induced or incited [Stephen] Bastarache or any other person who might have been involved to harm or assault Mr. Marc André LeBlanc.

I am not convinced beyond a reasonable doubt that the second incident involving [Stephen] Bastarache and another person or persons occurred because of the counselling of the accused. While it is obvious the second incident arose as a consequence of the assault committed by [Edmond] Bastarache, I cannot conclude from the evidence that those involved in the second incident, which was from the evidence, as I assess it, the most serious and aggressive attack on Mr. LeBlanc, that those persons involved acted as a consequence of the deliberate encouragement or active involvement of Anique Comeau [...].

[10] In convicting Ms. Comeau of the second count of the two-count indictment, the trial judge considered s. 22(1) of the *Criminal Code* and the decisions of the Supreme Court of Canada in *R. v. Hamilton*, [2005] 2 S.C.R. 432, [2005] S.C.J. No. 48 (QL), 2005 SCC 47 and *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, [2001] S.C.J. No. 3 (QL), 2001 SCC 2. On the criminal standard of proof, the trial judge concluded that Ms. Comeau had committed the *actus reus* of counselling the assault Edmond Bastarache had committed upon Mr. LeBlanc. He also found Ms. Comeau to have intended that the offence she counselled in fact be committed.

III. Issues

[11] Ms. Comeau appeals her conviction on the following grounds:

(a) the verdict is one that no reasonable trier of fact, properly instructed, could have reached; [and,]

(b) the Learned Trial Judge erred in law in his application of the Supreme Court of Canada decision of *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47.

IV. Analysis

[12] At the hearing, the arguments put forth in support of Ms. Comeau's appeal against conviction focused exclusively on the second ground of appeal. Ms. Comeau contends the trial judge erred in his understanding and application of the law relating to counselling. Specifically, she argues that in order for a person to counsel another to commit an offence, there is a requirement that the two "know" each other.

[13] In my view, this ground is bereft of any merit and can be summarily dismissed. Subsection 22(3) of the *Criminal Code* states that "'counsel' includes procure, solicit or incite." In *Hamilton*, Fish J., for the majority, summarized the elements of counselling at para. 29:

In short, the *actus reus* for counselling is the *deliberate encouragement* or *active inducement of the commission of a criminal offence*. And the *mens rea* consists in nothing less than an accompanying *intent* or *conscious disregard of the substantial and unjustified risk inherent in the counselling*: that is, it must be shown that the accused either intended that the offence counselled be committed, or knowingly counselled the commission of the offence while aware of the unjustified risk that the offence counselled was in fact likely to be committed as a result of the accused's conduct.

[Emphasis is that of Fish J.]

[14] Nowhere is it stated that one is required to “know” a person in order to encourage or actively induce that person to commit an offence. The record reveals that the trial judge understood and applied the law as stated in *Hamilton*. He found as a fact that, on two occasions, Ms. Comeau urged Mr. Edmond Bastarache to beat up the victim, and that she intended that the offence counselled be committed. There was ample evidence to support these findings.

[15] In our deliberations following the hearing of the appeal, it became apparent that Ms. Comeau may have been misguided in focusing her arguments solely on her second ground of appeal. Thus, because the first ground had not been properly explored, the Court directed the Registrar to request further written submissions addressing the following questions:

- 1) At trial, did Ms. Comeau or her counsel concede that the assault committed by Edmond Bastarache caused Marc André LeBlanc bodily harm? If so, where is this indicated in the transcript?
- 2) If there was no such concession, was any evidence adduced at trial indicating that the assault committed by Edmond Bastarache caused any bodily harm to Marc André LeBlanc?
- 3) If there was no concession or evidence of bodily harm resulting from the first assault [as opposed to the one committed by Stephen Bastarache], was the verdict reasonable?
- 4) If it is found that the verdict was not reasonable and that Ms. Comeau could only have been convicted of assault, what would be the affect on the sentence?
- 5) Does either party wish to be heard orally on any of these questions once further written submissions have been filed?

[16] Counsel for both Ms. Comeau and the Attorney General filed written submissions addressing the Court's questions. Neither asked to be heard further on the matter.

[17] In my respectful view, there is merit to Ms. Comeau's first ground of appeal, but only with regard to the trial judge's conclusion that the assault Ms. Comeau counselled Edmond Bastarache to commit caused Marc André LeBlanc bodily harm. As stated earlier, there was ample evidence to support the finding that Ms. Comeau counselled Edmond Bastarache to commit the assault. Where the evidence fell short is with respect to the added element required for a conviction under s. 267(b), namely that the assault caused bodily harm to the victim.

[18] It is common ground, and the trial record confirms, that Ms. Comeau did not concede that Edmond Bastarache's assault upon Marc André LeBlanc caused him any bodily harm. In the further submission filed on her behalf, Ms. Comeau submits there was no evidence of any bodily harm resulting from this assault. Crown counsel replies that the issue of bodily harm was "never raised as a defence."

[19] Admittedly, the testimony of one of the prosecution witnesses was significantly at odds with that of Edmond Bastarache. While the latter only admitted to having pushed and slapped Mr. LeBlanc, the former testified having seen Edmond Bastarache push, slap and punch him. Crown counsel submits that "[g]iven the absence of any contention on the issue of bodily harm, the learned trial judge was entitled to conclude that some of Mr. LeBlanc's injuries, if not the principal one that killed him, resulted from [Edmond] Bastarache's actions." With respect, this argument cannot prevail. It is trite law that by her plea of not guilty Ms. Comeau required the prosecution to prove each and every element of the offence beyond a reasonable doubt. The record reveals no evidence establishing that Mr. Edmond Bastarache's assault upon Mr. LeBlanc caused him any bodily harm as that term is defined in s. 2 of the *Criminal Code*: 'bodily harm' means "any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature." Thus, if the

Crown does not prove the “bodily harm” element of the charge, a guilty verdict of assault causing bodily harm is not available.

[20] Crown counsel also submits that even in the absence of proof of bodily harm, it was open to the trial judge to convict Ms. Comeau of counselling an assault causing bodily harm or even of counselling manslaughter because Ms. Comeau urged other patrons of the bar to “beat up” Mr. LeBlanc and, according to some testimony, even to kill him. According to Crown counsel, these verdicts would have been available by application of s. 464(a) of the *Criminal Code*. With respect, I disagree. There is a fundamental difference between counselling as a mode of participation in an offence actually committed and the substantive offence of counselling an offence that is ultimately not committed.

[21] Ms. Comeau was charged with assault causing bodily harm, an offence that was alleged to have been committed upon Mr. LeBlanc. The reference to counselling in the indictment, as amended, is merely a reference to the mode of Ms. Comeau’s participation in the assault committed upon the victim. It is indicative of the prosecution’s contention that Ms. Comeau committed an assault by counselling Mr. Edmond Bastarache to actually commit it. The reference to counselling, as the mode of Ms. Comeau’s participation in the assault, does not open up the possibility of her being convicted under s. 464(a) of counselling offences that were not committed.

[22] Section 464(a) provides as follows:

Counselling offence that is not committed

464. Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel other persons to commit offences, namely,

(a) every one who counsels another person to commit an indictable offence

Conseiller une infraction qui n’est pas commise

464. Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s’appliquent à l’égard des personnes qui conseillent à d’autres personnes de commettre des infractions :

a) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte

is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable; [...]

criminel est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction; [...]

[Emphasis added.]

[C'est moi qui souligne.]

