

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

44-12-CA

MARTIN JEAN-GUY ROBICHAUD

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Robichaud v. R., 2014 NBCA 1

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Provincial Court:
February 2, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 10, 2013

Judgment rendered:
January 9, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

Counsel at hearing:

For the appellant:

MARTIN JEAN-GUY ROBICHAUD

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Robichaud c. R., 2014 NBCA 1

CORAM :

l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 2 février 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 10 octobre 2013

Jugement rendu :
le 9 janvier 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Quigg

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :

Martin A. Goguen

For the respondent:
Rémi J. Allard

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed.

Martin A. Goguen

Pour l'intimée :
Rémi J. Allard

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction

[1] On February 2, 2011, a judge of the Provincial Court convicted Martin Jean-Guy Robichaud of one count of sexual assault and one count of anal intercourse (ss. 271(1)(a) and 159(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). The judge sentenced Mr. Robichaud to incarceration for 18 months on each count to be served concurrently.

[2] The Crown conceded at the appeal hearing that we should enter an acquittal on the charge under s. 159(1) of the *Code* because the constitutionality of the section is in question. While several Courts of Appeal across Canada have ruled that the section is unconstitutional, neither this Court nor the Supreme Court of Canada has had the occasion to do so (see *R. v. C.M.*, [1995] O.J. No. 1432 (C.A.) (QL); *R. v. Roy*, [1998] J.Q. No. 935 (C.A.) (QL); *R. v. Allen David Hein*, July 3, 2012, No. 3044701 (N.B. Prov. Ct.) per A.C.J. Arsenault). The question of the constitutionality of the section was not properly before us in this case. However, without making any comment on the constitutional question, I have been persuaded that we should enter an acquittal in accordance with our powers under s. 686(2)(a) of the *Code*.

[3] Mr. Robichaud, therefore, appeals his conviction on the count of sexual assault under s. 271(1)(a) of the *Code*. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal against conviction.

II. The Context

[4] Mr. Robichaud and the complainant were dating at the time of the assault. On April 18, 2009, they spent the evening at the Office Lounge, a Moncton Pub: Mr. Robichaud and a male friend were drinking at the bar while the complainant worked as a barmaid. After closing time, the complainant drove to Dieppe to drop off Mr. Robichaud

and his friend at their house. Mr. Robichaud, refusing to stay at his place, insisted on accompanying the complainant to her house. According to the complainant, she agreed to it, but only for the purpose of sleeping next to each other. Once they arrived, Mr. Robichaud insisted on having sexual intercourse. The complainant refused a few times, but then consented to one instance of sexual intercourse. According to the evidence, they had intercourse four times. According to the complainant, she only consented once. Mr. Robichaud's version is that the complainant initiated the sex and he stopped when she told him she needed to sleep. The trial judge found Mr. Robichaud guilty.

[5] Mr. Robichaud raises a number of grounds of appeal:

- (1) The trial judge committed palpable and overriding error (in making findings in the complete absence of evidence, in making findings in conflict with the accepted evidence, or in making findings based on a misapprehension of evidence) when accepting the complainant's explanation as to why she typed a computer note following the alleged sexual assault;
- (2) The appellant was prejudiced by ineffective assistance of counsel, occasioning a miscarriage of justice;
- (3) The conviction constitutes a miscarriage of justice.

III. Analysis and Decision

A. *Motions for fresh evidence*

[6] Pursuant to s. 683(1) of the *Code*, and by consent of the parties the Court accepted an affidavit of defence counsel, not counsel on appeal, dealing with the second ground of appeal.

[7] Mr. Robichaud also brought a motion to adduce fresh evidence consisting of personal handwritten notes that Mr. Robichaud and the complainant wrote to each other while waiting in line for fast food at a drive-thru the evening prior to the sexual

assault and text messages the complainant and Mr. Robichaud exchanged in the days subsequent to the assault. We reserved our decision on the motion at the hearing.

[8] With respect to the latter request, the text messages are not available. After we signed a production order directed to Bell Canada and PC Mobile Services, we were informed by affidavit by Cst. Marie-Noëlle Beaulieu, a peace officer with the Codiac RCMP detachment, that Call Detail Records for prepaid service phones are stored for only 18 months. The records in question were therefore no longer available. As a result, Mr. Robichaud abandoned that part of his motion.

[9] The essence of the personal handwritten notes, written to one another in the car while waiting for fast food because other women (friends or co-workers of the complainant) were in the car, succinctly put, described graphically an invitation by the complainant to engage in sexual activity with Mr. Robichaud and his eagerness to participate. In order to be admitted into evidence they must satisfy the test in *Palmer v. The Queen* (1979), [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), iterated in *R. v. Hurley*, 2010 SCC 18, [2010] 1 S.C.R. 637, from which certain principles have emerged:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases [...].
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [page 775]

See *R. v. McLaughlin*, 2013 NBCA 28, 403 N.B.R. (2d) 358, *Chen v. R.*, 2013 NBCA 7, 398 N.B.R. (2d) 240; *M.K. v. R.*, 2010 NBCA 71, 364 N.B.R. (2d) 166; and *R. v. Goulette*, 2009 NBCA 49, [2009] N.B.J. No. 367 (QL).

[10] We know from *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, that the first criteria, due diligence, is not an essential requirement, particularly in criminal cases, and it must yield in circumstances where its rigid application would result in a miscarriage of justice. The evidence sought to be admitted in *G.D.B.* was the taped recording of the complainant denying misconduct on the part of the appellant. This evidence was available at trial but not used because of a tactical decision of defence counsel. A majority of the Court of Appeal of Alberta concluded the decision not to use the tape was not incompetence, but was made by defence counsel for sound tactical reasons. They also concluded that the appellant had not satisfied the criteria for the admission of fresh evidence enunciated in *Palmer*. At the Supreme Court of Canada, the appellant submitted that his trial counsel was incompetent and that his incompetency satisfied the need to establish that the evidence could not have been adduced at trial on the exercise of due diligence. Major J. concluded there existed no reasonable possibility that the use of the fresh evidence might have affected the two guilty verdicts rendered by the jury.

[11] Although I will say more about the issue of incompetent representation under the specific ground of appeal, in my view the non-production of these notes was not as a result of incompetence. In his affidavit, counsel at trial admitted he was aware of the notes but made a judgment call that they were of no probative value. While the notes themselves could be categorized as fresh evidence because they were not produced at trial, the trial judge was made aware of the contents of the notes through Mr. Robichaud's testimony in both direct and cross examination. In the transcript, when Mr. Robichaud is asked if he has the notes the response is "inaudible"; but nobody, neither counsel nor the judge, saw fit to follow up on that response.

[12] The notes dealt with the pre-assault conduct of the complainant and Mr. Robichaud and, without implicitly saying so, the trial judge obviously considered this evidence to be irrelevant. He made no mention of the content of the notes in his decision and in fact for all intents and purposes considered this to be a case of the complainant “changing her mind”: thus, pre-offence conduct had no relevance to the issue of consent.

[13] In my view, the handwritten notes do not meet the criteria of the test enunciated in *Palmer*. They were available at the time of trial, and their content was disclosed through oral testimony. More importantly the notes, if believed, could not reasonably, taken with the evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. They, therefore, should not be accepted and the motion for fresh evidence should be dismissed (see *R. v. Chappell*, 2012 PECA 10, [2012] P.E.I.J. No. 18 (QL)).

B. *Credibility of the complainant*

[14] The first ground of appeal Mr. Robichaud raises is that the trial judge erred in finding the complainant credible. In particular, Mr. Robichaud argues the trial judge erred when he accepted the complainant’s explanation as to why she typed a computer note to a friend following the alleged sexual assault. According to him, that note should have left the complainant’s credibility in doubt.

