

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

158-11-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

NICOLAS ROBICHAUD

NICOLAS ROBICHAUD

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Robichaud, 2012 NBCA 87

R. c. Robichaud, 2012 NBCA 87

CORAM:

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

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Provincial Court:
October 17, 2011

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 17 octobre 2011

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
October 17, 2011 – Unreported

Décision frappée d'appel :
Le 17 octobre 2011 - Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appeal heard:
June 20, 2012

Appel entendu :
Le 20 juin 2012

Judgment rendered:
October 18, 2012

Jugement rendu :
Le 18 octobre 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Cameron H. Gunn

Pour l'appelante :
Cameron H. Gunn

For the respondent:
James J. Matheson

Pour l'intimé :
James J. Matheson

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed without costs.

Rejette l'appel sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

[1] The Attorney General appeals against a verdict of acquittal by a judge of the Provincial Court following the trial of Nicolas Robichaud on charges arising out of a tragic boating accident that resulted in the death of an individual and the injury of another. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

I. Summary of Facts and Background

[2] By dusk on Friday, July 10, 2009, most individuals, part of a group of boaters who had enjoyed a day on the waters of Miramichi Bay at or near Portage Island, had returned to the Neguac wharf. Nicolas Robichaud and two others, each operating personal watercraft (commonly known as jet skis) were in the last group of boaters to leave the island. The three jet skis were following a towing operation in which a disabled vessel was being towed to shore. As the towing operation made its way back to the Neguac wharf, it stopped on several occasions due to shallow water and overheating. On the final stop, two of the jet-ski operators left the towing operation and returned to the wharf while Nicolas Robichaud remained with the disabled boat. After night had fallen, Mr. Robichaud also decided to leave the towing operation in the direction of the wharf. Since he was not as knowledgeable of the waters at night as were his friends, he asked Cleo Allain, whose boat was being towed, for directions. Mr. Allain directed him to “head for the green light”. Shortly after leaving the towing operation, Nicolas Robichaud struck a low lying speed boat operated by Paul Robichaud. As a result of the impact, Paul Robichaud’s friend, France Allain was killed and his spouse, Nathalie Robichaud, was injured.

[3] The trial judge concluded that neither the jet ski operated by Nicolas Robichaud, nor the speed boat operated by Paul Robichaud, was displaying navigational lights as required by the *Small Vessel Regulations*, C.R.C., c. 1487 at the time of the collision.

[4] Nicolas Robichaud was eventually charged with, and acquitted of, four counts in which it was alleged that he caused: (1) death while his ability to operate a vessel was impaired by alcohol (s. 255(3) of the *Criminal Code*); (2) bodily harm while his ability to operate a vessel was impaired by alcohol (s. 255(2)); (3) death while operating a vessel in a dangerous manner (s. 249(4)); and (4) bodily harm while operating a vessel in a dangerous manner (s. 249(3)).

II. Grounds of Appeal

[5] The Attorney General contends the trial judge erred on the following bases when he acquitted Nicolas Robichaud of the two counts of dangerous operation of a vessel:

1. failing to consider all the evidence relevant to a material finding and by abdicating his judicial function by holding that he required expert evidence to make findings of fact with respect to the speed of the vessel;
2. applying an inappropriate and incorrect burden of proof with respect to individual pieces of evidence;
3. misapplying the law with respect to the test for the *mens rea* for the offences; and
4. concluding that the *mens rea* had not been proven.

The Attorney General may only appeal from an acquittal on a ground that involves an error of law alone (s. 676(1)(a)).

III. Analysis

A. *Failure to consider all relevant evidence and abdication of judicial function*

[6] The Attorney General contends the trial judge was required to determine whether or not, in the circumstances, Nicolas Robichaud operated his vessel at an

excessive rate of speed. He contends that not only did the trial judge fail to make that determination, he also abdicated his judicial function by stating he could not do so in the absence of expert evidence. I am of the view the the Attorney General's assessment in this regard is ill-founded since the trial judge in fact determined that question. He simply did not accept the theory of the Crown. After concluding neither vessel was operating with its navigational lights on, the trial judge turned his attention to whether or not Nicolas Robichaud was travelling at an excessive speed. He concluded as follows:

I heard no witness testifying that Nicolas Robichaud's handling of his jet ski was other than normal in the hours preceding the collision. Nicole Allain, one of the last to see him prior to the collision testified that she did not note anything unusual about the accused's speed when he left them to go to the wharf. The only observation made by Cleo Allain of that same departure was that the nose of his jet ski rose as the accused took off in the direction of the wharf but he has no idea of its speed at the time. The Crown argues that I can and should infer from the wild takeoff and the fact the jet ski flew over the boat doing such violence to the two victims, that its speed was excessive in the circumstances. Without the benefit of expert evidence as to the force required to inflict the injuries to the victims or of an accident reconstruction expert to assist in determining the speed required for a jet ski to be propelled across the 2 meter width of a low riding boat. Without expert evidence I have no idea of the extent of the damage depicted to the boat's hull in the photo exhibits, though it does not look extensive to my untrained eye, nor do I have any idea of the speed required to do the damage depicted.