[23] The author of *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, Justice E.G. Ewaschuk, 2nd ed. (Aurora, Ont: Canada Law Book, looseleaf) explains at para. 15:6020 the s. 464 offence “seemingly merges with the substantive offence when committed”, and that “it does *not* appear that counselling, procuring, soliciting or inciting is a lesser and included offence within the completed offence where only the completed offence is charged but is *not* found to have been committed.” Although no authority is provided for this last statement, I believe that support for it is found not only in the wording of s. 22 and s. 464, but also in s. 662(1) of the *Criminal Code*.

[24] The legislative scheme set out in the *Criminal Code* evidences Parliament's intention to impose criminal responsibility on those who counsel, procure, solicit or incite others to commit a crime even if the crime is not in fact committed: *Hamilton* at para. 26. However, Parliament's intention is clearly to distinguish between crimes that are committed and those that are counselled but not committed. Crimes that are counselled and committed attract liability pursuant to s. 22; the one who counselled is guilty of the crime committed as a party to the offence, and is liable to the same punishment as the one who actually commits the crime. On the other hand, an offence that is counselled but not committed attracts criminal liability solely pursuant to s. 464, and, in the case of an indictable offence, the offender is only liable to the same punishment as a person who attempts to commit that offence (as per s. 463). Thus, on a simple reading of s. 22 and s. 464, the distinguishing ingredient is whether or not the crime was committed. This brings us to s. 662(1).

[25] Section 662(1) governs situations where an accused may be convicted of a lesser and included offence. It reads as follows:

Offence charged, part only proved

662.(1) A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count, includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted

(a) of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved; or

(b) of an attempt to commit an offence so included.

Partiellement prouvée

662.(1) Un chef dans un acte d'accusation est divisible et lorsque l'accomplissement de l'infraction imputée, telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation, comprend la perpétration d'une autre infraction, que celle-ci soit punissable sur acte d'accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l'accusé peut être déclaré coupable :

a) ou bien d'une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l'infraction imputée;

b) ou bien d'une tentative de commettre une infraction ainsi comprise.

[26] In *R. v. G.R.*, [2005] 2 S.C.R. 371, [2005] S.C.J. No. 45 (QL), 2005 SCC 45, the Supreme Court of Canada reviews the rules governing included offences under s. 662. For the majority, Binnie J. explains, at para. 2, that “[i]t is fundamental to a fair trial that an accused knows the charge or charges he or she must meet” and that “[t]he basis of our criminal law is that he or she is only called upon to meet the charge put forward by the prosecution.” At para. 11, he adds that “[a]n important function of an indictment is to put the accused on formal notice of his or her potential legal jeopardy.” These principles provide the rationale for the law governing included offences, which he summarizes at para. 25:

An offence is "included" if its elements are embraced in the offence charged (as described in the enactment creating it or as charged in the count) or if it is expressly stated to be an included offence in the *Criminal Code* itself. The test is strict. It must "necessarily" be included, *per* Martland J. in *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201, at pp. 213-14:

... the offence created by s. 281 [joy-riding] is not necessarily included in the charge of theft ... and it is

not included in the count as charged in the present case. [Emphasis added.]

What is not "necessarily included" is excluded. See also *Fergusson v. The Queen*, [1962] S.C.R. 229, at p. 233; *Barton v. The King*, [1929] S.C.R. 42, at pp. 46-48.

[27] At para. 29, Binnie J. elaborates on the role of s. 662:

... The subject is now governed by statute, and s. 662 authorizes convictions for "included" offences in only three categories:

(a) offences included by statute, e.g., those offences specified in s. 662(2) to (6), and attempts provided for in s. 660;

(b) offences included in the enactment creating the offence charged, e.g., common assault in a charge of sexual assault;

(c) offences which become included by the addition of apt words of description to the principal charge.

[28] The first of these categories is inapplicable in the present case because the *Criminal Code* does not provide that an offence under s. 464 is an included offence where a substantive offence is charged.

[29] As for the second category, Binnie J. explains as follows at para. 31:

With respect to the second category, it may be said that "[i]f the whole offence charged can be committed without committing another offence, that other offence is not included" (P.J. Glain, "Included Offences" (1961-62), 4 *Crim. L.Q.* 160, at p. 160 (emphasis added)). This proposition was endorsed by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Carey* (1972), 10 C.C.C. (2d) 330, at p. 334, *per* Freedman C.J.M.; by the Ontario Court of Appeal in *Simpson (No. 2)*, at p. 139, *per* Martin J.A., and by the

Quebec Court of Appeal in *Colburne*, at p. 243, to which Proulx J.A. added:

[TRANSLATION] For my part, I would add that an offence would be included where the essential elements of this offence are *part* of the offence charged. [Emphasis in original.]

[30] Evidently, the offence set out in s. 464, counselling an offence not committed, is not an essential ingredient to the offence of assault causing bodily harm. This latter offence can be committed without the former. In other words, the essential elements of counselling an offence not committed are not part of the offence charged. A charge under s. 464 is distinct from one for the substantive offence that was counselled because to maintain a charge under s. 464 the evidence must show that the offence counselled has not been committed. It follows, in my view, that the former cannot be an included offence of the latter.

[31] As for the third category, Binnie J. explains, at para. 32, that “[w]hat is required are words of description in the count itself of facts which put an accused on notice that, if proven, such facts taken together with the elements of the charge, disclose the commission of an “included” offence ...”. In the present case, the indictment, as amended, alleged that Ms. Comeau “did commit manslaughter” and that she “did, in committing an assault upon Marc André LeBlanc, cause bodily harm to him” by “counselling a person or persons unknown to commit” the assault. At the end of trial, the second count of the indictment was amended to read that she counselled Mr. Edmond Bastarache to commit the assault. In my view, the charges as worded were insufficient to provide notice to Ms. Comeau that she might be defending charges that included not only the substantive offences charged but also a much broader charge of counselling offences that were not committed.

[32] In the present case, the two-count indictment against Ms. Comeau alleged (1) that she committed manslaughter and (2) that in committing an assault upon

Marc André LeBlanc she caused him bodily harm. Both counts relate to offences that are alleged to have been committed.

[33] Ms. Comeau was acquitted of the manslaughter charge because the judge found that the assault that led to Mr. LeBlanc's death was separate from the one she had counselled. That finding has not been challenged. Ms. Comeau was convicted of having committed an assault causing bodily harm by counselling another to actually commit it. The essential ingredients of the s. 267(b) charge are those of an assault (s. 265), with the added ingredient of having caused bodily harm. Where bodily harm was not conceded or proven, as in this case, assault is a lesser and included offence and remains as a possible verdict. Counselling an offence that has not been committed is not an included offence to the charge against Ms. Comeau alleging assault causing bodily harm.

[34] In my respectful view, the verdict the trial judge pronounced in the present case was unreasonable because the prosecution failed to prove that bodily harm resulted from the assault Ms. Comeau counselled. In the absence of proof of the bodily harm element of the offence, the verdict that remains is guilty of the lesser and included offence of assault under s. 266(a).