[15] It would be a rare case in which we would interfere with a trial judge’s finding of credibility: absent palpable and overriding error, findings of fact and credibility deserve deference (see *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, para. 9; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, para. 10; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, paras. 48-51). Indeed, both counsel rely on a recent case of this Court *R. v. R.D.H.*, 2009 NBCA 28, 360 N.B.R. (2d) 1, in which Bell J.A. explains when an appellate court will interfere:

In *R. v. R.(D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, [1996] S.C.J. No. 8 (QL), Major J., for the majority addressed the issue of sufficiency of reasons of the trial judge:

[...] Where the reasons demonstrate that the trial judge has considered the important issues in a case, or where the record clearly reveals the trial judge's reasons, or where the evidence is such that no reasons are necessary, appellate courts will not interfere. [...] [para. 55]

More recently, in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, [2002] S.C.J. No. 30 (QL), 2002 SCC 26, the Court again addresses the issue of the sufficiency of reasons. Binnie J., writing the judgment of the Court, states that “[t]he appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself” (para. 26). Binnie, J. further states that the duty to give reasons “should be given a functional and purposeful interpretation” (para. 53) and failure of this duty does not provide a “[...] free-standing right of appeal and [...] entitlement to appellate intervention” (para. 53). Essentially, *Sheppard* holds that appellate courts should ask whether the reasons respond to the case's issues, having regard to the evidence as a whole and the submissions of counsel. An appeal based upon insufficient reasons will only be allowed when the trial judge's reasons are so deficient that they foreclose meaningful appellate review (see also, *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, [2008] S.C.J. No. 34 (QL), 2008 SCC 34, where Binnie J. concludes that the duty to give adequate reasons is founded upon the need for trial judges to justify and explain the result; to tell the losing party why he or she lost; to provide for informed consideration of the grounds of appeal; and to satisfy the public that justice has been done). [para. 7]

Although the ground of appeal in this case does not specifically attack the sufficiency of reasons, the question of whether the trial judge adequately assessed the complainant's credibility in light of the pre- and post-assault conduct (specifically referring to the notes) is in issue. Mr. Robichaud argues that the notes written before the assault, and the computer note written after, give a context to the assault that impairs the complainant's credibility and supports Mr. Robichaud's theory that the intercourse was consensual.

[16] In *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] S.C.J. No. 38 (QL) the Supreme Court dismissed an appeal based on a ground of insufficient reasons because the trial

judge's reasons were not so deficient that they foreclosed meaningful appellate review. Karakatsanis J. held that the reasons were sufficient: they allowed for meaningful appellate review because they told the accused why the trial judge decided as he did. Referring to *R.E.M.* she states:

In *R.E.M.*, this Court also explained that a trial judge's failure to explain why he rejected an accused's plausible denial of the charges does not mean the reasons are deficient as long as the reasons generally demonstrate that, where the complainant's evidence and the accused's evidence conflicted, the trial judge accepted the complainant's evidence. No further explanation for rejecting the accused's evidence is required as the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused's denial failed to raise a reasonable doubt [...] [para. 13]

[17] This Court has recently dealt with a number of cases in which credibility of the complaint and the accused is in issue. In *R. v. E.K.M.*, 2012 NBCA 64, 391 N.B.R. (2d) 130, Drapeau C.J.N.B. deals with the issue of credibility and the appropriate methodology for its determination (paras. 20-25). In two other recent cases this Court, in applying *Vuradin*, interfered with the trial judges' findings on credibility. In *Wilson v. R.*, 2013 NBCA 38, [2013] N.B.J. No. 304 (QL) the Court found that the judge's reasons demonstrated a flawed reasoning process, pursuant to which it was obvious Mr. Wilson's testimony had never been properly subjected to the reasonable doubt standard, therefore they betrayed an error in the misapplication of the proper standard of proof. In *J.N.C. v. R.*, 2013 NBCA 59, [2013] N.B.J. No. 315 (QL), the Court found that the trial judge's assessment of credibility findings was based on palpable and overriding error.

[18] In *Wilson* this Court explains the scope and effect of *Vuradin*:

[...] the decision [in *Vuradin*] is reached by the application of established principles, and not by the creation of new ones. It therefore would have had no effect on our judgment in the present case. The case does illustrate how many of the principles should be applied in an appeal where the grounds allege insufficiency of reasons and the

failure to properly apply the burden of proof in a criminal case.

Vuradin was a sexual assault case tried before a judge alone. The trial resulted in a conviction but the reasons for decision were “sparse and [did] not directly address the appellant’s evidence” (para. 4). Regarding the accused’s evidence, the judge simply said that “notwithstanding [...] the denial, [he] had no reasonable doubt that the [accused] did commit the acts which [the complainant] described” (para. 6). A majority of the Court of Appeal for Alberta concluded that the *Sheppard* requirement had been met and that the judge had applied the proper burden of proof. One judge dissented; hence, the appeal as of right to the Supreme Court.

Dismissing the appeal, Karakatsanis J. first concluded the reasons were sufficient because they told the appellant why the trial judge had decided as he had. In doing so, Karakatsanis J. particularly relied on *R.E.M.*, pointing out that “a trial judge’s failure to explain why he rejected an accused’s plausible denial of the charges does not mean the reasons are deficient as long as the reasons generally demonstrate that, where the complainant’s evidence and the accused’s evidence conflicted, the trial judge accepted the complainant’s evidence” (para. 13). She also points out that in those situations, “[n]o further explanation for rejecting the accused’s evidence is required as the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused’s denial failed to raise a reasonable doubt” (para. 13). The judge “was not obliged to discuss all of the evidence on any given point and answer each and every argument of counsel” (para. 17).

With respect to the application of the burden of proof, Karakatsanis J. noted that “[t]he order in which a trial judge makes credibility findings of witnesses is inconsequential as long as the principle of reasonable doubt remains the central consideration” (para. 21). In that particular case, the trial judge had adverted to the principles of *W.(D.)* in his reasons and had immediately proceeded to assess the complainant’s credibility. The reasons as a whole revealed the judge had properly applied the burden of proof and was not simply comparing stories and shifting the onus on the accused. The rejection of the accused’s testimony raises a “reasonable inference that the accused’s denial of the

charges failed to raise a reasonable doubt” (paras. 13 and 27, referring to *R.E.M.*, at para. 66).

In my view, the message is clear. Successful appeals from a trial judge’s verdict in a criminal law case, on the grounds the judge did not provide sufficient reasons for a credibility assessment or that the judge did not properly apply the burden of proof, should be rare. Trial judges are presumed to know the law regarding the burden and standard of proof in a criminal case and are presumed to know how to apply it to the facts of a case. Deference is owed given their unique position to see and hear witnesses. Appellate courts are not allowed to substitute their own assessment of credibility for that of the trial judge and must not impugn the reasons for judgment as a means of accomplishing that goal (See *R.E.M.*, at para. 28 referring to *Gagnon*). Appellate courts must neither focus on omitted detail nor proceed “from a sceptical perspective” [...]. They must not proceed from the perspective that the accused’s denial is plausible and then see if the judge had dispelled reasonable doubt in giving his or her reasons: *R.E.M.*, at para. 68. [paras. 37-41]

[19] In the case at bar, the Court below reopened the case for Mr. Robichaud to argue whether further evidence could be admitted before the final decision was rendered. The evidence was the computer note left by the complainant on a friend’s computer less than 24 hours after the assault. It read:

From [MD] for Chrissy!!!! Read this Saturday morning!!!!
Marty takes such good care of me like wow!!!!!!!

[20] The complainant testified and explained why she wrote the note. The trial judge accepted this computer note into evidence and accepted the complainant’s explanation. Mr. Robichaud argues the trial judge subsequently misinterpreted the meaning of the note and did not make the proper finding with respect to the complainant’s credibility.

