

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

105-09-CA

JASON LAVOIE

JASON LAVOIE

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Lavoie v. R., 2010 NBCA 52

Lavoie c. R., 2010 NBCA 52

CORAM:

The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Bell

CORAM :

L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Bell

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
June 24, 2009

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
Le 24 juin 2009

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
May 26, 2010

Appel entendu :  
Le 26 mai 2010

Judgment rendered:  
July 22, 2010

Jugement rendu :  
Le 22 juillet 2010

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Jason Lavoie appeared in person

Pour l'appelant :  
Jason Lavoie a comparu en personne

For the respondent:  
Pierre Roussel, Q.C.

Pour l'intimée :  
Pierre Roussel, c.r.

THE COURT

The application for leave to introduce supplementary evidence, the appeal from the conviction and the application for leave to appeal the sentence are dismissed.

LA COUR

La demande d'autorisation de produire une preuve complémentaire, l'appel de la déclaration de culpabilité et la demande en autorisation d'appel de la peine sont rejetés.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR

[1] Le présent appel vise une décision rendue par un juge de la Cour provinciale, qui a déclaré Jason Lavoie coupable de nombreuses infractions criminelles et l'a condamné à purger une peine d'emprisonnement de deux ans. L'appelant soutient qu'il a fait l'objet d'un déni de justice en raison de l'incompétence de l'avocat qu'il avait retenu pour son procès. D'ailleurs, c'est sur cette incompétence qu'il se fonde pour demander que sa condamnation soit écartée afin qu'il puisse subir un deuxième procès, celui-ci devant juge et jury. M. Lavoie demande également l'autorisation de produire un nouvel élément de preuve, puis enfin l'autorisation de faire appel de la peine infligée.

[2] Le juge de la Cour provinciale a déclaré M. Lavoie coupable des infractions suivantes et lui a infligé les peines correspondantes à être purgées consécutivement :

- Méfait public (al. 140(2)a) du *Code criminel*) : 4 mois.
- Vol de moins de cinq mille dollars (al. 334b)(i) du *Code*) : 4 mois.
- Défaut de se conformer à une ordonnance de probation (al. 733.1(1)a) du *Code*) : 1 mois.
- Entrée par effraction dans une résidence (al. 348(1)b) du *Code*) : 4 mois.
- Défaut de se conformer à une ordonnance de probation (al. 733.1(1)a) du *Code*) : 1 mois.
- Voies de fait (al. 266a) du *Code*) : 4 mois.
- Menace de causer les lésions corporelles (al. 264.1(2)a) du *Code*) : 1 mois.

- Défaut de se conformer à une ordonnance de probation (al. 733.1(1)a) du *Code*) : 1 mois.
- Menaces de mort (al.264.1(2)b) du *Code*) : 2 mois.
- Défaut de se conformer à une ordonnance de probation (al.-733.1(1)a) du *Code*) : 1 mois.

[3] De plus, M. Lavoie a plaidé coupable à une accusation d'outrage au tribunal (par. 708(1) du *Code*) et le juge lui a infligé une peine d'incarcération d'un mois consécutif.

[4] M. Lavoie invoque un seul moyen d'appel à l'encontre des déclarations de culpabilité, soit qu'il a subi un préjudice irréparable en raison de l'incompétence de son avocat. Il soutient que son avocat a décidé à la dernière minute de ne pas le faire témoigner, le tout sans lui expliquer les raisons de ce changement de stratégie et sans demander une suspension de l'audience pour en discuter avec lui. Il prétend par ailleurs que son avocat n'a pas communiqué avec certaines personnes qui auraient pu fournir un témoignage utile à la défense et qu'il a fait défaut de produire l'un quelconque de ces témoins.