[35] Section 686(1)(b)(i) of the *Criminal Code* provides that, on the hearing of an appeal against conviction, a court of appeal may dismiss the appeal where "the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment". This section triggers s. 686(3):

Substituting verdict

686.(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(b)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and

(a) affirm the sentence passed by the trial court; or

Substitution de verdict

686.(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)b(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et :

a) soit confirmer la peine prononcée par le tribunal de première

instance;

(b) impose a sentence that is warranted in law or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

b) soit imposer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

[36] Having concluded that Ms. Comeau's conviction for assault causing bodily harm cannot stand but that she should have been convicted of the lesser and included offence of assault, the combined effect of ss. 686(1)(b)(i) and (3) requires us to dismiss her appeal and substitute a conviction for assault: *R. v. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246 (C.A.), [1966] O.J. No. 973 (QL) and *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, [2000] S.C.J. No. 16 (QL), 2000 SCC 15, at para. 16. In the circumstances, I would proceed to impose sentence rather than remit the matter of sentencing back to the trial court.

[37] As the trial judge noted, Ms. Comeau set off the chain of events on August 9, 1996, that led to the tragic and untimely death of a young man. Although this fact should weigh heavily on her conscience, the sentence that is to be imposed is for the crime the prosecution has proven her to have committed, namely an assault consisting of a push, a slap and perhaps one or two punches, which was not proven to have caused the victim any bodily harm. The trial judge found Ms. Comeau not guilty of the assault that resulted in Mr. LeBlanc's death, hence of his manslaughter, and that finding has never been challenged.

[38] When she counselled Mr. Edmond Bastarache to assault Mr. LeBlanc, Ms. Comeau was a 19-year-old first-time offender. The offence was committed at a time when her judgment was impaired by alcohol. Ms. Comeau was sentenced on November 24, 2006, and served 16.5 weeks (almost four months) in jail before she was released on an undertaking pending the determination of her appeal. Mr. Bastarache, who pleaded guilty to assault causing bodily harm, was sentenced to six months' imprisonment. Of course Mr. Bastarache's plea was not relevant to the prosecution of Ms. Comeau, in that it did not relieve the prosecution from proving every element of the offence. Nevertheless, for the principle of comity of sentences, the fact that Mr. Bastarache was

sentenced to six months' imprisonment for a greater offence arising out of the same incident is a relevant consideration. In my view, it is inconceivable that, upon any proper application of the sentencing principles, Ms. Comeau could be sentenced for the lesser offence of assault to imprisonment for a term exceeding that which she has already served. In the circumstances, I would impose on Ms. Comeau a sentence of imprisonment of 16.5 weeks, which is the equivalent of the time she served under the sentence the trial judge imposed.

[39] In *R. v. McManus* (1923), 51 N.B.R. 255 (C.A.), this Court substituted a verdict for a lesser offence and in passing sentence was able to make it effective from the date the offender had initially been sentenced for the greater offence. However, the legislative scheme of the day is different from the current one. In 1923, s. 1016(2) of the *Criminal Code* provided that the court of appeal could “pass such sentence in substitution of the sentence passed by the trial court”. Moreover, at the time, the *Criminal Code* did not provide what is currently found in s. 719: “A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.”

[40] It is noteworthy that the predecessor to what is now s. 719 of the *Criminal Code* added to the provision the words “or the court otherwise orders.” The deletion of these words by the *Criminal Law Amendment Act, 1968-69* (Can.), c. 38, s. 70 and the eventual rewording of s. 1016(2) of the *Code* into what is now s. 686(3), would have a significant impact on any precedential value one might want to attribute to *McManus*.

[41] In *R. v. Boyd*, [1979] O.J. No. 499 (C.A.) (QL), Martin J.A. wondered, at para. 14, whether, “apart altogether from any express authority to direct that the new sentence imposed [under s. 686(3)] of the *Code* is to run from the date of the imposition of the original sentence, such a power is implied.” He reasoned as follows:

Section 613(3) empowers the Court, upon substituting the verdict that in its opinion should have been found, to affirm the sentence passed by the trial court or impose a sentence that is warranted in law. Manifestly, if the Court affirms the original sentence, it runs from the date on which it was

imposed. It might, perhaps, be anomalous if the Court on imposing a lesser sentence is precluded from directing that it commence at the earlier time.

[42] At para.15, Martin J.A. notes a contrary view in the reasoning of McRuer C.J.H.C. in *Ex part Stokes* (1951), 100 C.C.C. 238 (H.C.J.), [1951] O.W.N. 547, [1951] O.J. No. 176 (QL). In the end, Martin J.A. leaves unresolved the question whether a court can order that a sentence run from an earlier date. Instead, in arriving at a new sentence for the lesser offence, he simply takes into account the time served under the sentence originally imposed.

[43] At least one court of appeal has opted for the view that it could order that the sentence imposed upon substituting a verdict under what is now s. 686(3) of the *Criminal Code* commence from the date the accused was convicted at trial: *R. v. Hotte*, [1984] A.J. No. 285 (C.A.) (QL).

[44] The question whether the power to direct that a sentence imposed pursuant to s. 686(3) commence on the date the original sentence was pronounced is one that was not debated before us. I therefore leave it for another day.

[45] I am unable to simply sentence Ms. Comeau to time served because this sentence is “one that is unsanctioned in law”: *R. v. Savoie* (1994), 152 N.B.R. (2d) 310 (C.A.), [1994] N.B.J. No. 398 (QL). In the circumstances, I would therefore impose on Ms. Comeau a sentence of imprisonment of 16.5 weeks and, considering the equivalent time she has served on the original conviction, I would direct that the execution of the sentence be stayed. The decision of this Court in *R. v. Veysey* (2006), 303 N.B.R. (2d) 290, [2006] N.B.J. No. 203 (QL), 2006 NBCA 55, sets out the authority by which an appellate court can stay the execution of a sentence. I would make use of it in this case.

V. Disposition

[46] For these reasons, I would dismiss Ms. Comeau's appeal against conviction, but would, pursuant to s. 686(3)(b), substitute a conviction of assault under s. 266(a) and impose a sentence of imprisonment for a term of 16.5 weeks. In the circumstances where Ms. Comeau served 16.5 weeks on the sentence the trial judge imposed, I would stay the execution of the new sentence. Considering this disposition, her application for leave to appeal the original sentence becomes moot.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 12 octobre 2006, à la fin du procès, un juge de la Cour du Banc de la Reine a déclaré Anique Ginette Marie Comeau coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles à Marc André LeBlanc. Elle a été déclarée coupable parce que le juge du procès est arrivé à la conclusion qu'elle avait conseillé à Edmond Bastarache de commettre les voies de fait. L'infraction matérielle, qui s'est produite le 9 août 1996, est punissable en vertu de l'al. 267b) du Code criminel, tandis que l'infraction consistant à conseiller de commettre une infraction est décrite à l'art. 22. Le 24 novembre 2006, le juge a condamné M^{me} Comeau à une peine d'emprisonnement de 14 mois. La décision portant sur la détermination de la peine est publiée au volume (2006), 316 R.N.-B. (2^e) 296, [2006] A.N.-B. n^o 581 (QL), 2007 NBBR 36.

[2] M^{me} Comeau interjette appel de sa déclaration de culpabilité et demande l'autorisation de porter sa peine en appel. Elle fait valoir que le verdict était déraisonnable. J'en conviens, mais seulement jusqu'à un certain point. En effet, le poursuivant n'a pas prouvé que les voies de fait que M^{me} Comeau avait conseillées avaient causé des lésions corporelles quelconques à la victime. Par conséquent, M^{me} Comeau aurait dû être déclarée coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait. Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel qu'elle a formé contre sa déclaration de culpabilité, mais en me fondant sur l'alinéa 686(3)b), je substituerais une déclaration de culpabilité pour voies de fait visées par l'al. 266a) et j'infligerais une peine d'emprisonnement de 16,5 semaines. Comme la peine que j'infligerais est équivalente à celle que M^{me} Comeau a purgée entre la date de sa condamnation et la date de sa remise en liberté sur la foi d'une promesse en attendant qu'il soit statué sur son appel, je sursoirais à l'exécution de la peine.