[21] After hearing the original evidence the trial judge comments:

[TRANSLATION] All right. It is true that all of the evidence I heard today, it's fresh in my mind, but I must still review all of it if – if I want to conduct a *W. (D.)* analysis and the other comments made by the Crown and in light, of course, of the – of all of the evidence. [Transcript Dec. 17, 2010, page 165, lines 12-17]

Because of his reference to the case *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL), we know the trial judge was alive to the issue of how to analyse the evidence of Mr. Robichaud and the complainant in a “she said – he said” situation.

[22] He continues:

[TRANSLATION] After having heard all of it, analyzed all of that evidence, I have come to believe the following version, I believe Ms. [D-S] when she says, during the night of Thursday to Friday, after the – the – after the – the – when they arrived at the apartment, that Mr. [M-R] wanted to have intercourse that was not – given his condition was – he had drunk so much during the evening that he completely disregarded the agreement that they had made a few weeks prior. [Transcript: February 2, 2011, page 11-12]

[23] And further :

[TRANSLATION] So, it is a question maybe – it is a question of credibility. I – I did not believe Mr. Robichaud on the salient points given that, essentially, the remainder, that is – all of the evidence, that is – it is similar, but with regard to the salient points of – the intercourse, I did not believe – there are – there are instances where Mr. Robichaud mentioned – in his – his testimony that – that could be true but it does not pertain to this – the essential element. [Transcript: February 2, 2011, page 11, lines 12-21]

[24] Then after hearing and receiving the additional evidence concerning the computer note from the complainant to the friend, the trial judge analyses the evidence again and comes to the same conclusion:

[TRANSLATION] So, all this to say that I haven't changed my mind. That message, which was sent after the incident – did not raise a reasonable doubt in my mind as to his guilt. And so, he is still, in my opinion, guilty on the two – two counts. Ultimately, if we – we conduct the *W. (D.)* analysis, it is what I have – still accepted his explanation as credible also with regard to, as I mentioned, the circumstances in which this was written and it is – when we talk about her judgment in – or the way she chose to write this – O.K. [Transcript: April 9, 2012, page 13, lines 6-18]

[25] In this case I am of the view there is no merit to the appellant's objections to the findings of credibility made in the court below. The trial judge accepted part of Mr. Robichaud's evidence but did not accept it on the salient points. He cannot be faulted for doing that: it is the responsibility of a trier of fact to make such an evaluation. Despite the evidence of notes written pre- and post-assault, the issue the trial judge decided in this case boiled down to whether the complainant changed her mind. The judge did not simply accept the complainant's testimony; he also assessed the testimony of the accused, and expressly found the offence had been proven beyond a reasonable doubt. Therefore, those findings must stand (see *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746, at paras. 10-12).

C. *Ineffective representation*

[26] The New Brunswick Court of Appeal has adopted a Protocol for Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance. The Preamble of that Protocol reads as follows:

In criminal appeals from conviction and or sentence, the appellant may raise grounds of appeal suggesting that his or her counsel was ineffective or otherwise contributed to a miscarriage of justice in first instance. In such cases, the appellant will often want to provide the Court with information concerning instructions to and conduct of counsel. This information will typically come before the

Court by way of a motion for leave to file fresh evidence. Any response to such evidence will usually come from counsel in first instance. The response could consist of affidavits to be considered by the Court on the fresh evidence motion.

A useful discussion of the issues raised in appeals involving allegations of ineffective trial counsel can be found in the Supreme Court of Canada decision in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520. That case has been cited and applied by the New Brunswick Court of Appeal on numerous occasions (see *H.S.L. Sr. v. R.*, 2000 NBCA 54, 231 N.B.R. (2d) 358; *A.S. v. R.*, 2006 NBCA 5, 296 N.B.R. (2d) 363; *Tanasichuk v. R.*, 2007 NBCA 76, 321 N.B.R. (2d) 44; *Lavoie v. R.*, 2010 NBCA 52, 363 N.B.R. (2d) 55; *Price v. R.*, 2010 NBCA 84, 366 N.B.R. (2d) 324; and *Gardiner v. R.*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179).

Recently in *R. v. E.K.M.*, 2012 NBCA 64, 391 N.B.R. (2d) 130, Drapeau C.J.N.B. registered his full agreement with the observations of Richard, J.A., for a unanimous panel, in *R. v. Gardiner*; Bell J.A. applied the analytical framework from *G.D.B.* in *R. v. Cormier*, 2012 NBCA 76, 393 N.B.R. (2d) 118.

[27] *R. v. G.D.B.* sets out a two-step process to be followed in an ineffectiveness claim: there is a performance component and a prejudice component. For an appeal to succeed, it must be established: (1) counsel's conduct or omissions amounted to incompetence; and (2) the incompetence resulted in a miscarriage of justice (para. 26). In *R. v. Gardiner*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, this Court found counsel ineffectively defended Mr. Gardiner, not because of tactical decisions, but because he incompetently dealt with the rule in *Browne v. Dunn*, and that was a sufficient basis to allow the appeal. Richard, J.A., for a unanimous panel, summarizes the law :

It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the "effective assistance" of that counsel. This proposition goes to the very heart of the adversarial system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of Canada

recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is “derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada, and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (para. 24). It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.

To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel’s “acts or omissions constituted incompetence” (the performance component) and that “a miscarriage of justice resulted” (the prejudice component). Appellate interference is only justified when both components have been established. [...]

[...]

[...] [I]n the course of a trial, defence counsel is called upon to make a number of strategic judgment calls, and judges should not lightly “second guess the tactical decisions of counsel” (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 37). As the Supreme Court said, “[i]n an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel” and there is “a ‘strong presumption’ that defence counsel are competent in advancing the interests of their clients” (para. 36). Appellate judges are likewise duty bound to apply that deferential approach. [paras. 1, 2 and 10]

In approving this statement of the law, Drapeau, C.J.N.B. in *E.K.M.* underscores “[t]he law in its wisdom presumes competence on the part of defence counsel, and an appellate judge would be foolhardy indeed to second-guess trial strategy in the absence of compelling evidence of malpractice” (para. 31).

[28] In *Cormier*, Bell J.A. sets out the analytical framework from *G.D.B.*, by which a claim of incompetence must be assessed:

- (i) Incompetence is determined by a reasonableness standard (para. 27);

- (ii) The analysis proceeds on a strong presumption that counsel's conduct fell within a wide range of reasonable professional conduct (para. 27);
- (iii) The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that he or she contends are not consistent with reasonable professional judgment (para. 27);
- (iv) A miscarriage of justice may be established if counsel's conduct resulted in procedural unfairness or if the reliability of the trial's result may have been compromised (para. 28); and
- (v) In the event it is apparent that no miscarriage of justice has resulted, it is normally unnecessary for an appellate court to consider the performance component of the analysis (para. 29). [para. 5]

See also *Smith v. R.*, 2012 NBCA 99, 396 N.B.R. (2d) 367, para. 24.

[29] In light of our protocol, the Court solicited and received an affidavit of original counsel. The pertinent paragraphs of his affidavit read as follows:

- 3. The Appellant spoke to me about text messages, letters and in particular about a hand-written note that the Appellant now relies on to support his point of appeal that he had ineffective counsel. Other than the message left on a third party's computer which was introduced at trial, the Appellant made no mention of any messages, notes or text messages that would have been relevant and admissible.
- 4. At trial the complainant never denied the existence of the said texts, letters and the hand-written note nor did she deny that they contained her expression of feelings of affection for the Appellant.
- 12. I explained to the Appellant that introduction of any form of correspondence between he and the complainant that pre-dated the offense would be of no probative value because the complainant's feelings can change at any point. I also explained that according to her statement and subsequent

testimony in fact she did withdraw her consent and he continued in the sexual act. In these circumstances, I explained that it would be possible for a court to accept her version of the facts rather than his that an offense had been committed.