Applying the objective test of *Beatty* I find beyond a reasonable doubt that operating a jet ski without navigation lights at night creates a danger to the public. It is obvious to me that while the presence of navigation lights complying with the *Collision Regulations* does not help the operator in seeing at night, those lights are of great assistance in ensuring that your own vessel can be seen by others and reducing the risk of collision. The accused had asked Cleo Allain at one point in the towing operation to please turn on his navigation lights and was obviously aware of their value to boaters. Thus the *actus reus* is proven.

I believe this accident occurred because the small boat with a low profile which the two victims were on was being operated on a dark night without its navigation lights and was essentially invisible to the accused as he approached it. Kenneth Kenny and other witnesses described the boat as riding very low in the water and difficult to see even in the lighting conditions at the wharf. No one saw it prior to its sudden arrival at the wharf. The accused was contributorily negligent in operating his jet ski after sunset without navigation lights because he was essentially invisible to those on the boat as he approached, thereby depriving them of an opportunity to take evasive measures. There is no evidence the accused was driving erratically or at excessive speed throughout the voyage in the group from Portage Island in the dark and I am reluctant to infer excessive speed from the circumstances of the collision. Objectively I am not satisfied beyond a reasonable doubt that Nicolas Robichaud's conduct at the relevant time amounted to a marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in his circumstances. With the earlier departure of the other 2 lightless jet skis from the convoy it was not patently unreasonable for him to assume his was the only unlit vessel in the area. Despite his bad luck in having such an unlikely event occur his conduct, in my view, amounted to an error in judgment triggering civil liability but was not sufficiently blameworthy as to constitute the *mens rea* of a dangerous driving offence. [paras. 13-15]

[Underlining in original text.]

- [7] In assessing the speed of the boat, the trial judge referred to the testimony of witnesses to the speed of the vessel in the hours before the collision. Nicole Allain, one of the last to see Nicolas Robichaud operate the jet ski before the collision, did not notice anything unusual about his speed. Cleo Allain could offer no opinion about the speed of the vessel as it left the towing operation. Before the trial judge, the Crown contended excessive speed should be inferred because of the "wild take-off" and the fact the jet ski "flew over" the low lying speed boat. Wisely, the trial judge declined the invitation to speculate. The trial judge noted that he is a lay-person, the physical damage did not appear to be extensive, and without expert evidence from an accident reconstructionist, he considered himself incapable of accepting the Crown's assertion.

The trial judge went on to state, as noted above: “[...] There is no evidence the accused was driving erratically or at excessive speed throughout the voyage in the group from Portage Island in the dark and I am reluctant to infer excessive speed from the circumstances of the collision. [...]” (para. 15). The trial judge also noted that Nicolas Robichaud, being the last one to enter the wharf area, would not have anticipated a low lying unlit boat in his path.

[8] The Attorney General contends the trial judge abdicated his judicial function when he stated that an expert reconstruction witness would have been useful in assessing the speed of the vessel. However, those observations by the trial judge were made in response to a Crown invitation to speculate about speed based upon damage done and the perceived “flight” of the jet ski. I am of the view the trial judge adequately considered the evidence when one considers the live issues and the parties’ key arguments. In any event, failure to consider all the evidence does not raise a question of law alone. In *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, the Crown attempted to frame mixed fact and law questions as questions of law alone by contending the trial judge failed to consider all the evidence. Cromwell J.’s observations in *J.M.H.* are instructive:

A trial judge is not required to refer to every item of evidence considered or to detail the way each item of evidence was assessed. As Binnie J. pointed out in *Walker*, “Reasons are sufficient if they are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue” (para. 20). *Walker* also clearly holds that the adequacy of a trial judge’s reasons is informed by the limited grounds for Crown rights of appeal from acquittals (paras. 2 and 22). As Binnie J. succinctly put it, “Caution must be taken to avoid seizing on perceived deficiencies in a trial judge’s reasons for acquittal to create a ground of ‘unreasonable acquittal’ which is not open to the court under the provisions of the Criminal Code” (para. 2). [para. 32]

[9] In *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, Binnie J. stated:

A major difference between the position of the Crown and the accused in a criminal trial, of course, is that the accused benefits from the presumption of innocence. [...] [W]hereas a conviction requires the prosecution to establish each of the factual elements of the offence beyond a reasonable doubt, no such requirement applies to an acquittal which, unlike a conviction, can rest simply on the absence of proof. [...] [para. 22]

I am of the view similar observations apply with respect to this case. To accede to the Attorney General's request would create a new ground of appeal of "unreasonable acquittal" which is "incompatible with the presumption of innocence and the burden which rests on the prosecution to prove its case beyond a reasonable doubt": *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381 at para. 33.

B. *The burden of proof with respect to individual pieces of evidence*

[10] In the course of rendering his decision the trial judge stated:

[...] Notwithstanding Nathalie Robichaud's evidence that France Allain always insisted that the navigation lights be on even in daylight and Paul Robichaud's insistence that his navigation lights were on at the time, I'm not convinced beyond a reasonable doubt. [...] [para 12] [Emphasis is mine.]