II. Les faits

[3] Les faits de la présente instance sont difficiles à cerner. Pour commencer, le juge du procès a dû reconstituer des événements remontant à l'année 1995 qui ont été relatés par des témoins qui ont déposé en 2005. Outre le problème de « mémoire défaillante », plusieurs témoins se souvenaient d'événements qu'ils avaient observés alors qu'ils étaient sous l'effet de l'alcool. Néanmoins, le juge du procès a tiré des conclusions de fait qui, pour la plupart, n'ont pas été contestées.

[4] Le 9 août 1996, Anique Ginette Marie Comeau a déclenché une suite d'événements qui, cinq jours plus tard, ont finalement abouti à la mort tragique et malheureuse de Marc André LeBlanc. Le 9 août au petit matin, M^{me} Comeau et M. LeBlanc étaient au nombre des clients du bar Rockin' Rodeo, situé promenade Elmwood, à Moncton. Pour une raison quelconque, M^{me} Comeau a pointé du doigt M. LeBlanc et informé les autres clients du bar qu'il avait violé sa sœur. M^{me} Comeau a déclaré qu'elle voulait que M. LeBlanc soit « battu » et qu'elle souhaitait le voir « mort ». Les accusations de M^{me} Comeau ont été entendues par un dénommé Edmond Bastarache, qui connaissait M. LeBlanc. Craignant pour la sécurité de M. LeBlanc, M. Bastarache lui a demandé de quitter les lieux. M. Bastarache a ensuite informé M^{me} Comeau, qu'il ne connaissait pas, que M. LeBlanc allait partir. Cependant, M^{me} Comeau a remarqué qu'en réalité, M. LeBlanc ne quittait pas les lieux et elle a alors imploré M. Bastarache de le « frapper à coups de poing ». Edmond Bastarache a de nouveau prié M. LeBlanc de rentrer chez lui, mais ce dernier a refusé et les deux hommes se sont disputés. C'est alors que M. Bastarache a commis des voies de fait sur la personne de M. LeBlanc en le poussant et en le frappant. M. LeBlanc a battu en retraite et pris la fuite. Edmond Bastarache l'a poursuivi dans le terrain de stationnement mais a abandonné la poursuite lorsque M. LeBlanc a traversé la rue.

[5] En traversant la rue, M. LeBlanc a rencontré un second agresseur. Alors qu'il prenait la fuite, M. LeBlanc s'est « cogné contre » Stephen Bastarache, qui a réagi en poussant à son tour M. LeBlanc. Au cours de l'échauffourée qui a suivi, M. LeBlanc

est tombé en arrière et sa tête a heurté le sol avec suffisamment de force pour provoquer une fracture du crâne qui a entraîné sa mort cinq jours plus tard. L'étendue des voies de fait commises sur la personne de M. LeBlanc, dont la question de savoir si d'autres personnes ont participé à cet incident, n'a pas été clarifiée.

[6] Dans les instants qui ont suivi l'incident, on a entendu M^{me} Comeau affirmer que M. LeBlanc [TRADUCTION] « méritait ce qui lui était arrivé » ou qu'[TRADUCTION] « il méritait de mourir ».

[7] Peu après le décès de M. LeBlanc, Edmond Bastarache a été inculpé d'homicide involontaire coupable. Le 21 janvier 1998, il a plaidé coupable à l'infraction incluse de voies de fait causant des lésions corporelles, et le 23 avril suivant, il a été condamné à six mois d'emprisonnement suivis d'une période de probation de douze mois : *R. c. Bastarache* (1998), 199 R.N.-B. (2^e) 292 (Cour prov.), [1998] A.N.-B. n° 149 (QL).

[8] Au début de l'année 2005, Stephen Bastarache et M^{me} Comeau ont tous deux été inculpés d'homicide involontaire coupable dans la mort de Marc André LeBlanc. M. Bastarache est décédé pendant sa détention préventive. Le 13 avril 2005, à la suite d'une enquête préliminaire, un juge de la Cour provinciale a ordonné à M^{me} Comeau de subir son procès pour répondre à des accusations d'homicide involontaire coupable et de voies de fait causant des lésions corporelles : *R. c. Comeau*, [2005] A.N.-B. n° 179 (Cour prov.) (QL). À l'issue de ce procès sur les deux chefs contenus dans l'acte d'accusation, elle a été acquittée de l'inculpation d'homicide involontaire coupable. Toutefois, le juge du procès a conclu que M^{me} Comeau avait conseillé à Edmond Bastarache de commettre des voies de fait et il l'a déclarée coupable de voies de fait causant des lésions corporelles.

[9] En acquittant M^{me} Comeau de l'accusation d'homicide involontaire coupable, le juge du procès a statué que M. LeBlanc avait été impliqué dans deux altercations distinctes :

[TRADUCTION]

La preuve dont je dispose ne me permet pas de conclure qu'il s'agissait d'une seule altercation prolongée. Selon mon évaluation, elle ne prouve pas hors de tout doute raisonnable qu'il y a eu une seule altercation prolongée découlant de la même cause, mais bien deux incidents distincts. Ces deux incidents se sont produits de façon très rapprochée, aussi bien dans le temps que dans l'espace. La première altercation entre [Edmond] Bastarache et M. LeBlanc découlait des observations désobligeantes, des accusations et des incitations de M^{me} Anique Comeau. Par contre, je ne suis pas certain que les commentaires ou les actes de M^{me} Comeau aient entraîné ou provoqué le second incident mettant en cause Stephen Bastarache et peut-être d'autres personnes, probablement deux, vraisemblablement deux. S'il ne fait aucun doute que le second incident n'aurait pas eu lieu si la première altercation ne s'était pas produite, je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable que les actes ou les commentaires de M^{me} Comeau constituaient la cause [directe] aussi bien des actes de M. Stephen Bastarache que de ceux des autres personnes en cause, si tant est que d'autres personnes aient été impliquées dans le second incident.

Dans la déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique qu'il a faite à la police, Stephen Bastarache a déclaré qu'il avait réagi et frappé M. LeBlanc après que quelqu'un lui soit rentré dedans, quelque part aux environs de l'avenue Stone. L'endroit se trouvait à une distance considérable du lieu du premier incident et la preuve indique clairement qu'à ce moment-là, M. LeBlanc courait pour échapper à M. [Edmond] Bastarache et se trouvait donc devant lui. Il semblerait que le second incident se soit produit à environ quatre-vingt-dix pieds, ou à peu près, du lieu de la première altercation à un moment d'affluence, les clients rentrant chez eux, de nombreux clients quittant un débit de boisson très fréquenté, certains au volant de leur auto, la circulation se faisant plus dense, notamment à cause des taxis et ainsi de suite.

Lors des incidents, Stephen Bastarache était sous l'effet de l'alcool et il a réagi. Manifestement, il a perdu son sang froid. Tout laisse croire qu'il ne fallait pas grand-chose pour qu'il réagisse ou pour le faire réagir. Compte tenu de la preuve qui a été présentée, je ne suis pas persuadé que la réaction de Stephen Bastarache ait été provoquée par les

commentaires ou les actes de M^{me} Comeau. Il est plus probable qu'il ait eu cette réaction après que quelqu'un lui soit rentré dedans, une explication tout à fait plausible, et c'est du moins ce qu'il a déclaré à la police. Il se peut très bien qu'il ait réagi comme il l'a dit et que lorsque quelqu'un lui est rentré dedans, il lui ait demandé [TRADUCTION] « Qu'est-ce que tu fais? » ou quelque chose dans le genre, et l'agression sur la personne de M. LeBlanc s'est ensuite produite.