13. As a result, the introduction of evidence of positive feelings expressed by the complainant to the Appellant prior to the date of the offense would lack relevance and probative value.
14. I clearly explained to the Appellant that evidence of the complainant's interaction with him in the days that followed the alleged incident as it appeared in the disclosure and which she reiterated at trial supported the position put forward by the Appellant. Moreover, the testimony of two independent witnesses who testified at trial that they spent time with the complainant and the Appellant on the weekend that followed the alleged incident and that they appeared and acted like two people who were happy to be a couple was of far greater probative value than texts that might or might not survive a voir-dire.
15. I told the Appellant that the complainant's conduct in the days that followed the events of the early morning of April 19th would be more important than her pre-offense words and conduct.
16. It was my opinion then and continues to be my opinion to this day that all communications of affection expressed by the complainant towards the Appellant in advance of the date of the offense would have been of no probative value and found to be irrelevant by the trial judge.

[30] From this uncontested evidence it is reasonable to conclude defence counsel at the trial assessed the pre-assault conduct of the parties and concluded the messages had no probative value and were irrelevant to the issue of consent. Independent witness testimony described the relationship between the complainant and Mr. Robichaud and this was the best evidence.

[31] Recent jurisprudence from the Atlantic Provinces demonstrates that a wide range of examples of ineffective counsel have been considered. Appeals have been dismissed because the case for ineffective representation was not made out: failure to apply a legally correct framework (*E.K.M.*); failure to call a material witness (*R. v. Smith*, *R. v. O'Keefe*, 2012 NLCA 25, [2012] N.J. No 167 (QL) and *R. v. Chappell*); flaws or weaknesses in defence counsel's cross-examination or lack of aggressiveness (*R. v. Banks*, 2012 NBCA 80, 396 N.B.R. (2d) 325); failure to put apparent inconsistencies between the victim's statement to the police and her testimony in court to the victim, decision not to call an officer to testify ((*R. v. Dugas*, 2012 NSCA 102, [2012] N.S.J. No. 507 (QL)); pressured into prematurely pleading guilty (*R. v. Ogden*, 2013 NSCA 25, [2013] N.S.J. No. 95 (QL)); counsel did not consult accused before agreeing to federal incarceration on his behalf (*R. v. Gogan*, 2011 NSCA 105, [2011] N.S.J. No. 637 (QL)); and faults in counsel's preparation for and conduct of trial (*R. v. Buckley*, 2013 NSCA 73, [2013] N.S.J. No. 293 (QL)). Appeals have been successful where: counsel failed to adhere to the rule in *Browne v. Dunn* (*R. v. Gardiner*); failure to obtain telephone records that would have challenged important aspects of the complainant's testimony (*R. v. Lakas*, 2011 NBCA 67, [2011] N.B.J. No. 249 (QL)); counsel's errors and omissions prevented making full answer and defence to the Crown's case: verdict doubted, process unfair (*R. v. Ross*, 2012 NSCA 56, [2012] N.S.J. No. 283 (QL)).

[32] In *R. v. G.M.*, 2012 NLCA 47, [2012] N.J. No. 243 (QL), a case more similar to the one at bar, the majority of the Court of Appeal allowed an appeal and ordered a new trial in a sexual assault case on the basis that trial counsel's decisions and omissions had the effect of undermining the reliability of the trial judge's conviction such that the respondent suffered a miscarriage of justice. G.M.'s particular complaint was defence counsel provided ineffective assistance on the basis that evidence relevant to challenging the complainant's credibility was omitted. According to the majority, evidence of three potential witnesses provided a context for the complainant's evidence which could have undermined her credibility and raised a reasonable doubt as to the accused's guilt. Hoegg J.A., dissenting, would have dismissed the appeal because, in her view, the majority decision set an unacceptably low standard for an appellate court to

interfere with a properly-rendered trial decision. In her reasons she adopted the reasoning of Iacobucci J. in *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439:

In his submissions before us, counsel for the appellant conceded that if the test applied by the majority of the Court of Appeal to determine the reasonableness of the conviction was the correct one, he could not succeed. The appellant urged us to effect an “incremental” change in the law by endorsing a “broader” standard of appellate review, and enabling appellate courts to overturn conviction when they are left with a lurking doubt as to guilt. I can only repeat here what I said in *Biniaris* on that issue, at para. 38:

It is insufficient for the court of appeal to refer to a vague unease, or a lingering or lurking doubt based on its own review of the evidence. This “lurking doubt” may be a powerful trigger for thorough appellate scrutiny of the evidence, but it is not, without further articulation of the basis for such doubt, a proper basis upon which to interfere with the findings of a jury. In other words, if, after reviewing the evidence at the end of an error-free trial which led to a conviction, the appeal court judge is left with a lurking doubt or feeling of unease, that doubt, which is not in itself sufficient to justify interfering with the conviction, may be a useful signal that the verdict was indeed reached in a non-judicial manner. In that case, the court of appeal must proceed further with its analysis. [para. 28]

On appeal to the Supreme Court the appeal was allowed (2013 SCC 24, [2013] S.C.J. No. 24 (QL)), “for the reasons of Hoegg J.A.”.

[33] In this case the allegation of ineffective counsel is based on what one might call a tactical decision, a strategic judgment call, or trial strategy: the lawyer decided not to introduce the pre-offence conduct notes into evidence. To iterate the words of Drapeau C.J.N.B. in *E.K.M.*, it would be foolhardy to second guess the trial strategy of defence counsel in the absence of compelling evidence of malpractice. In my view, Mr. Robichaud has not been able to prove he was prejudiced by that decision or that he has

suffered any other prejudice resulting from the assistance of his former counsel. I would add, however, that I have not seen anything in my review of the record and other evidence that would suggest trial counsel's preparation for, or his performance at, trial fell outside the range of reasonable, professional conduct (See *R. v. Buckley*, para. 9). Put another way, defence counsel's conduct more than met the standard of reasonableness. His conduct did not result in procedural unfairness and the reliability of the trial's result has not been compromised. It is apparent that no miscarriage of justice has resulted.

VI. Disposition

[34] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal against conviction.

LA JUGE LARLEE

I. Introduction

- [1] Le 2 février 2011, un juge de la Cour provinciale a déclaré Martin Jean-Guy Robichaud coupable relativement à une accusation d'agression sexuelle et à une accusation d'avoir eu des relations sexuelles anales (al. 271(1)a) et par. 159(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). Le juge a condamné M. Robichaud à un emprisonnement de dix-huit mois sous chaque chef, les peines devant être purgées concurremment.
- [2] Le ministère public a reconnu lors de l'audition de l'appel que nous devrions inscrire un acquittement relativement à l'accusation portée sous le régime du par. 159(1) du *Code* parce que la constitutionnalité de l'article en question est mise en doute. Bien que plusieurs cours d'appel aient conclu, dans tout le Canada, que l'article en question est inconstitutionnel, ni notre Cour ni la Cour suprême du Canada n'ont eu l'occasion de le faire (voir les arrêts *R. c. C.M.*, [1995] O.J. No. 1432 (C.A.) (QL), et *R. c. Roy*, [1998] J.Q. n° 935 (C.A.) (QL), et la décision *R. c. Allen David Hein*, le 3 juillet 2012, n° 3044701 (C. prov. N.-B.), le juge Arseneault, juge en chef associé). Nous n'avons pas, en l'espèce, été dûment saisis de la question de la constitutionnalité de l'article. Toutefois, sans qu'il s'agisse là d'un commentaire sur la question constitutionnelle, on m'a convaincue que nous devons ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement conformément aux pouvoirs qui nous sont conférés par l'al. 686(2)a) du *Code*.
- [3] M. Robichaud interjette donc appel de sa déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'agression sexuelle portée en vertu de l'al. 271(1)a) du *Code*. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité.