[11] The Attorney General contends the trial judge erred by applying a "beyond a reasonable doubt" standard to the assessment evidence. If this assertion were correct, this ground of appeal could still only succeed should this Court conclude the verdict would, but for the error, not necessarily have been the same: *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Noel*, 2010 NBCA 28, 358 N.B.R. (2d) 108; and *R. v. Martin*, 2010 NBCA 41, 361 N.B.R. (2d) 251, leave to appeal refused, [2010] S.C.C.A. No. 302 (QL). There is an abundance of jurisprudence, both from this Court and the Supreme Court, which supports

the view that a trial judge commits an error of law if he or she subjects individual pieces of evidence to the standard of proof beyond a reasonable doubt: *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, [1988] S.C.J. No. 80 (QL) at para. 41; *R. v. B.(G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, [1990] S.C.J. No. 57 (QL) at pp. 75-77 and 79; *R.S.L. v. R.*, 2006 NBCA 64, 300 N.B.R. (2d) 24 at para. 101; *R. v. L.C.M.*, 2011 NBCA 14, 368 N.B.R. (2d) 194 at para. 3; and *R. v. Pleasance*, 2012 NBCA 4, 382 N.B.R. (2d) 292 at para. 6. Evidence must be considered as a whole, with the trial judge determining the weight to be given to each individual piece of evidence.

[12] I would note, however, that the trial judge’s analysis of the evidence relating to the navigational lights did not stop at the excerpt relied upon by the Attorney General in support of this ground of appeal. The paragraph continues:

[...] It is more likely in my mind that Paul and Nathalie Robichaud are simply mistaken in their recall of the state of their navigation lights than it is that the collision somehow switched them off while leaving them fully functional. Both France and Nathalie had been enjoying some beer as they watched the sun setting that night and it is not unreasonable to posit that the circumstances were such that France forgot her nervousness about the state of the navigation lights for a while. On balance I find that the navigation lights on the Paul Robichaud boat were not on at the time of the collision. [para. 12] [Emphasis is mine.]

By employing the words “more likely” and “on balance”, the trial judge demonstrated he was alive to the correct test to be applied, and in my opinion, applied that test.

[13] In addition I would note the trial judge’s conclusion that the navigational lights on Paul Robichaud’s vessel were not engaged at the time of the collision is supported by witnesses who saw the vessel arrive at the Neguac wharf with no lights on, and by police witnesses who later tested the lights and confirmed they were in working order. While I am satisfied the trial judge applied the correct test to the admissibility of the evidence, in the event he did not, I would conclude the Crown has failed to establish, absent the error, that the verdict would not necessarily have been the same.

C. *Grounds 3 and 4 – Misapplication of the test for mens rea in relation to dangerous operation of vessel offences (ss. 249(3) and 249(4))*

[14] At the hearing of this appeal, counsel combined their arguments with respect to grounds 3 and 4. I intend to do the same in these reasons for decision.

[15] Both counsel agree the correct test to be applied for purposes of assessing whether the Attorney General proved beyond a reasonable doubt that Nicolas Robichaud possessed the necessary *mens rea* is found in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49 and *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] S.C.J. No. 26 (QL). The focus of the *mens rea* analysis is on whether the dangerous manner of operating the vessel, presuming the *actus reus* has been established, is a marked departure from the standard of care which a reasonable person would have exercised in the circumstances (see *R. v. Roy* at para. 36). Both counsel also agree the trial judge properly relied upon *R. v. Beatty*, and properly formulated the marked departure test. The lawyers part company with respect to the trial judge's assessment of the facts en route to determining whether Nicolas Robichaud's conduct met the marked departure requirement. Since that analysis goes only to the issue of proof beyond a reasonable doubt of *mens rea*, I am of the view it would not, in any circumstance, constitute a question of law alone. The matter of sufficiency of proof is a question of fact for the trial judge and is not a question of law: *R. v. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.*, [1969] S.C.R. 221, [1968] S.C.J. No. 94 (QL); *R. v. Poirier*, [1998] 1 S.C.R. 24, [1998] S.C.J. No. 4 (QL). The Crown therefore has no jurisdiction to appeal on this ground of appeal. Given my opinion on the other grounds of appeal, it follows, that I would dismiss the Crown appeal.