[...]

Par suite des coups que M. LeBlanc a reçus au cours de l'altercation qu'il a eue avec Stephen Bastarache et sans doute d'autres personnes, il est tombé en arrière et je crois que sa tête a frappé le sol ou la chaussée et que cela a provoqué les blessures qu'il a subies à l'arrière de la tête, blessures qui ont finalement entraîné sa mort. La preuve ne me convainc pas hors de tout doute raisonnable qu'il existe une cause directe entre les actes et les commentaires de l'accusée, M^{me} Comeau, et un second incident mettant en cause Stephen Bastarache et peut-être d'autres personnes. Il se peut qu'il existe une cause directe, mais je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable que ce soit le cas. Il est indubitable qu'il existait un lien entre les commentaires et les actes de M^{me} Anique Comeau et les actes de [Edmond] Bastarache. Si elle s'était abstenue de faire ses commentaires, de lancer ses incitations et de porter ses accusations, [Edmond] Bastarache n'aurait pas affronté M. LeBlanc, il ne se serait pas livré à des voies de fait sur sa personne, et tout laisse croire que le second incident n'aurait pas eu lieu s'il n'y avait pas eu la première altercation.

[...]

Je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable par la preuve que j'ai entendue et j'ai un doute raisonnable que par ses commentaires, ses accusations et ses actes, elle a amené ou incité [Stephen] Bastarache, ou toute autre personne ayant pu être impliquée, à faire du mal à M. Marc André LeBlanc ou à se livrer à des voies de fait sur sa personne.

Je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable que le second incident mettant en cause [Stephen] Bastarache et

une ou plusieurs autres personnes se soit produit parce que l'accusée leur a conseillé de commettre l'infraction. Certes, il est clair que le second incident découlait des voies de fait auxquelles [Edmond] Bastarache s'était livré, mais la preuve ne me permet pas de conclure que les personnes impliquées dans le second incident qui, selon l'évaluation que je fais de la preuve, était l'agression la plus grave et la plus brutale commise sur la personne de M. LeBlanc, que ces personnes, donc, ont agi à cause de l'encouragement délibéré ou de la participation active d'Anique Comeau [...].

[10] En déclarant M^{me} Comeau coupable du second des deux chefs contenus dans l'acte d'accusation, le juge du procès a examiné le par. 22(1) du *Code criminel* et les décisions que la Cour suprême du Canada a rendues dans les arrêts *R. c. Hamilton*, [2005] 2 R.C.S. 432, [2005] A.C.S. n° 48 (QL), 2005 CSC 47 et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, [2001] A.C.S. n° 3 (QL), 2001 CSC 2. Relativement à la norme de preuve au criminel, le juge du procès a conclu que M^{me} Comeau avait commis l'*actus reus* consistant à conseiller les voies de fait qu'Edmond Bastarache avait commises sur la personne de M. LeBlanc. Il a également conclu que M^{me} Comeau voulait que l'infraction qu'elle a conseillée soit commise.

III. Questions en litige

[11] M^{me} Comeau interjette appel de sa déclaration de culpabilité en invoquant les moyens suivants :

a) il s'agit d'un verdict qu'aucun juge des faits raisonnable, s'étant formulé les directives appropriées, n'aurait pu rendre; [et]

b) l'éminent juge du procès a commis une erreur de droit dans son application de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47.

IV. Analyse

[12] Lors de l'audience, les arguments que M^{me} Comeau a invoqués pour interjeter appel de sa déclaration de culpabilité ont exclusivement porté sur le second moyen d'appel. M^{me} Comeau soutient que le juge du procès a commis une erreur dans son interprétation et son application du droit régissant l'infraction consistant à conseiller un crime. Plus particulièrement, elle fait valoir que pour qu'une personne conseille à une autre de commettre une infraction, il est nécessaire que ces deux personnes se « connaissent ».

[13] Selon moi, ce moyen n'a aucun fondement et peut être sommairement écarté. Le paragraphe 22(3) du *Code criminel* prévoit que « “conseiller” s'entend d'amener et d'inciter, et “conseil” s'entend de l'encouragement visant à amener ou à inciter ». Dans *Hamilton*, le juge Fish, au nom de la majorité, a résumé comme suit les éléments de l'infraction consistant à conseiller au par. 29 :

En résumé, l'*actus reus* de l'infraction consistant à conseiller un crime réside dans *le fait d'encourager délibérément ou d'inciter activement la perpétration d'une infraction criminelle*. Et la *mens rea* n'est rien de moins que l'*intention* concomitante ou le *mépris conscient du risque injustifié et important inhérent aux conseils*. Il faut donc démontrer soit que l'accusé voulait que l'infraction conseillée soit commise, soit qu'il a sciemment conseillé l'infraction alors qu'il était conscient du risque injustifié que l'infraction conseillée serait vraisemblablement commise en conséquence de sa conduite.

[Les passages en italique sont du juge Fish.]

[14] Il n'est indiqué nulle part qu'il faut « connaître » une personne pour l'encourager ou l'inciter activement à commettre une infraction. Le dossier montre que le juge du procès a compris et appliqué le droit tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Hamilton*. Il a tiré comme conclusions de fait qu'à deux reprises, M^{me} Comeau avait poussé M. Edmond Bastarache à battre la victime et qu'elle voulait que l'infraction conseillée soit commise. Il existait suffisamment d'éléments de preuve pour fonder de telles conclusions.

[15] Au cours des délibérations que nous avons eues après l'audition de l'appel, il est devenu évident que M^{me} Comeau avait peut-être été malavisée en ne concentrant ses arguments que sur son second moyen d'appel. Ainsi, comme le premier moyen d'appel n'avait pas été convenablement exploré, la Cour a ordonné au registraire de demander aux parties de déposer d'autres mémoires traitant des questions suivantes :

- 6) Au procès, M^{me} Comeau ou son avocate ont-elles reconnu que les voies de fait commises par Edmond Bastarache avaient causé des lésions corporelles à Marc André LeBlanc? Si tel est le cas, où cela se trouve-t-il dans la transcription?
- 7) Si cela n'a pas été reconnu, des éléments de preuve quelconques indiquant que les voies de fait commises par Edmond Bastarache ont causé des lésions corporelles à Marc André LeBlanc ont-ils été présentés au procès?
- 8) S'il n'a pas été reconnu ou s'il n'existe pas de preuve que des lésions corporelles aient été causées par la première agression [par opposition à celle commise par Stephen Bastarache], le verdict était-il raisonnable?
- 9) S'il est statué que le verdict n'était pas raisonnable et que M^{me} Comeau ne pouvait être déclarée coupable que de voies de fait, quel serait l'effet sur la peine infligée?
- 10) L'une ou l'autre des parties souhaite-elle être entendue oralement relativement à l'une de ces questions une fois que les mémoires additionnels auront été déposés?

[16] Les avocats de M^{me} Comeau et du Procureur général ont tous deux déposé des mémoires répondant aux questions posées par la Cour. Aucun d'eux n'a demandé à être de nouveau entendu sur la question.