[5] Au début de l'audience, la Cour a entendu une motion pour production d'une preuve complémentaire, en vertu de l'al. 683(1)d) du *Code*, dont le but était de fournir un fondement au moyen d'appel soulevé. Le pouvoir de la Cour d'appel de recevoir une preuve complémentaire se limite aux éléments qui sont admissibles en vertu des règles de droit applicables. Ce principe est reconnu dans l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, [1977] 1 A.C.S. n° 65 (QL), dans lequel la Cour suprême du Canada a énoncé ce qui suit :

[...] Toute preuve qu'on cherche à produire en vertu du pouvoir discrétionnaire accordé par cet article doit d'abord être recevable. Il est clair que cet article n'autorise pas une cour d'appel à ignorer les règles de droit relatives à la preuve

par ouï-dire. Si tel était le cas, nous nous retrouverions dans une situation anormale puisqu'un avocat pourrait chercher à produire en appel une preuve que la common law interdit de produire au procès. Cet article a un effet uniquement lorsque les conditions de recevabilité prévues par la common law et la loi sont remplies. En l'espèce, ce seuil n'a pas été franchi. [p. 602]

[Je souligne]

[6] En outre, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, la Cour suprême du Canada précise l'approche générale applicable dans une affaire comme celle-ci. Voir aussi : *R. c. Goulette (L.F.)* (2009) 350 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 152, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 367 (QL), 2009 NBCA 49; *R. c. C.P. et al.* (2009), 349 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 214, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 333 (QL), 2009 NBCA 65; *R. c. Morais* (2009), 341 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 75, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 34 (QL), 2009 NBCA 11; *R. c. Sweeney (J.)*, [2005] R.N.-B. (2<sup>e</sup>) Uned. 156, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 431 (QL), 2005 NBCA 91. Dans *R. c. G.D.B.*, la Cour explique que l'appelant doit premièrement établir que les actes ou omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et deuxièmement qu'une erreur judiciaire en a résulté :

La façon d'envisager les allégations de représentation non effective est expliquée dans l'arrêt *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), le juge O'Connor. Cette étude comporte un volet examen du travail de l'avocat et un volet appréciation du préjudice. Pour qu'un appel soit accueilli, il faut démontrer, dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté.

L'incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de l'assistance professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne découlaient pas de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. La sagesse rétrospective n'a pas sa place dans cette appréciation.

Les erreurs judiciaires peuvent prendre plusieurs formes dans ce contexte. Dans certains cas, le travail de l'avocat peut avoir compromis l'équité procédurale, alors que dans d'autres, c'est la fiabilité de l'issue du procès qui peut avoir été compromise.

Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. L'objet d'une allégation de représentation non effective n'est pas d'attribuer une note au travail ou à la conduite professionnelle de l'avocat. Ce dernier aspect est laissé à l'appréciation de l'organisme d'autoréglementation de la profession. S'il convient de trancher une question de représentation non effective pour cause d'absence de préjudice, c'est ce qu'il faut faire (Strickland, précité, à la p. 697). [par. 26-29]

[7] Dans *R. c. Weagle (J.)* (2008), 272 N.S.R. (2d) 335, [2008] N.S.J. No. 583 (QL), 2008 NSCA 122, la Cour résume ainsi l'état du droit pertinent :

[TRADUCTION]

En général, les cours d'appel procèdent avec circonspection lorsqu'elles ont affaire à une plainte relative à l'assistance inefficace d'un avocat; voir par exemple *R. c. Rideout*, 2001 CSC 27, 49 W.C.B. (2d) 435; *R. c. Missions* (2005), 196 C.C.C. (3d) 253 (C.A.N.-É.); *R. c. Persad*, [2001] O.J. No. 1589, 49 W.C.B. (2d) 560 (C.A. Ont.); *R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.); *R. c. Boudreau* (1991), 105 N.S.R. (2d) 15 (C.A.N.-É.); *R. c. Strauss* (1995), 100 C.C.C. (3d) 303 (C.A.C.-B.); *R. c. L.C.B.* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.); *R. c. E.J.B.* (1992), 76 C.C.C. (3d) 530 (C.A. Sask.); *R. c. Davies*, 2008 ONCA 209, 77 W.C.B. (2d) 165). Ces décisions soulignent qu'il n'appartient pas à notre cour de reconsidérer les tactiques, la stratégie ou le jugement de l'avocat au procès ou d'en faire une analyse rétrospective. Une grande déférence doit être accordée aux décisions prises par l'avocat pendant le procès. [p. 343]

Voir aussi *R. c. West* (2010), 288 N.S.R. (2d) 293, [2010] N.S.J. No. 80 (QL), 2010 NSCA 16.