D. *Additional Observations and Conclusion*

[16] There are two additional observations I wish to make in relation to this matter and the arguments presented. First, nothing in these reasons should be taken to detract from the horrific nature of this unfortunate accident. A life was lost. No criminal prosecution or award of damages can ever replace the loss to the deceased's loved ones

or to the community at large. In *Beatty*, three lives were lost. As in *Beatty*, Nicolas Robichaud faced the stigma of criminal prosecution, potential conviction, a life-time of being labeled a criminal offender and a maximum of 14 years' imprisonment. The law does not lightly brand a person as a criminal: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 91 (QL), at p. 59. I would, as did Charron J. of the Supreme Court, adopt the comments of the trial judge in *Beatty* when she stated:

[...]There is nothing a court can do or say that will adequately redress the loss suffered by the victims' families in such circumstances. However, in assessing criminal culpability it is not the consequences of a negligent act of driving that determines whether an accused's manner of driving is objectively dangerous. It is the driving itself that must be examined. [...] [para. 14]

[17] The focus on the driving in *Beatty*, or, as in this case, the operation of the vessel, leads me to a second and concluding observation. The Crown set out nine factors it says constitute the totality of the circumstances, and contends that, had the trial judge considered them, he would have concluded the necessary *mens rea* had been proven. I have carefully considered those factors and can confidently say each of them was considered by the trial judge. I would provide the following as but one example. The Attorney General asserts the trial judge failed to consider that it was "a very dark night". Yet, the trial judge made the following observations:

1. [...] They were following Jean Guy Kenny's boat which was towing Cleo Allain's broken down boat as darkness descended. [...]
2. [...] When Nicolas Robichaud, who was not as knowledgeable of those waters at night [...].;
3. [...] At the last stop, within sight of the last green buoy [...] it was full darkness [...].;
4. [...] It was fully dark when Ghislain arrived [...].;
5. There is no evidence the accused was driving erratically or at excessive speed [...] in the dark [...].

[18] Similar observations can be made with respect to the other eight factors the Attorney General contends were not adequately considered. While it is apparent the trial judge ordered his reasons differently than expected by the Crown, in my view he touched upon every factor which the Attorney General says was not adequately considered, even though in law he had no strict obligation to do so.

[19] For the reasons set out in paragraphs 1 to 15, I would dismiss the appeal.

LE JUGE BELL

[1] Le procureur général interjette appel d'un verdict d'acquittement prononcé par un juge de la Cour provinciale à l'issue du procès de Nicolas Robichaud relativement à des accusations découlant d'un tragique accident de navigation qui a entraîné le décès d'une personne et causé des blessures à une autre. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

I. Résumé des faits et contexte

[2] À la tombée de la nuit, le 10 juillet 2009, les membres d'un groupe de plaisanciers qui avaient passé une belle journée sur les eaux de la baie de Miramichi, à l'île Portage ou aux environs de cette île, étaient presque tous rentrés au quai de Neguac. Nicolas Robichaud et deux autres personnes, chacun au volant d'une embarcation personnelle (communément appelée une motomarine), faisaient partie du dernier groupe de plaisanciers à avoir quitté l'île. Les trois motomarines suivaient une opération de remorquage dans le cadre de laquelle un bateau avarié était remorqué jusqu'à la rive. Pendant que le convoi regagnait le quai de Neguac, il s'est immobilisé à plusieurs reprises en raison de la faible profondeur des eaux et d'une surchauffe. Lors du dernier arrêt, deux des conducteurs de motomarines ont quitté le convoi et sont retournés au quai tandis que Nicolas Robichaud est resté à proximité du bateau avarié. Une fois la nuit tombée, M. Robichaud a lui aussi décidé de quitter le convoi et de se diriger vers le quai. Puisque sa connaissance des eaux la nuit n'était pas aussi bonne que celle qu'en avaient ses amis, il a demandé son chemin à Cleo Allain, dont le bateau était en train d'être remorqué. M. Allain lui a dit de [TRADUCTION] « se diriger vers le feu vert ». Peu après avoir quitté le convoi, Nicolas Robichaud a heurté un bateau haute vitesse de faible hauteur conduit par Paul Robichaud. Par suite de l'impact, l'amie de Paul Robichaud, France Allain, a été tuée et son épouse, Nathalie Robichaud, a été blessée.

[3] Le juge du procès a conclu qu'au moment de la collision, les feux de navigation prescrits par le *Règlement sur les petits bâtiments*, C.R.C., ch. 1487, n'étaient allumés ni sur la motomarine conduite par Nicolas Robichaud, ni sur le bateau haute vitesse conduit par Paul Robichaud.

[4] Nicolas Robichaud a finalement été accusé, et acquitté, des quatre infractions suivantes : avoir causé (1) la mort pendant que sa capacité de conduire un bateau était affaiblie par l'effet de l'alcool (par. 255(3) du *Code criminel*); (2) des lésions corporelles pendant que sa capacité de conduire un bateau était affaiblie par l'effet de l'alcool (par. 255(2)); (3) la mort en conduisant un bateau d'une façon dangereuse (par. 249(4)); et (4) des lésions corporelles en conduisant un bateau d'une façon dangereuse (par. 249(3)).

II. Les moyens d'appel

[5] Le procureur général prétend que le juge du procès a commis une erreur, pour les motifs suivants, lorsqu'il a acquitté Nicolas Robichaud des deux chefs ressortissant à la conduite dangereuse d'un bateau :

1. Il n'a pas tenu compte de l'ensemble de la preuve pertinente pour ce qui concernait une conclusion substantielle et a renoncé à exercer sa fonction judiciaire en concluant qu'il avait besoin d'une preuve d'expert pour tirer des conclusions de fait relativement à la vitesse du bateau;
2. Il a appliqué une charge de la preuve inappropriée et incorrecte à des éléments de preuve individuels;
3. Il a appliqué le droit d'une façon erronée en ce qui concerne le critère régissant la détermination de la *mens rea* dans le cas des infractions imputées;
4. Il a conclu que la *mens rea* n'avait pas été établie.