[17] Je suis respectueusement d'avis que le premier moyen d'appel de M^{me} Comeau est fondé, mais uniquement en ce qui concerne la conclusion de juge du procès selon laquelle les voies de fait que M^{me} Comeau a conseillé à Edmond Bastarache

de commettre ont causé des lésions corporelles à Marc André LeBlanc. Comme je l'ai dit plus haut, il existait amplement d'éléments de preuve à l'appui de la conclusion que M^{me} Comeau avait conseillé à Edmond Bastarache de commettre les voies de fait. Par contre, la preuve était insuffisante pour ce qui est de l'élément supplémentaire exigé pour une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'al. 267b), à savoir que les voies de fait avaient infligé des lésions corporelles à la victime.

[18] On s'entend pour reconnaître, et le dossier du procès confirme que M^{me} Comeau n'a pas admis que les voies de fait auxquelles Edmond Bastarache s'est livré sur la personne de Marc André LeBlanc lui ont infligé des lésions corporelles. Dans le mémoire additionnel qui a été déposé en son nom, M^{me} Comeau fait valoir qu'il n'existait aucune preuve que ces voies de fait aient provoqué des lésions corporelles quelconques. Le ministère public réplique que la question des lésions corporelles [TRADUCTION] « n'a jamais été soulevée comme moyen de défense ».

[19] Certes, le témoignage de l'un des témoins à charge contredisait fortement celui d'Edmond Bastarache. Alors que ce dernier avait seulement reconnu avoir poussé et giflé M. LeBlanc, ce témoin avait déclaré avoir vu Edmond Bastarache pousser la victime, la gifler et lui donner des coups de poing. L'avocat du ministère public fait valoir que [TRADUCTION] « [d]evant l'absence de contestation sur la question des lésions corporelles, l'éminent juge du procès avait le droit de conclure que certaines des blessures subies par M. LeBlanc, sinon la principale qui avait causé sa mort, résultaient des actes de [Edmond] Bastarache ». En toute déférence, cet argument ne tient pas. Il est reconnu en droit qu'en plaidant non coupable, M^{me} Comeau obligeait le poursuivant à prouver chacun des éléments de l'infraction, sans exception, hors de tout doute raisonnable. Or, le dossier ne renferme aucun élément de preuve établissant que les voies de fait que M. Edmond Bastarache a commises sur la personne de M. LeBlanc lui aient infligé quelques lésions corporelles que ce soit selon la définition de cette expression à l'art. 2 du *Code criminel* : « "lésions corporelles" Blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance ». Par conséquent, si le ministère public ne prouve pas l'élément « lésions corporelles » de

l'accusation, il lui est impossible d'obtenir un verdict de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles.

[20] Le substitut du Procureur général fait également valoir que même en l'absence d'une preuve de l'existence de lésions corporelles, le juge du procès était en droit de déclarer M^{me} Comeau coupable d'avoir conseillé de commettre des voies de fait causant des lésions corporelles ou même d'avoir conseillé de commettre un homicide involontaire coupable parce que M^{me} Comeau incitait les autres clients du bar à « battre » M. LeBlanc et même, selon certains témoignages, à le tuer. Selon le substitut du Procureur général, ces verdicts auraient pu être rendus sous le régime de l'al. 464a) du *Code criminel*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Il existe en effet une différence fondamentale entre le fait de conseiller, qui est assimilable à une participation à une infraction effectivement commise, et l'infraction matérielle consistant à conseiller de commettre une infraction qui, au bout du compte, n'est pas commise.

[21] M^{me} Comeau était inculpée de voies de fait causant des lésions corporelles, infraction qui aurait été commise sur la personne de M. LeBlanc. S'il est question du fait de conseiller une infraction dans l'acte d'accusation modifié, c'est simplement pour faire état du mode de participation de M^{me} Comeau aux voies de fait commises sur la personne de la victime. Cela correspond à la thèse défendue par le poursuivant selon laquelle M^{me} Comeau s'est livrée à des voies de fait en conseillant à M. Edmond Bastarache de les commettre effectivement. La mention de l'acte de conseiller, pour décrire le mode de participation de M^{me} Comeau aux voies de fait, n'ouvre pas la voie à la possibilité d'une déclaration de culpabilité sous le régime de l'al. 464a) pour avoir conseillé de commettre des infractions qui n'ont pas été commises.

[22] Voici le texte de l'al. 464a) :

Counselling offence that is not committed

464. Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel other persons to commit offences, namely,

(a) every one who counsels another person to commit an indictable offence is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable; [...]

[Emphasis added.]

Conseiller une infraction qui n'est pas commise

464. Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des personnes qui conseillent à d'autres personnes de commettre des infractions :

a) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction; [...]

[C'est moi qui souligne.]

[23] L'auteur de l'ouvrage *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, le juge E.G. Ewaschuk, 2^e éd. (Aurora, Ont: Canada Law Book, feuilles mobiles) explique, au par. 15:6020, que l'infraction prévue à l'article 464 [TRADUCTION] « semble se fondre avec l'infraction matérielle une fois qu'elle est commise », et que [TRADUCTION] « il *ne semble pas* que les personnes qui conseillent à autrui de commettre des crimes, les y amènent, ou les y incitent soient coupables d'une infraction moindre et incluse comprise dans l'infraction commise dans les cas où seule l'infraction commise donne lieu à une inculpation mais qu'il *n'est pas* jugé qu'elle a été commise ». Bien qu'aucune doctrine ou jurisprudence ne soit invoquée à l'appui de ce dernier énoncé, je crois fermement qu'il est étayé non seulement par le libellé des art. 22 et 464, mais aussi par le par. 662(1) du *Code criminel*.

[24] Le régime législatif prescrit par le *Code criminel* atteste de l'intention du législateur d'imposer une responsabilité criminelle à ceux qui conseillent à autrui de commettre un acte criminel, les y amènent ou les y incitent, même si l'acte criminel n'est pas effectivement commis : voir *Hamilton*, au par. 26. Toutefois, l'intention du législateur est clairement d'établir une distinction entre les actes criminels qui sont

commis et ceux qui sont conseillés mais pas commis. Les actes criminels qui sont conseillés et commis donnent lieu à une responsabilité en vertu de l'art. 22; celui qui a conseillé est coupable du crime commis à titre de partie à l'infraction et il est passible de la même peine que celui qui a effectivement commis le crime. Par contre, une infraction qui est conseillée mais qui n'est pas commise donne lieu à une responsabilité criminelle uniquement en vertu de l'art. 464 et, dans le cas d'un acte criminel, le délinquant est seulement passible de la peine qu'encourt la personne qui tente de commettre cette infraction (selon l'art. 463). Par conséquent, une simple lecture des art. 22 et 464 révèle que la perpétration ou la non-perpétration du crime constitue l'élément distinctif. Cela nous amène au par. 662(1).

[25] Le paragraphe 662(1) régit les cas dans lesquels un accusé peut être déclaré coupable d'une infraction moindre et incluse. Il est rédigé comme suit :

Offence charged, part only proved

662.(1) A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count, includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted

(a) of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved; or

(b) of an attempt to commit an offence so included.

Partiellement prouvée

662.(1) Un chef dans un acte d'accusation est divisible et lorsque l'accomplissement de l'infraction imputée, telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation, comprend la perpétration d'une autre infraction, que celle-ci soit punissable sur acte d'accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l'accusé peut être déclaré coupable :

a) ou bien d'une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l'infraction imputée;

b) ou bien d'une tentative de commettre une infraction ainsi comprise.