II. Le contexte

[4] M. Robichaud et la plaignante sortaient ensemble au moment de l'agression. Le 18 avril 2009, ils ont passé la soirée au Office Lounge, un pub de Moncton; M. Robichaud et un de ses amis buvaient au bar pendant que la plaignante travaillait comme barmaid. Après l'heure de fermeture, la plaignante s'est rendue en voiture jusqu'à Dieppe pour y déposer M. Robichaud et son ami au domicile de ces derniers. M. Robichaud a refusé de rester chez lui et a insisté pour accompagner la plaignante chez elle. Selon la plaignante, elle a accepté mais à seule fin qu'ils puissent dormir l'un à côté de l'autre. Après qu'ils sont arrivés, M. Robichaud a insisté pour qu'ils aient des rapports sexuels. La plaignante a refusé à quelques reprises; puis elle a consenti à avoir des rapports sexuels, mais une seule fois. La preuve établit qu'ils ont eu des rapports sexuels à quatre reprises. La plaignante affirme qu'elle n'a consenti qu'une seule fois. Selon la version de M. Robichaud, c'est la plaignante qui a voulu avoir des rapports sexuels et il a cessé lorsqu'elle lui a dit qu'il fallait qu'elle dorme. Le juge du procès a déclaré M. Robichaud coupable.

[5] M. Robichaud formule un certain nombre de moyens d'appel :

[TRADUCTION]

- (1) Le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante (en tirant des conclusions alors qu'il n'existait aucune preuve, en tirant des conclusions contraires à la preuve admise ou en tirant des conclusions fondées sur une interprétation erronée de la preuve) lorsqu'il a souscrit à la raison que la plaignante a donnée afin d'expliquer pourquoi elle a écrit une note à l'ordinateur après la prétendue agression sexuelle;
- (2) L'appelant a subi un préjudice du fait de l'aide inefficace de son avocat et il s'en est suivi une erreur judiciaire;
- (3) La déclaration de culpabilité constitue une erreur judiciaire.

III. Analyse et décision

A. *Les motions en présentation de preuves nouvelles*

[6] En vertu du par. 683(1) du *Code*, et avec le consentement des parties, la Cour a accepté un affidavit de l'avocat de la défense, qui n'était pas le même que l'avocat dans le cadre du présent appel, concernant le deuxième moyen d'appel.

[7] M. Robichaud a également déposé une motion en présentation de preuves nouvelles consistant en des notes personnelles manuscrites que la plaignante et lui se sont écrites pendant qu'ils attendaient en file au service à l'auto d'un restaurant-minute la veille de l'agression sexuelle et en des messages textes que la plaignante et M. Robichaud se sont échangés pendant les jours qui ont suivi l'agression. À l'audience, nous avons mis la motion en délibéré.

[8] En ce qui concerne la dernière demande, les messages textes ne sont pas disponibles. Après que nous eûmes signé une ordonnance de communication de documents adressée à Bell Canada et à PC Mobile Services, la gendarme Marie-Noëlle Beaulieu, agente de la paix au détachement de Codiak de la GRC, nous a informés que lorsqu'il s'agit de téléphones avec services prépayés, les dossiers des appels téléphoniques ne sont stockés que pendant dix-huit mois. Les dossiers en question n'étaient donc plus disponibles. Il s'en est suivi que M. Robichaud a abandonné cette partie de sa motion.

[9] Essentiellement, les notes personnelles manuscrites qu'ils se sont échangées, pendant qu'ils attendaient au restaurant-minute, parce qu'il y avait d'autres femmes (des amies ou des compagnes de travail de la plaignante) dans l'auto, décrivaient graphiquement, pour dire les choses succinctement, une invitation de la part de la plaignante à se livrer à des activités sexuelles avec M. Robichaud et l'ardent désir de ce dernier d'y participer. Pour être admises en preuve, ces notes doivent satisfaire au critère qui a été énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine* (1979), [1980] 1 R.C.S. 759, [1979]

A.C.S. n° 126 (QL), puis confirmé dans l'arrêt *R. c. Hurley*, 2010 CSC 18, [2010] 1 R.C.S. 637, et dont certains principes ont été dégagés :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles [...].
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [Page 775]

Voir les arrêts *McLaughlin c. R.*, 2013 NBCA 28, 403 R.N.-B. (2^e) 358, *Chen c. R.*, 2013 NBCA 7, 398 R.N.-B. (2^e) 240; *M.K. c. R.*, 2010 NBCA 71, 364 R.N.-B. (2^e) 166; et *R. c. Goulette*, 2009 NBCA 49, [2009] A.N.-B. n° 367 (QL).

[10] Nous savons, à la lecture de l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, que le premier critère, la diligence raisonnable, n'est pas une condition essentielle, particulièrement dans les affaires criminelles, et ce critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide entraînerait une erreur judiciaire. L'élément de preuve nouveau que l'on cherchait à faire admettre dans l'affaire *G.D.B.* était un enregistrement dans lequel la plaignante niait toute inconduite de la part de l'appelant. Cet élément de preuve était disponible au procès, mais il n'avait pas été utilisé par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat de la défense. Les juges de la Cour d'appel de l'Alberta avaient, à la majorité, conclu que la décision de ne pas utiliser l'enregistrement ne dénotait pas l'incompétence, mais avait plutôt été prise par l'avocat au procès pour des raisons d'ordre tactique valables. Ils avaient également jugé que l'appelant n'avait pas satisfait aux critères relatifs à l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux énoncés dans *Palmer*. Devant la Cour suprême du Canada, l'appelant a plaidé que son avocat au

procès était incompétent et que cette incompétence établissait que l'élément de preuve n'aurait pu être produit au procès en faisant preuve de diligence raisonnable. Le juge Major a conclu qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable que l'utilisation de l'élément de preuve nouveau eût influé sur les deux verdicts de culpabilité prononcés par le jury.

[11] Je reviendrai sur la question de la prestation incompétente sous ce moyen d'appel précis, mais à mon avis, la non-production des notes en question n'était pas imputable à de l'incompétence. Dans son affidavit, l'avocat au procès a reconnu qu'il était au courant de l'existence des notes, mais il a estimé qu'elles n'avaient aucune valeur probante. Bien que les notes elles-mêmes puissent être qualifiées de preuves nouvelles parce qu'elles n'ont pas été produites au procès, le juge du procès a été mis au courant de la teneur de ces notes grâce au témoignage que M. Robichaud a rendu tant pendant l'interrogatoire principal que pendant le contre-interrogatoire. Dans la transcription, on lit que lorsqu'on lui a demandé s'il avait les notes en sa possession, la réponse a été [TRADUCTION] « inaudible »; mais personne, ni les avocats ni le juge, n'a jugé utile de le relancer en ce qui concernait cette réponse.

[12] Les notes concernaient le comportement de la plaignante et de M. Robichaud avant l'agression et il est évident que, sans le dire implicitement, le juge du procès a considéré que ces éléments de preuve n'étaient pas pertinents. Il n'a pas fait état du contenu des notes dans sa décision et, en fait, il a à toutes fins utiles considéré qu'il s'agissait d'une situation où la plaignante [TRADUCTION] « avait changé d'avis » et il s'ensuivait que la conduite qui avait précédé l'agression n'était pas pertinente en ce qui concernait la question du consentement.

[13] À mon avis, les notes manuscrites ne satisfont pas aux différents volets du critère énoncé dans l'arrêt *Palmer*. Ces notes étaient disponibles au moment du procès et leur teneur a été divulguée lors des témoignages oraux. Chose plus importante encore, les notes ne sont pas de celles dont on pourrait raisonnablement penser, si on y ajoutait foi, qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elles auraient influé sur le

résultat. Il n'y a donc pas lieu de les accepter et la motion en présentation de preuves nouvelles doit être rejetée (voir l'arrêt *R. c. Chappell*, 2012 PECA 10, [2012] P.E.I.J. No. 18 (QL)).