Le procureur général ne peut interjeter appel d'un acquittement que pour un motif qui soulève une erreur de droit seulement (al. 676(1a)).

III. Analyse

A. *L'omission d'examiner toute la preuve pertinente et la renonciation à exercer une fonction judiciaire*

[6] Le procureur général prétend que le juge du procès était tenu de décider si, dans les circonstances, Nicolas Robichaud a conduit son embarcation à une vitesse excessive. Il prétend que non seulement le juge n'a pas tranché cette question mais il a renoncé à exercer sa fonction judiciaire en disant qu'il ne pouvait pas le faire en l'absence d'une preuve d'expert. J'estime que l'évaluation que fait le procureur général à cet égard est mal fondée puisque le juge du procès a en fait tranché cette question. Il n'a tout simplement pas souscrit à la thèse du ministère public. Après avoir conclu que les feux de navigation n'étaient allumés sur aucune des deux embarcations pendant que celles-ci se déplaçaient, le juge du procès a porté son attention sur la question de savoir si Nicolas Robichaud se promenait à une vitesse excessive. Il a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Je n'ai entendu aucun témoin dire que la façon dont Nicolas Robichaud conduisait sa motomarine a été autre que normale au cours des heures qui ont précédé la collision. Nicole Allain, une des dernières personnes à l'avoir vu avant la collision, a témoigné qu'elle n'avait rien remarqué d'inhabituel en ce qui concernait la vitesse à laquelle naviguait l'accusé lorsqu'il les avait quittés pour se rendre au quai. La seule observation qu'a faite Cleo Allain relativement à ce même départ, a été que l'avant de sa motomarine s'est soulevé au moment où l'accusé a démarré en direction du quai mais qu'il n'avait aucune idée de sa vitesse à ce moment-là. Le ministère public prétend que je peux et que je dois inférer de ce départ en trombe et du fait que la motomarine a volé au-dessus du bateau en heurtant les deux victimes avec une si grande violence que sa vitesse était excessive dans les circonstances. Puisque je n'ai pas l'avantage d'avoir accès à une preuve d'expert concernant

la force requise pour infliger des blessures de cette nature aux victimes ni à un expert en reconstitution d'accidents pour m'aider à déterminer quelle est la vitesse nécessaire pour qu'une motomarine soit propulsée sur toute la largeur d'un bateau bas sur l'eau, largeur qui était de deux mètres, sans preuve d'expert, je n'ai aucune idée de l'étendue des dommages qu'a subis la coque du bateau selon ce que l'on peut voir sur les photos déposées comme pièces, bien que ces dommages ne semblent pas importants à mes yeux de profane, et je n'ai non plus aucune idée de la vitesse nécessaire pour causer les dommages montrés.

Si j'applique le critère objectif énoncé dans l'arrêt *Beatty*, je conclus hors de tout doute raisonnable que le fait de conduire une motomarine sans feux de navigation la nuit constitue un danger pour le public. Il est évident à mes yeux que bien que la présence de feux de navigation conformes au *Règlement sur les abordages* n'aide pas le conducteur à voir la nuit, ces feux sont fort utiles pour que votre propre bateau soit bien visible et pour réduire le risque de collision. L'accusé a demandé à Cleo Allain à un certain moment pendant l'opération de remorquage de bien vouloir allumer ses feux de navigation et il est manifeste qu'il était conscient de leur importance pour les plaisanciers. L'*actus reus* a donc été établi.

Je crois que cet accident s'est produit parce que le petit bateau, de faible hauteur, à bord duquel se trouvaient les deux victimes se déplaçait par une nuit sombre sans feux de navigation et était essentiellement invisible aux yeux de l'accusé pendant que celui-ci s'en approchait. Kenneth Kenny et d'autres témoins ont dit de ce bateau qu'il naviguait très bas sur l'eau et était difficile à voir même avec l'éclairage qu'il y avait au quai. Personne ne l'a vu avant son arrivée soudaine au quai. L'accusé s'est rendu coupable de négligence contributive en conduisant sa motomarine après le coucher du soleil sans feux de navigation parce qu'il était pour ainsi dire invisible pour les personnes se trouvant sur le bateau pendant qu'il s'en approchait, ce qui a privé ces personnes de la possibilité de faire une manœuvre évasive. Il n'existe aucune preuve établissant que l'accusé avait conduit de façon déconcertante ou circulé à une vitesse excessive pendant le trajet effectué en compagnie du groupe, depuis l'île Portage, dans l'obscurité et je suis réticent à inférer des circonstances de la collision qu'il circulait à une vitesse

excessive. Objectivement, je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable que la conduite de Nicolas Robichaud au moment pertinent a constitué un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable se trouvant dans la même situation. Compte tenu du fait que les deux autres motomarines qui n'avaient pas de feux de navigation avaient antérieurement quitté le convoi, il n'était pas manifestement déraisonnable qu'il tienne pour acquis que son embarcation était la seule embarcation sans feux dans le secteur. Malgré la malchance qu'il a eue d'être impliqué dans un événement aussi peu probable, j'estime que sa conduite a constitué une erreur de jugement engageant sa responsabilité civile mais qu'elle n'était pas suffisamment blâmable pour établir la *mens rea* de l'infraction de conduite dangereuse. [Par. 13 à 15]

[Souligné dans l'original.]