[26] Dans l'arrêt *R. c. G.R.*, [2005] 2 R.C.S. 371, [2005] A.C.S. n° 45 (QL), 2005 CSC 45, la Cour suprême du Canada passe en revue les règles régissant les infractions incluses visées à l'art. 662. Au nom de la majorité, le juge Binnie explique, au par. 2, que « [p]our que le procès soit équitable, il est essentiel que l'accusé connaisse

Une infraction est « incluse » si ses éléments constitutifs sont compris dans l'infraction imputée (telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation) ou si le *Code criminel* la qualifie expressément d'infraction comprise ou incluse. Le critère est strict : l'infraction doit « nécessairement » être comprise, comme l'affirmait le juge Martland dans l'arrêt *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201, p. 214 :

... l'infraction créée par l'art. 281 [balade dans une voiture volée] n'est pas nécessairement comprise dans l'infraction de vol [. . .] et n'est pas comprise dans le chef d'accusation porté en la présente espèce. [Je souligne.]

Ce qui n'est pas « nécessairement compris » est exclu. Voir également *Fergusson c. The Queen*, [1962] R.C.S. 229, p. 233; *Barton c. The King*, [1929] R.C.S. 42, p. 46□48.

[27]

Au paragraphe 29, le juge Binnie précise le rôle de l'art. 662 :

[...] La loi écrite traite maintenant de cette question et l'art. 662 autorise les déclarations de culpabilité d'infractions « incluses » dans le cas seulement de trois catégories d'infractions :

- a) les infractions incluses par la loi comme, par exemple, celles qui sont mentionnées aux par. 662(2) à (6), et les tentatives de commettre une infraction, dont fait état l'art. 660;
- b) les infractions incluses dans la loi qui crée l'infraction imputée comme, par exemple, les

voies de fait simples dans une accusation d'agression sexuelle;

c) les infractions qui deviennent incluses par l'ajout de mots appropriés dans la description de l'accusation principale.

[28] La première de ces catégories ne s'applique pas en l'espèce étant donné que le *Code criminel* ne prévoit pas qu'une infraction visée à l'art. 464 est une infraction incluse lorsqu'une infraction matérielle est imputée.

[29] En ce qui concerne la deuxième catégorie, le juge Binnie donne l'explication suivante au par. 31 :

En ce qui a trait à la deuxième catégorie, on peut dire que [TRADUCTION] « [s]i l'infraction imputée peut être commise intégralement sans que soit commise une autre infraction, cette autre infraction n'est pas incluse » (P. J. Gloin, « Included Offences » (1961□62), 4 *Crim. L.Q.* 160, p. 160 (je souligne)). La Cour d'appel du Manitoba a souscrit à cette proposition dans l'arrêt *R. c. Carey* (1972), 10 C.C.C. (2d) 330, p. 334, le juge en chef Freedman, comme l'ont fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Simpson (No. 2)*, p. 139, le juge Martin, et la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Colburne*, p. 1206, où le juge Proulx a ajouté ce qui suit :

J'ajouterai, pour ma part, que sera incluse l'infraction dont les éléments essentiels sont *partie* de l'infraction imputée. [En italique dans l'original.]

[30] Manifestement, l'infraction visée à l'article 464, conseiller une infraction qui n'est pas commise, n'est pas un élément constitutif essentiel de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles. Cette dernière infraction peut être commise sans la première. Autrement dit, les éléments essentiels de l'infraction de conseiller une infraction qui n'est pas commise ne font pas partie intégrante de l'infraction imputée. Une accusation portée en vertu de l'art. 464 est distincte d'une accusation d'avoir

perpétré l'infraction matérielle qui a été conseillée car pour inculper quelqu'un en vertu de l'art. 464, la preuve doit démontrer que l'infraction conseillée n'a pas été commise. Selon moi, il en découle que la première accusation ne peut pas être incluse dans la seconde.

[31] En ce qui concerne la troisième catégorie, le juge Binnie explique au par. 32 qu'« [e]lle exige que les mots descriptifs de faits dans le chef d'accusation lui-même informent l'accusé que, s'ils sont prouvés, ces faits pris avec les éléments de l'accusation révéleront la perpétration d'une infraction "incluse" [...] ». Dans la présente instance, il était allégué dans l'acte d'accusation modifié que M^{me} Comeau [TRADUCTION] « a[vait] commis un homicide involontaire coupable » et que [TRADUCTION] « en se livrant à des voies de fait sur la personne de Marc André LeBlanc, elle lui a[vait] infligé des lésions corporelles » en [TRADUCTION] « conseillant à un ou des inconnus de perpétrer » les voies de fait. À la fin du procès, le libellé du second chef de l'acte d'accusation a été modifié pour indiquer qu'elle avait conseillé à M. Edmond Bastarache de commettre les voies de fait. À mon avis, la manière dont les accusations étaient libellées était insuffisante pour notifier M^{me} Comeau qu'elle devrait se défendre contre des accusations qui comprenaient non seulement les infractions matérielles imputées, mais également l'accusation beaucoup plus large d'avoir conseillé des infractions qui n'avaient pas été commises.

[32] En l'espèce, les deux chefs de l'acte d'accusation porté contre M^{me} Comeau alléguaient (1) qu'elle avait perpétré un homicide involontaire coupable et (2) qu'en en se livrant à des voies de fait sur la personne de Marc André LeBlanc, elle lui avait infligé des lésions corporelles. Ces deux chefs visent des infractions dont la perpétration est alléguée.

[33] M^{me} Comeau a été acquittée du chef d'homicide involontaire coupable parce que le juge du procès a conclu que les voies de fait qui avaient entraîné la mort de M. LeBlanc étaient distinctes de celles qu'elle avait conseillées. Cette conclusion n'a pas été contestée. M^{me} Comeau a été déclarée coupable de voies de fait causant des lésions

corporelles pour avoir conseillé à une tierce personne de les commettre effectivement. Les éléments constitutifs essentiels de l'accusation portée en vertu de l'al. 267*b*) sont identiques à ceux des voies de fait (art. 265), avec, en plus, l'infliction de lésions corporelles. Lorsque l'existence de lésions corporelles n'a pas été admise ou prouvée comme c'est le cas en l'espèce, les voies de fait constituent une infraction moindre et incluse et demeurent un verdict possible. Conseiller une infraction qui n'a pas été commise n'est pas une infraction incluse dans l'accusation portée contre M^{me} Comeau selon laquelle elle se serait livrée à des voies de fait causant des lésions corporelles.

[34] Je suis respectueusement d'avis que le verdict que le juge du procès a prononcé en l'espèce était déraisonnable car le poursuivant n'a pas établi que les lésions corporelles résultaient des voies de fait conseillées par M^{me} Comeau. En l'absence d'une preuve de l'élément « lésions corporelles » de l'infraction, le seul verdict possible est celui de culpabilité de l'infraction moindre et incluse de voies de fait prévue à l'al. 266*a*).

[35] Le sous-alinéa 686(1)*b*)(i) du *Code criminel* prévoit que, lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité, la cour d'appel peut rejeter l'appel si « elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation ». Ce sous-alinéa déclenche l'application du par. 686(3) :

Substituting verdict

686.(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(b)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and

(a) affirm the sentence passed by the trial court; or

(b) impose a sentence that is warranted in law or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted

Substitution de verdict

686.(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)*b*)(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et :

a) soit confirmer la peine prononcée par le tribunal de première instance;

b) soit imposer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée

in law.

en droit.