B. *La crédibilité de la plaignante*

[14] Le premier moyen d'appel que soulève M. Robichaud est que le juge du procès a commis une erreur en concluant que la plaignante était crédible. Plus précisément, M. Robichaud prétend que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a accepté l'explication de la plaignante en ce qui concerne une note qu'elle a écrite à l'ordinateur à l'intention d'une amie après la prétendue agression sexuelle. Selon lui, cette note aurait dû laisser planer un doute sur la crédibilité de la plaignante.

[15] Il est rare que nous modifions la conclusion d'un juge du procès en matière de crédibilité : en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, les conclusions de fait et les conclusions relatives à la crédibilité commandent la déférence (voir les arrêts *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6, par. 9; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 10; et *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 48 à 51). En fait, les deux avocats invoquent une décision récente de notre Cour, l'arrêt *Hubbard c. R.*, 2009 NBCA 28, 360 R.N.-B. (2^e) 1, dans lequel le juge d'appel Bell explique dans quelles circonstances une cour d'appel intervient :

Dans l'arrêt *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, [1996] A.C.S. n^o 8 (QL), le juge Major, qui rendait jugement au nom de la majorité, a examiné la question des motifs insuffisants du juge du procès :

[...] Les tribunaux d'appel n'interviendront pas lorsque les motifs montrent que le juge du procès a examiné les questions importantes d'une affaire, ou lorsque les motifs du juge du procès ressortent clairement du dossier ou que la preuve est telle qu'il n'est pas nécessaire d'exposer des motifs. [...] [par. 55]

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, [2002] A.C.S. n^o 30 (QL), 2002 CSC 26, la

Cour a de nouveau examiné la question de l'insuffisance des motifs. Le juge Binnie, qui rendait le jugement de la Cour, a écrit que « [l]a cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé » (par. 26). Le juge Binnie dit également que l'obligation de donner des motifs « devrait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur l'objet » (par. 53) et que le manquement à cette obligation ne crée pas « [...] un droit d'appel distinct et [ne confère pas] le droit à l'intervention d'une cour d'appel » (par. 53). Essentiellement, l'arrêt *Sheppard* énonce que les tribunaux d'appel devraient se demander si les motifs répondent aux questions en litige, compte tenu de la preuve dans son ensemble et des observations des avocats. Un appel fondé sur l'insuffisance des motifs ne sera accueilli que lorsque les motifs du juge du procès sont tellement déficients qu'ils empêchent tout examen valable en appel (voir aussi l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, [2008] A.C.S. n° 34 (QL), 2008 CSC 34, où le juge Binnie a conclu que l'obligation de donner des motifs suffisants est fondée sur le fait que les juges de première instance doivent justifier et expliquer le résultat, de même que sur la nécessité de dire à la partie qui n'a pas gain de cause pourquoi elle a perdu et sur la nécessité de permettre un examen éclairé des moyens d'appel et de convaincre les membres du public que justice a été rendue). [Par. 7]

Bien que le moyen d'appel soulevé en l'espèce ne soit pas expressément fondé sur l'insuffisance des motifs, la question de savoir si le juge du procès a convenablement apprécié la crédibilité de la plaignante à la lumière de la conduite adoptée avant et après l'agression (en faisant expressément mention des notes) est en litige. M. Robichaud prétend que les notes écrites avant l'agression et la note écrite à l'ordinateur après l'agression inscrivent celle-ci dans un contexte qui porte atteinte à la crédibilité de la plaignante et accréditent la thèse de M. Robichaud selon laquelle les rapports sexuels ont été consensuels.

[16] Dans l'arrêt *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] A.C.S. n° 38 (QL), la Cour suprême a rejeté un appel fondé sur l'insuffisance des motifs parce que les lacunes des motifs exprimés par le juge du procès ne faisaient pas obstacle à un examen valable en appel. Le juge Karakatsanis a conclu que les motifs étaient suffisants : ils permettaient

un examen valable en appel parce qu'ils indiquaient à l'accusé pourquoi le juge du procès avait rendu la décision qu'il avait rendue. Se reportant à l'arrêt *R.E.M.*, elle dit ceci :

Notre Cour a également précisé dans *R.E.M.* que l'omission du juge du procès d'expliquer pourquoi il a écarté une dénégation plausible des accusations par l'accusé ne rend pas les motifs déficients, pourvu que ceux-ci démontrent, de façon générale, que lorsque les témoignages de la plaignante et de l'accusé se contredisaient, il a retenu celui de la plaignante. Aucun autre motif n'est nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l'accusé puisque les déclarations de culpabilité elles-mêmes permettent d'inférer raisonnablement que l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations [...]. [Par. 13].

[17] Notre Cour a récemment tranché un certain nombre d'instances dans lesquelles la crédibilité des plaignants et de l'accusé était en litige. Dans l'arrêt *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, 391 R.N.-B. (2^e) 130, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a examiné la question de la crédibilité et la méthode à employer pour la trancher (par. 20 à 25). Dans deux autres arrêts récents, notre Cour a appliqué l'arrêt *Vuradin* et a modifié les conclusions du juge du procès sur la crédibilité. Dans l'arrêt *Wilson c. R.*, 2013 NBCA 38, [2013] A.N.-B. n° 304 (QL), la Cour a conclu que les motifs de décision montraient que le raisonnement suivi était vicié et il était donc évident que le témoignage de M. Wilson n'avait jamais été assujéti à la norme du doute raisonnable. Il s'ensuivait que les motifs révélaient une erreur dans l'application de la norme de preuve pertinente. Dans l'arrêt *J.N.C. c. R.*, 2013 NBCA 59, [2013] A.N.-B. n° 315 (QL), la Cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la crédibilité.

[18] Notre Cour a expliqué en ces termes, dans l'arrêt *Wilson*, la portée et l'effet de l'arrêt *Vuradin* :

[L]a décision [dans l'arrêt *Vuradin*] est le fruit de l'application de principes établis et non de la création de nouveaux principes. Elle n'aurait donc eu aucune incidence

sur le jugement que nous rendons en l'espèce. Cette affaire illustre la façon dont plusieurs des principes doivent être appliqués dans le cadre d'un appel où les moyens invoquent l'insuffisance des motifs et l'omission d'appliquer comme il se doit le fardeau de la preuve en matière criminelle.

L'affaire *Vuradin* était une affaire d'agression sexuelle instruite devant un juge seul. Le procès avait donné lieu à une déclaration de culpabilité mais les motifs de décision étaient « peu étoffés et ne trait[aient] pas directement du témoignage de l'appelant » (par. 4). En ce qui concernait le témoignage de l'accusé, le juge avait tout simplement dit que [TRADUCTION] « malgré la dénégation de [l'accusé il, le juge, n'avait] aucun doute raisonnable que [l'accusé avait] commis les actes décrits par [la plaignante] » (par. 6). Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu que les motifs répondaient aux exigences établies dans l'arrêt *Sheppard* et que le juge avait appliqué comme il se devait le fardeau de la preuve. Un juge était dissident, d'où l'appel de plein droit à la Cour suprême.