[8] En l'espèce, nous ne sommes pas convaincus que la preuve proposée est admissible. M. Lavoie a déposé un affidavit de douze lignes qui ne satisfait pas aux critères d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve et qui, de toute façon, ne contient aucun élément de preuve faisant état de l'incompétence de son avocat. Par conséquent, la demande en vertu de l'alinéa 683(1)d) doit être rejetée.

[9] Somme toute, le moyen soulevé à l'origine dans l'avis d'appel – la présumée incompétence de l'avocat de M. Lavoie – est rejeté. Le dossier ne contient aucun élément de preuve pouvant étayer ce moyen d'appel.

[10] Nous sommes aussi d'avis de rejeter la demande en autorisation d'appel de la peine infligée. Eu égard à sa totalité, cette peine est tout à fait juste.

[11] En définitive, la demande d'autorisation de produire une preuve complémentaire, l'appel de la déclaration de culpabilité et la demande d'autorisation de d'interjeter appel de la peine sont rejetés.

The following decision was rendered by

THE COURT

[1] This is an appeal from a decision of a judge of the Provincial Court who found Jason Lavoie guilty of numerous criminal offences and sentenced him to two years imprisonment. The appellant alleges that he suffered a denial of justice by reason of the incompetence of his trial counsel. Furthermore, he relies on this incompetence in support of his application to set aside his conviction so that he may undergo a second trial before judge and jury. Mr. Lavoie is also seeking leave to introduce new evidence, as well as leave to appeal his sentence.

[2] The Provincial Court judge found Mr. Lavoie guilty of the following offences and imposed these consecutive sentences:

- Public mischief (s. 140(2)(a) of the *Criminal Code*): 4 months.
- Theft under five thousand dollars (s. 334(b)(i) of the *Code*): 4 months.
- Failure to comply with a probation order (s. 733.1(1)(a) of the *Code*): 1 month.
- Breaking and entering into a residence (s. 348(1)(b) of the *Code*): 4 months.
- Failure to comply with a probation order (s. 733.1(1)(a) of the *Code*): 1 month.
- Assault (s. 266(a) of the *Code*): 4 months.
- Threat to cause bodily harm (s. 264.1(2)(a) of the *Code*): 1 month.
- Failure to comply with a probation order (s. 733.1(1)(a) of the *Code*): 1 month.
- Threats to cause death (s. 264.1(2)(b) of the *Code*): 2 months.
- Failure to comply with a probation order (s. 733.1(1)(a) of the *Code*): 1 month.

[3] Mr. Lavoie also pleaded guilty to a charge of contempt of court (s. 708(1) of the *Code*) and was sentenced to a consecutive sentence of one month in prison.

[4] Mr. Lavoie raises one single ground of appeal against these convictions, that is, that he suffered irreparable harm by reason of his counsel's incompetence. He argued that counsel decided at the last minute not to have him testify and did not explain to him the reasons for the change in strategy, or request a recess to discuss this with him. He further contends that his counsel did not speak with certain persons who could have provided valuable testimony for the defence, and that he failed to produce any of them as witnesses.

[5] At the beginning of the hearing, the Court heard a motion to introduce supplementary evidence under s. 683(1)(d) of the *Code*, the purpose of which was to provide a basis for the ground of appeal raised. The authority of the Court of Appeal to do so is limited to evidence admissible under the applicable rules of law. This principle was recognized in *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591, [1977] 1 S.C.J. (QL), in which the Supreme Court of Canada stated as follows:

[...] It is a prerequisite that any evidence sought to be adduced under the discretion granted by that section be admissible evidence. The section manifestly does not authorize a Court of Appeal to dispense with the law of hearsay evidence. If that were so we would have the anomalous situation in which counsel could seek to adduce on appeal that which the common law prohibits at trial. The section is not operative until the threshold for admissibility as defined by common law and statute is crossed. That threshold has not been crossed in the instant case.