[36] Ayant conclu que la déclaration de culpabilité de M^{me} Comeau pour voies de fait causant des lésions corporelles ne saurait être confirmée, mais qu'elle aurait dû être déclarée coupable de l'infraction moindre et incluse de voies de fait, l'effet conjugué de l'al. 686(1)b(i) et du par. 686(3) nous oblige à rejeter son appel et à substituer une déclaration de culpabilité pour voies de fait : voir *R. c. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246 (C.A.), [1966] O.J. No. 973 (QL) et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, [2000] A.C.S. n° 16 (QL), 2000 CSC 15, au par. 16. Dans les circonstances, je procédera à la détermination de la peine au lieu de renvoyer cette question au tribunal de première instance.

[37] Comme le juge du procès l'a observé, le 9 août 1996, M^{me} Comeau a déclenché la suite d'événements qui a abouti à la mort tragique et prématurée d'un jeune homme. Ce fait devrait lourdement peser sur sa conscience, mais la peine qui doit être infligée doit sanctionner le crime que le poursuivant a prouvé qu'elle avait perpétré, soit des voies de fait qui se composaient d'une poussée, d'une gifle et peut-être d'un ou deux coups de poing, voies de fait dont il n'a pas été établi qu'elles avaient causé quelques lésions corporelles que ce soit à la victime. Le juge du procès a déclaré M^{me} Comeau non coupable des voies de fait qui ont provoqué la mort de M. LeBlanc, et donc de son homicide involontaire coupable, et cette conclusion n'a jamais été contestée.

[38] Lorsqu'elle a conseillé à M. Edmond Bastarache d'agresser M. LeBlanc, M^{me} Comeau en était à sa première infraction et était âgée de 19 ans. L'infraction a été commise à un moment où son jugement était affaibli par l'effet de l'alcool. M^{me} Comeau a été condamnée le 24 novembre 2006, et elle a purgé 16,5 semaines (près de quatre mois) en prison avant d'être remise en liberté sur la foi d'une promesse en attendant qu'il soit statué sur son appel. M. Bastarache, qui a plaidé coupable à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles, a été condamné à six mois d'emprisonnement. Il va de soi que le plaidoyer de M. Bastarache n'avait aucune conséquence sur la poursuite engagée contre M^{me} Comeau, en ce sens qu'il ne dispensait pas le poursuivant de prouver chacun des éléments de l'infraction. Néanmoins, au nom du principe de l'équilibre des

[39] Dans l'arrêt *R. c. McManus* (1923), 51 N.B.R. 255 (C.A.), notre Cour a substitué au verdict prononcé un verdict pour une infraction moindre et en déterminant la peine, elle a pu la rendre applicable à compter de la date à laquelle le délinquant avait initialement été condamné pour l'infraction plus grave. Toutefois, le cadre législatif de l'époque était différent de celui d'aujourd'hui. En 1923, le par. 1016(2) du *Code criminel* prévoyait que la Cour d'appel pouvait « prononcer, au lieu de la sentence rendue par le tribunal, la sentence [...] ». Qui plus est, à l'époque, le *Code criminel* ne renfermait pas de disposition semblable à celle que l'on trouve actuellement à l'article 719 : « La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente. »

[40] Il faut noter que les mots « ou que la cour en ordonne autrement » étaient ajoutés dans la disposition qui précédait ce qui est aujourd'hui l'article 719 du *Code criminel*. La suppression de ces termes par la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal* (Can.), ch. 38, art. 70 et la nouvelle formulation du par. 1016(2) du *Code* qui est finalement devenu le par. 686(3), auraient un effet important sur la valeur jurisprudentielle que l'on pourrait souhaiter attribuer à l'arrêt *McManus*.

[41] Dans l'arrêt *R. c. Boyd*, [1979] O.J. No. 499 (C.A.) (QL), le juge d'appel Martin s'est demandé, au par. 14, si, [TRADUCTION] « en dehors de toute autorité expresse permettant d'ordonner que la nouvelle peine infligée [en vertu du par. 686(3)]

du *Code* prenne effet à compter de la date d'infliction de la peine initiale, un tel pouvoir est implicite ». Il a tenu le raisonnement suivant :

[TRADUCTION]

Le paragraphe 613(3) habilite la Cour, après avoir substitué au verdict prononcé celui qui, à son avis, aurait dû être rendu, à confirmer la peine déterminée par le tribunal de première instance ou à infliger une peine justifiée en droit. Manifestement, si la Cour confirme la peine initiale, cette peine commence à la date à laquelle elle avait été infligée. Il serait sans doute anormal qu'après avoir prononcé une peine moins lourde, la Cour ne puisse pas ordonner qu'elle commence à être purgée à la date antérieure.

[42] Au paragraphe 15, le juge d'appel Martin note un point de vue contraire dans le raisonnement que le juge en chef McRuer, de la Haute cour de justice de l'Ontario, a adopté dans *Ex parte Stokes* (1951), 100 C.C.C. 238 (H.C.J. Ont.), [1951] O.W.N. 547, [1951] O.J. No. 176 (QL). En fin de compte, le juge d'appel Martin laisse sans réponse la question de savoir si un tribunal est en droit d'ordonner qu'une peine commence à courir à compter d'une date antérieure. Afin de déterminer la peine correspondant à l'infraction moindre, il tient simplement compte de la période purgée au titre de la peine qui avait été infligée initialement.

[43] Au moins une cour d'appel s'est dite d'avis qu'elle était en droit d'ordonner que la peine infligée après avoir remplacé un verdict en vertu de ce qui est aujourd'hui le par. 686(3) du *Code criminel* commence à courir de la date à laquelle l'accusé a été déclaré coupable au procès : *R. c. Hotte*, [1984] A.J. No. 285 (C.A.) (QL).

[44] La question de savoir si le pouvoir d'ordonner qu'une peine infligée en vertu du par. 686(3) commence à la date du prononcé de la peine initiale n'a pas été débattue devant nous. Je la laisse donc de côté pour l'instant.

[45] Je ne peux pas simplement condamner M^{me} Comeau à la période carcérale déjà accomplie car une telle peine [TRADUCTION] « n'est pas reconnue en droit » : *R.*

c. Savoie (1994), 152 R.N.-B. (2^e) 310 (C.A.), [1994] A.N.-B. n^o 398 (QL). Dans les circonstances, j'infligerais donc à M^{me} Comeau une peine d'emprisonnement de 16,5 semaines et, compte tenu de la période carcérale équivalente qu'elle a déjà accomplie au titre de la déclaration de culpabilité initiale, j'ordonnerais que l'exécution de la peine soit suspendue. La décision que notre Cour a rendue dans l'arrêt *R. c. Veysey* (2006), 303 R.N.-B. (2^e) 290, [2006] A.N.-B. n^o 203 (QL), 2006 NBCA 55, énonce le pouvoir qui permet à une cour d'appel de surseoir à l'exécution d'une peine. Je me prévaudrais de ce pouvoir dans la présente instance.

V. Dispositif

[46] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel que M^{me} Comeau a interjeté de sa déclaration de culpabilité mais, conformément à l'al. 686(3)*b*), je remplacerais le verdict prononcé par un verdict de culpabilité pour voies de fait, infraction visée par l'al. 266*a*) et je lui infligerais une peine d'emprisonnement de 16,5 semaines. Étant donné que M^{me} Comeau a déjà purgé 16,5 semaines de la peine d'emprisonnement que le juge du procès lui avait infligée, je suspendrais l'exécution de la nouvelle peine. Compte tenu du présent dispositif, sa demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine initiale devient sans objet.