- [7] Pour évaluer la vitesse de l'embarcation, le juge du procès s'est reporté aux témoignages rendus par certains témoins quant à la vitesse à laquelle elle avait circulé au cours des heures qui avaient précédé la collision. Nicole Allain, une des dernières personnes à avoir vu Nicolas Robichaud conduire la motomarine avant la collision, n'avait rien remarqué d'inhabituel à propos de sa vitesse. Cleo Allain n'avait aucune opinion à exprimer en ce qui concernait la vitesse de la motomarine au moment où elle avait quitté les lieux de l'opération de remorquage. Devant le juge du procès, le ministère public a prétendu qu'il y avait lieu d'inférer qu'elle naviguait à une vitesse excessive en raison du [TRADUCTION] « départ en trombe » et du fait que la motomarine a « volé au-dessus » du bateau haute vitesse de faible hauteur. Le juge du procès a décliné l'offre qui lui a été faite de se livrer à des conjectures, ce qui était sage de sa part. Il a souligné qu'il était profane en la matière, que les dommages matériels ne semblaient pas importants et que sans le témoignage d'expert d'un spécialiste en reconstitution d'accidents, il estimait être dans l'incapacité de souscrire à la prétention du ministère public. Le juge du procès a ensuite dit ceci, comme nous l'avons vu ci-dessus : [TRADUCTION] « Il n'existe aucune preuve établissant que l'accusé avait conduit de façon imprévisible ou circulé à une vitesse excessive pendant le trajet effectué en compagnie du groupe, depuis l'île Portage, dans l'obscurité et je suis réticent à inférer des

circonstances de la collision qu'il circulait à une vitesse excessive » (par. 15). Le juge du procès a également souligné que Nicolas Robichaud, étant la dernière personne à revenir dans le secteur du quai, ne devait pas s'attendre à ce qu'un bateau sans feux, bas sur l'eau, se trouve sur son chemin.

[8] Le procureur général prétend que le juge du procès a renoncé à exercer sa fonction judiciaire lorsqu'il a dit qu'un expert en reconstitution d'accidents aurait été utile aux fins d'évaluer la vitesse de l'embarcation. Toutefois, le juge du procès a fait ces observations en réponse à une invitation que lui avait lancée le ministère public d'évaluer la vitesse par conjectures en s'appuyant sur les dommages causés et sur ce qui avait été perçu comme le [TRADUCTION] « vol » effectué par la motomarine. Je suis d'avis que le juge du procès a convenablement examiné la preuve si l'on tient compte des questions en litige et des principaux arguments des parties. Quoi qu'il en soit, l'omission de tenir compte de la preuve dans son ensemble ne soulève pas une question de droit seule. Dans l'affaire *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, le ministère public avait essayé de faire passer des questions mixtes de fait et de droit pour des questions de droit seules en prétendant que le juge du procès n'avait pas tenu compte de toute la preuve. Les observations qu'a faites le juge Cromwell, dans l'arrêt *J.M.H.*, sont instructives :

Le juge du procès n'est pas tenu de mentionner chacun des éléments de preuve qu'il a examinés ou d'expliquer en détail l'appréciation qu'il a faite de chacun d'eux. Comme l'a souligné le juge Binnie dans *Walker*, « [l]es motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l'abstrait, mais d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige » (par. 20). L'arrêt *Walker* établit aussi clairement que le caractère suffisant des motifs du juge du procès est fonction des moyens limités permettant au ministère public de faire appel d'un acquittement (par. 2 et 22). Comme l'a dit succinctement le juge Binnie, « [i]l faut prendre garde de ne pas s'arrêter aux lacunes apparentes des motifs formulés par le juge du procès lors de l'acquittement pour créer un motif d'«acquittement déraisonnable», verdict que le tribunal ne peut prononcer en vertu du *Code criminel* » (par. 2). [Par. 32]

[9] Voici ce qu'a dit le juge Binnie dans l'arrêt *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245 :

La différence majeure entre la position du ministère public et celle de l'accusé dans un procès criminel tient à ce que, bien sûr, l'accusé jouit de la présomption d'innocence. [...] [T]andis que l'accusé ne peut être déclaré coupable que si la poursuite établit chacun des éléments factuels de l'infraction au-delà de tout doute raisonnable, cette exigence ne s'applique pas à un acquittement qui, contrairement à une condamnation, peut reposer simplement sur l'*absence* de preuve. [...] [Par. 22]

J'estime que des observations semblables sont valables pour ce qui concerne la présente instance. En accédant à la requête du procureur général, on se trouverait à créer un nouveau moyen d'appel fondé sur l'« acquittement déraisonnable », notion qui est « incompatible [...] avec la présomption d'innocence et l'obligation qu'a la poursuite de présenter une preuve hors de tout doute raisonnable » : *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, au par. 33.