La juge Karakatsanis a rejeté l'appel et a d'abord conclu que les motifs étaient suffisants parce qu'ils indiquaient à l'accusé pourquoi le juge du procès avait rendu la décision qu'il avait rendue. Ce faisant, la juge Karakatsanis s'est particulièrement appuyée sur l'arrêt *R.E.M.*, soulignant que « l'omission du juge du procès d'expliquer pourquoi il a écarté une dénégation plausible des accusations par l'accusé ne rend pas les motifs déficients, pourvu que ceux-ci démontrent, de façon générale, que lorsque les témoignages de la plaignante et de l'accusé se contredisaient, il a retenu celui de la plaignante » (par. 13). Elle a également souligné que dans ce genre de situation, « [a]ucun autre motif n'est nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l'accusé puisque les déclarations de culpabilité elles-mêmes permettent d'inférer raisonnablement que l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations » (par. 13). Le juge « n'était pas tenu de traiter de tous les éléments de preuve sur un point donné ou de répondre à chaque argument soulevé par les avocats » (par. 17).

En ce qui concerne l'application du fardeau de la preuve, la juge Karakatsanis a souligné que « [l']ordre dans lequel le juge du procès énonce des conclusions relatives à la

crédibilité des témoins n'a pas de conséquences dès lors que le principe du doute raisonnable demeure la considération primordiale » (par. 21). Dans ce cas précis, le juge du procès avait fait allusion aux principes énoncés dans l'arrêt *W.(D.)* et avait immédiatement entrepris son appréciation de la crédibilité de la plaignante. Ses motifs, considérés globalement, révélaient que le juge avait appliqué comme il se devait le fardeau de la preuve et n'avait pas simplement comparé les versions et déplacé le fardeau de la preuve sur les épaules de l'accusé. Le rejet du témoignage de l'accusé permet « d'inférer raisonnablement que l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations » (par. 13 et 27, où l'on cite *R.E.M.*, au par. 66).

À mon avis, le message est clair. Les appels du verdict du juge du procès dans une instance criminelle, interjetés pour le motif que le juge n'a pas suffisamment motivé son appréciation de la crédibilité ou qu'il n'a pas appliqué comme il se devait le fardeau de la preuve, ne devraient être que rarement accueillis. Le juge du procès est réputé connaître le droit relatif au fardeau et à la norme de preuve en matière criminelle et il est réputé savoir comment l'appliquer aux faits d'une instance. La déférence est de mise étant donné l'avantage dont jouit le juge du procès du fait qu'il observe et entend les témoins. Les cours d'appel ne sont pas autorisées à substituer leur propre appréciation de la crédibilité à celle du juge du procès et elles ne doivent pas écarter ses motifs dans le but d'atteindre cet objectif (voir l'arrêt *R.E.M.*, au par. 28, où l'on se reporte à l'arrêt *Gagnon*). Les cours d'appel ne doivent ni s'intéresser principalement aux détails omis ni « fai[re] preuve de scepticisme » [...]. Elles ne doivent pas partir du point de vue selon lequel la dénégation de l'accusé était plausible et ensuite déterminer si le juge a écarté l'existence d'un doute raisonnable en rendant ses motifs : *R.E.M.*, au par. 68. [Par. 37 à 41]

[19] En l'espèce, le tribunal d'instance inférieure a rouvert l'instance pour que M. Robichaud puisse présenter une argumentation sur la question de savoir si un nouvel élément de preuve pouvait être admis avant que la décision définitive ne soit rendue. Cet élément de preuve était la note que la plaignante avait laissée sur l'ordinateur d'une amie moins de vingt-quatre heures après l'agression. Elle était ainsi rédigée :

[TRADUCTION] De [MD] pour Chrissy!!!! Lis ça samedi matin!!!! Marty prend tellement bien soin de moi, comme wow!!!!!!!

[20] La plaignante a témoigné et a expliqué pour quelle raison elle a écrit cette note. Le juge du procès a accepté en preuve cette note laissée sur l'ordinateur et il a accepté l'explication donnée par la plaignante. M. Robichaud prétend que le juge a subséquemment interprété d'une façon erronée le sens de la note et n'a pas tiré la bonne conclusion en ce qui concerne la crédibilité de la plaignante.

[21] Après avoir entendu la preuve initiale, le juge du procès a fait observer ce qui suit :

[VERSION ORIGINALE]

Bon. C'est vrai que toute la preuve que j'ai entendue aujourd'hui, c'est frais, là, mais il faut quand même que je repasse tout si – si je veux faire une analyse vis-à-vis *W.D.* et les autres commentaires qui ont été soulevés par la poursuite et à la lumière, naturellement, de la – de toute la preuve. [Transcription, le 17 décembre 2010, page 165, lignes 12 à 17]

Parce qu'il a mentionné l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL), nous savons que le juge du procès était conscient de la façon dont il devait analyser le témoignage de M. Robichaud et celui de la plaignante dans une situation où c'était [TRADUCTION] « la parole de l'un contre celle de l'autre ».

[22] Il a ensuite dit ceci :

[VERSION ORIGINALE]

Après avoir tout entendu, analyser toute cette preuve-là, j'en viens à croire la version suivante, que je crois mademoiselle [D-S] lorsque, dans cette nuit-là du jeudi, après le – le – après le – le – qu'ils sont revenus à l'appartement, que monsieur voulait des relations sexuelles qui n'étaient – à cause de sa condition étaient – qu'il avait

tellement bu dans toute la soirée que il avait fait fi de l'entente qu'ils avaient conclue quelques semaines auparavant. [Transcription, le 2 février 2011, pages 11 et 12]

[23] Puis ceci :

[VERSION ORIGINALE]

Alors, c'est une question peut-être – c'est une question de crédibilité. J'ai – je n'ai pas cru monsieur Robichaud sur les points saillants, là, parce que, en somme, toute le restant c'est – ça – toute la preuve, c'est – ça – c'est similaire, mais sur les points saillants du – de la relation, je n'ai pas cru – il y a – il y a des instances que monsieur Robichaud a mentionné des – dans sa – sa preuve qui – qui est peut-être vrai mais que ça ne touche pas sur ce – l'élément essentiel. [Transcription, le 2 février 2011, page 11, lignes 12 à 21]

[24] Ensuite, après avoir entendu et reçu la preuve additionnelle concernant la note que la plaignante a écrite à l'ordinateur à l'intention de son amie, le juge du procès a analysé la preuve de nouveau et il en est arrivé à la même conclusion :

[VERSION ORIGINALE]

Alors, tout ça pour dire que mon idée n'a pas changé, ça n'a pas soulevé, ce message-là, qui a eu lieu après l'incident – ne m'a pas soulevé un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Alors, il demeure quand même, à mon avis, coupable des deux – deux chefs d'accusation. En fin de compte, si on – on fait l'analyse de *W.D.*, c'est ce que je l'ai – quand même accepté son explication comme crédible vis-à-vis aussi, comme je l'ai mentionné, les circonstances dans lesquels ç'a été écrit et c'est – lorsqu'on parle de son jugement dans – ou sa façon qu'elle a choisie pour écrire ça – bon. [Transcription, le 19 avril 2012, page 13, lignes 6 à 18]

[25] En l'espèce, j'estime que les objections de l'appelant aux conclusions sur la crédibilité qui ont été tirées par le tribunal d'instance inférieure sont sans fondement. Le juge du procès a accepté une partie du témoignage de M. Robichaud, mais il n'y a pas souscrit en ce qui concerne les points saillants. On ne saurait lui en tenir rigueur : c'est au

juge des faits qu'il incombe de faire cette évaluation. Malgré la preuve consistant en des notes écrites avant et après l'agression, la question que le juge du procès a tranchée en l'espèce se ramenait à savoir si la plaignante avait changé d'avis. Le juge n'a pas simplement accepté le témoignage de la plaignante; il a aussi apprécié le témoignage de l'accusé et a expressément conclu que l'infraction avait été prouvée hors de tout doute raisonnable. Il n'y a donc pas lieu de modifier ces conclusions (voir l'arrêt *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746, aux par. 10 à 12).