[Emphasis added.]

[6] Furthermore, in *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, the Supreme Court of Canada clarified the general approach to be taken in matters such as this. See also: *R. v. Goulette (L.F.)* (2009), 350 N.B.R. (2d) 152, [2009] N.B.J. No. 367 (QL), 2009 NBCA 49; *R. v. C.P. et al.* (2009), 349 N.B.R. (2d) 214 (C.A.), [2009] N.B.J. No.

333 (QL), 2009 NBCA 65; *R. v. J.M.* (2009), 341 N.B.R. (2d) 75, [2009] N.B.J. No. 34 (QL), 2009 NBCA 11; *R. v. Sweeney (J.)* [2005] N.B.R. (2d) Uned. 156, [2005] N.B.J. No. 431 (QL), 2005 NBCA 91. In *R. v. G.D.B.*, the Supreme Court specified that the appellant must first establish that counsel's acts or omissions constituted incompetence, and secondly, that a miscarriage of justice resulted:

The approach to an ineffectiveness claim is explained in *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), *per* O'Connor, J. The reasons contain a performance component and a prejudice component. For an appeal to succeed, it must be established, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted.

Incompetence is determined by a reasonableness standard. The analysis proceeds upon a strong presumption that counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that are alleged not to have been the result of reasonable professional judgment. The wisdom of hindsight has no place in this assessment.

Miscarriages of justice may take many forms in this context. In some instances, counsel's performance may have resulted in procedural unfairness. In others, the reliability of the trial's result may have been compromised.

In those cases where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. The object of an ineffectiveness claim is not to grade counsel's performance or professional conduct. The latter is left to the profession's self-governing body. If it is appropriate to dispose of an ineffectiveness claim on the ground of no prejudice having occurred, that is the course to follow (*Strickland*, *supra*, at p. 697) [paras. 26-29].

[7] In *R. v. Weagle (J.)* (2008), 272 N.S.R. (2d) 35, [2008] N.S.J. No. 583 (QL), 2008 NSCA 122, the Court summarized the relevant law as follows:

Appellate courts generally take a cautious approach to claims of ineffective assistance of counsel. See for example: *R. v. Rideout*, 2001 SCC 27, 49 W.C.B. (2d) 435; *R. v. Missions* (2005), 196 C.C.C. (3d) 253 (N.S.C.A.); *R. v. Persad*, [2001] O.J. No. 1589, 49 W.C.B. (2d) 560 (Ont. C.A.); *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.); *R. v. Boudreau* (1991), 105 N.S.R. (2d) 15 (N.S.C.A.); *R. v. Strauss* (1995), 100 C.C.C. (3d) 303 (B.C.C.A.); *R. v. B.(L.C.)* (1996), 104 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.); *R. v. B.(E.J.)* (1992), 76 C.C.C. (3d) 530 (Sask. C.A.); *R. v. Davies*, 2008 ONCA 209, 77 W.C.B. (2d) 165). These cases emphasize that it is not the function of this court to second guess or perform a retrospective analysis of trial tactics, strategy or the judgment exercised by trial counsel. Considerable deference is owed to counsel's decisions made during the trial. [p. 343]

See also *R. v. West* (2010), 288 N.S.R. (2d) 293, [2010] N.S.J. No. 80 (QL), 2010 NSCA 16.

[8] In this instance, we are not convinced that the evidence sought to be adduced is admissible. Mr. Lavoie filed a twelve-line affidavit which does not satisfy the criteria for the admissibility of fresh evidence and which, in any event, contains no evidence as to counsel's incompetence. Accordingly, the application under s. 683(1)(d) must be dismissed.

[9] In short, the first ground raised in the notice of appeal – the alleged incompetence of Mr. Lavoie's counsel – is dismissed. The record contains no evidence to support this ground of appeal.

[10] We would also dismiss the application for leave to appeal sentence. Viewed as a whole, the sentence is completely appropriate.

[11] In the end, the application for leave to introduce supplementary evidence, the appeal from the conviction and the application for leave to appeal sentence are dismissed.