B. *La charge de la preuve applicable en ce qui concerne les éléments de preuve individuels*

[10] Pendant qu'il rendait sa décision, le juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Malgré le témoignage de Nathalie Robichaud selon lequel France Allain insistait toujours pour que les feux de navigation soient allumés, même le jour, et le fait que Paul Robichaud maintient que ses feux de navigation étaient allumés au moment en question, je n'en suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable. [...]

[Par. 12] [C'est moi qui souligne.]

[11] Le procureur général prétend que le juge du procès a commis une erreur en appliquant la norme dite « hors de tout doute raisonnable » à l'appréciation de la preuve. À supposer que cette prétention soit juste, ce moyen d'appel ne pourrait être

accueilli que si la Cour concluait que n'eût été cette erreur, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même : *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Noel*, 2010 NBCA 28, 358 R.N.-B. (2^e) 108; et *R. c. Martin*, 2010 NBCA 41, 361 R.N.-B. (2^e) 251, autorisation de pourvoi refusée, [2010] C.S.C.R. n^o 302 (QL). Il y a une jurisprudence considérable, émanant tant de notre Cour que de la Cour suprême, qui appuie l'opinion voulant que le juge du procès commette une erreur de droit s'il assujettit des éléments de preuve individuels à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable : *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, [1988] A.C.S. n^o 80 (QL), au par. 41; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, [1990] A.C.S. n^o 57 (QL), aux p. 75 à 77 et 79; *R.S.L. c. R.*, 2006 NBCA 64, 300 R.N.-B. (2^e) 24, au par. 101; *L.C.M. c. R.*, 2011 NBCA 14, 368 R.N.-B. (2^e) 194, au par. 3; et *Pleasance c. R.*, 2012 NBCA 4, 382 R.N.-B. (2^e) 292, au par. 6. La preuve doit être examinée dans son ensemble, le juge du procès devant déterminer la force probante qu'il faut reconnaître à chaque élément de preuve pris individuellement.

[12] Je soulignerais, toutefois, que l'analyse qu'a faite le juge du procès de la preuve relative aux feux de navigation ne s'est pas limitée à l'extrait qu'a invoqué le procureur général à l'appui de ce moyen d'appel. Voici la suite du paragraphe en question :

[TRADUCTION]

[...] Il est surtout probable, à mon sens, que Paul et Nathalie Robichaud ont tout simplement un souvenir erroné de l'état de leurs feux de navigation et non que la collision les aurait d'une façon ou d'une autre éteints tout en les laissant en parfait état de fonctionnement. France et Nathalie avaient toutes deux pris plaisir à boire un peu de bière en regardant le soleil se coucher ce soir-là et il n'est pas déraisonnable d'avancer que dans les circonstances, France a oublié pendant un moment la crainte que suscitait chez elle l'état des feux de navigation. Tout compte fait, je conclus que les feux de navigation du bateau de Paul Robichaud n'étaient pas allumés au moment de la collision. [Par. 12] [C'est moi qui souligne.]

En employant les expressions [TRADUCTION] « surtout probable » et [TRADUCTION] « [t]out compte fait », le juge du procès a montré qu'il était bien au fait du critère à appliquer et il a, à mon avis, appliqué ce critère.

[13] De plus, je soulignerais que la conclusion du juge du procès selon laquelle les feux de navigation du bateau de Paul Robichaud n'étaient pas allumés au moment de la collision a été étayée par des témoins qui ont vu le bateau arriver au quai de Neguac tous feux éteints et par des témoins membres de la force policière qui ont plus tard vérifié les feux en question et ont confirmé qu'ils étaient en bon état de fonctionnement. Bien que je sois convaincu que le juge du procès a appliqué le bon critère aux fins de déterminer l'admissibilité de la preuve, pour le cas où il ne l'aurait pas fait, je serais d'avis de conclure que le ministère public n'a pas établi que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur en question n'avait pas été commise.

C. *Les moyens 3 et 4 – L'application erronée du critère régissant la détermination de la mens rea pour ce qui concerne les infractions consistant dans la conduite dangereuse d'un bateau (par. 249(3) et 249(4))*

[14] Lors de l'audition du présent appel, les avocats ont combiné leurs arguments relativement aux moyens 3 et 4 et j'entends faire la même chose dans les présents motifs de décision.

[15] Les deux avocats s'entendent pour reconnaître que le critère qu'il faut appliquer aux fins de déterminer si le procureur général a prouvé hors de tout doute raisonnable que Nicolas Robichaud avait la *mens rea* nécessaire est énoncé dans les arrêts *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, et *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] A.C.S. n° 26 (QL). L'analyse relative à la *mens rea* doit être centrée sur la question de savoir si la façon dangereuse de conduire le bateau, à supposer que l'*actus reus* a été établi, constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation (voir l'arrêt *R. c. Roy*, au par. 36). Les deux avocats reconnaissent également que c'est à bon droit que le juge du procès s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. Beatty* et qu'il a formulé d'une façon appropriée le critère relatif à l'écart

marqué. Là où les avocats divergent d'opinion, c'est en ce qui concerne la façon dont le juge du procès a apprécié les faits aux fins de déterminer si la conduite de Nicolas Robichaud satisfaisait à la condition voulant qu'elle constitue un écart marqué. Puisque cette analyse ne concerne que la question de la preuve établissant la *mens rea* hors de tout doute raisonnable, j'estime qu'elle ne soulèverait pas, quelles que soient les circonstances, une question de droit seule. La question de la suffisance de la preuve est une question de fait qui relève du juge du procès et elle ne constitue pas une question de droit : *Sunbeam Corp. (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221, [1968] A.C.S. n° 94 (QL); *R. c. Poirier*, [1998] 1 R.C.S. 24, [1998] A.C.S. n° 4 (QL). Le ministère public n'a donc pas compétence pour interjeter appel sur la base de ce moyen d'appel. Étant donné mon opinion sur les autres moyens d'appel, je suis d'avis de rejeter l'appel du ministère public.

D. *Observations additionnelles et conclusion*

[16] Il y a deux autres observations que j'aimerais faire relativement à la présente affaire et aux arguments présentés. Premièrement, rien dans les présents motifs ne devrait être considéré comme niant ou atténuant l'horrible nature de ce malheureux accident. Une personne est morte. Ni une poursuite criminelle ni des dommages-intérêts ne sauraient remplacer la perte qu'ont subie les proches de la personne défunte ou la collectivité dans son ensemble. Dans l'affaire *Beatty*, trois personnes avaient trouvé la mort. Tout comme c'était le cas dans l'affaire *Beatty*, Nicolas Robichaud était exposé aux stigmates rattachés à une poursuite criminelle, à une possible déclaration de culpabilité, à une vie entière à être considéré comme un délinquant criminel et à un emprisonnement maximal de quatorze ans. En droit, nul n'est inconsidérément qualifié de criminel : *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 91 (QL), à la p. 59. Je ferais miens, à l'instar de la juge Charron, de la Cour suprême, les commentaires suivants de la juge du procès dans l'affaire *Beatty* :

[...] Il n'y a rien qu'un tribunal puisse faire ou dire pour réparer la perte subie par les familles des victimes dans de telles circonstances. Mais, dans l'appréciation de la

culpabilité criminelle, ce ne sont pas les conséquences de la conduite négligente d'un véhicule qui déterminent si la façon de conduire de l'accusé était objectivement dangereuse. Ce qu'il faut examiner, c'est la conduite elle-même. [...] [Par. 14]

[17] L'accent mis sur la conduite du véhicule, dans l'arrêt *Beatty*, ou, comme en l'espèce, sur la conduite de l'embarcation, m'amène à faire une deuxième et dernière observation. Le ministère public a exposé neuf facteurs qui, affirme-t-il, constituent la totalité des circonstances et il prétend que si le juge du procès en avait tenu compte, il aurait conclu que la *mens rea* requise avait été établie. J'ai soigneusement examiné ces facteurs et je puis affirmer avec assurance que chacun d'eux a été examiné par le juge du procès. J'en veux pour seul exemple, ce qui suit. Le procureur général fait valoir que le juge du procès n'a pas tenu compte du fait qu'il s'agissait [TRADUCTION] d'« une nuit très sombre ». Pourtant, le juge du procès a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION]

1. [...] Ils suivaient le bateau de Jean Guy Kenny qui remorquait le bateau avarié de Cleo Allain comme l'obscurité s'installait. [...]
2. [...] Lorsque Nicolas Robichaud, qui ne connaissait pas aussi bien ces eaux, la nuit [...];
3. [...] Au dernier arrêt, en vue de la dernière bouée verte [...] l'obscurité était totale [...];
4. [...] L'obscurité était totale lorsque Ghislain est arrivé [...];
5. Il n'existe aucune preuve établissant que l'accusé avait conduit de façon déconcertante ou circulé à une vitesse excessive [...] dans l'obscurité [...].

[18] On pourrait faire observer la même chose à propos des huit autres facteurs qui, selon ce que prétend le procureur général, n'auraient pas été convenablement pris en compte. Bien qu'il soit manifeste que le juge du procès a organisé ses motifs d'une façon différente de celle à laquelle s'attendait le ministère public, j'estime qu'il a abordé

chacun des facteurs dont le procureur général prétend qu'ils n'ont pas été convenablement examinés, malgré le fait qu'en droit, il n'était pas strictement tenu de le faire.

[19] Pour les motifs exposés aux paragraphes 1 à 15, je suis d'avis de rejeter l'appel.