C. *La représentation non efficace*

[26] La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a adopté un *Protocol for Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance* [protocole relatif aux appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat en première instance]. Le préambule de ce protocole est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

Dans le cadre d'un appel de la déclaration de culpabilité ou de la peine interjeté en matière criminelle, il peut arriver que l'appelant soulève des moyens d'appel qui laissent entendre que son avocat a été inefficace ou a autrement contribué à une erreur judiciaire en première instance. Dans ce cas, il arrive souvent que l'appelant veuille fournir à la Cour des renseignements concernant les directives données à l'avocat et la conduite de ce dernier. Ces renseignements sont habituellement présentés à la Cour par voie de motion en autorisation de présentation de preuves nouvelles. La réponse à ce genre de preuves viendra habituellement de l'avocat qui le représentait en première instance. Cette réponse pourrait consister en des affidavits que la Cour devra examiner dans le cadre de la motion en présentation de preuves nouvelles.

On trouve, dans la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, une analyse utile des questions soulevées dans le cadre d'appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat au procès. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a cité et appliqué cet arrêt à de nombreuses reprises (voir les arrêts *H.S.L. c. R.*, 2000

NBCA 54, 231 R.N.-B. (2^e) 358; *A.S. c. R.*, 2006 NBCA 5, 296 R.N.-B. (2^e) 363; *Tanasichuk c. R.*, 2007 NBCA 76, 321 R.N.-B. (2^e) 44; *Lavoie c. R.*, 2010 NBCA 52, 363 R.N.-B. (2^e) 55; *Price c. R.*, 2010 NBCA 84, 366 R.N.-B. (2^e) 324; et *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B (2^e) 179).

Récemment, dans l'arrêt *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, 391 R.N.-B. (2^e) 130, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a exprimé son entière adhésion aux observations du juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom d'une formation unanime, dans *Gardiner c. R.*; à son tour, le juge d'appel Bell a appliqué le cadre analytique énoncé dans l'arrêt *G.D.B.* dans *Cormier c. R.*, 2012 NBCA 76, 393 R.N.-B. (2^e) 118.

[27] Dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, la Cour a établi un processus à deux volets qu'il faut suivre pour examiner des allégations de représentation non efficace : il y a un volet examen du travail de l'avocat et un volet appréciation du préjudice. Pour qu'un appel soit accueilli, il faut établir, dans un premier temps, que la conduite ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire a résulté de cette incompétence (par. 26). Dans l'arrêt *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2^e) 179, notre Cour a conclu que l'avocat avait défendu M. Gardiner de façon inefficace, non par suite de décisions tactiques, mais parce qu'il n'avait pas su aborder de façon compétente la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn* et c'était là une raison suffisante pour accueillir l'appel. Le juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom d'une formation unanime, a ainsi résumé le droit applicable :

Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat. Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et*

libertés » (par. 24). Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.

Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice). Une intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis. [...]

[...]

[...] [A]u cours d'un procès, l'avocat de la défense est appelé à prendre bon nombre de décisions stratégiques, et les juges ne devraient pas « remettre en question les décisions tactiques d'un avocat » (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] A.C.S. n° 20 (QL), au par. 37). Comme l'a dit la Cour suprême, « [d]ans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats », et il existe « une “forte présomption” que l'avocat de la défense sert les intérêts de son client avec compétence » (par. 36). Les juges d'appel ont pareillement l'obligation d'adopter cette attitude déférente. [Par. 1, 2 et 10]

Dans l'arrêt *E.K.M.*, le juge en chef Drapeau a souscrit à cet énoncé et a souligné que « [l]e droit, dans sa sagesse, présume que l'avocat de la défense est compétent et un juge siégeant en appel serait bien téméraire de remettre en question la stratégie retenue pour le procès en l'absence d'une preuve de faute professionnelle qui soit solide » (par. 31).

[28] Dans l'arrêt *Cormier*, le juge d'appel Bell a exposé le cadre analytique, énoncé dans l'arrêt *G.D.B.*, à l'aune duquel une prétention d'incompétence doit être évaluée :

- i. L'incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable (par. 27).

- ii. 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 la conduite professionnelle raisonnable (par. 27).
- iii. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne sont pas compatibles avec l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable (par. 27).
- iv. L'erreur judiciaire peut être établie si la conduite de l'avocat a compromis l'équité procédurale ou si la fiabilité de l'issue du procès peut avoir été compromise (par. 28).
- v. Dans les cas où il est clair qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire, il est généralement inutile que la cour d'appel s'arrête à l'examen du travail de l'avocat (par. 29). [Par. 5]

Voir aussi l'arrêt *Smith c. R.*, 2012 NBCA 99, 396 R.N.-B. (2^e) 367, par. 24.

[29] Étant donné son protocole, la Cour a sollicité et reçu un affidavit de l'avocat au procès. Les paragraphes pertinents de son affidavit sont ainsi rédigés :

[TRADUCTION]

3. L'appelant m'a parlé de messages textes, de lettres et surtout d'une note manuscrite qu'il invoque maintenant à l'appui de l'argument qu'il formule en appel selon lequel sa représentation a été inefficace. Si ce n'est le message laissé sur l'ordinateur d'un tiers qui a été déposé au procès, l'appelant n'a mentionné aucun message, aucune note ni aucun message texte qui aurait été pertinent et admissible.

4. Au procès, la plaignante n'a jamais nié l'existence des textes, des lettres et de la note manuscrite en question et elle n'a pas non plus nié qu'ils exprimaient les sentiments d'affection qu'elle éprouvait envers l'appelant.

12. J'ai expliqué à l'appelant que toute correspondance entre la plaignante et lui, quelle qu'en soit la forme, qui était antérieure à l'infraction n'aurait aucune valeur probante parce que les sentiments de la plaignante

pouvaient changer à tout moment. Je lui ai aussi expliqué que selon sa déposition et son témoignage subséquent, la plaignante avait en fait retiré son consentement et il avait continué à commettre l'acte sexuel. Dans ces circonstances, je lui ai expliqué qu'il était possible qu'un tribunal accepte la version des faits de la plaignante, plutôt que la sienne, selon laquelle une infraction avait été commise.

13. Il s'ensuivait qu'il ne serait pas pertinent de déposer un élément de preuve établissant que la plaignante avait exprimé des sentiments positifs à l'appelant avant le jour de l'infraction et que cela n'aurait aucune valeur probante.

14. J'ai clairement expliqué à l'appelant que la preuve des rapports de la plaignante avec lui dans les jours qui ont suivi le présumé incident, qui faisait partie des éléments divulgués et que la plaignante a confirmée au procès, appuyait la position de l'appelant. De plus, le témoignage que deux témoins indépendants ont rendu au procès selon lequel ils avaient passé du temps en compagnie de la plaignante et de l'appelant le weekend qui a suivi le présumé incident et ceux-ci semblaient heureux et agissaient comme deux personnes qui étaient heureuses de former un couple, avait une bien plus grande valeur probante que des textes qui pourraient, ou non, résister à un voir-dire.

15. J'ai dit à l'appelant que la conduite de la plaignante pendant les jours qui ont suivi les événements qui ont eu lieu aux premières heures de la matinée du 19 avril serait plus importante que les mots qu'elle aurait employés et la conduite qu'elle aurait adoptée avant l'infraction.

16. J'étais d'avis à ce moment-là, et je suis encore d'avis aujourd'hui, que tous les sentiments d'affection que la plaignante a pu exprimer à l'endroit de l'appelant avant le jour de l'infraction n'auraient eu aucune valeur probante et que le juge du procès aurait conclu qu'ils n'étaient pas pertinents.

[30]

Il est raisonnable de conclure, à la lecture de cet élément de preuve non contesté, que l'avocat de la défense a apprécié la conduite que les parties ont adoptée avant l'agression et a conclu que les messages n'avaient aucune valeur probante et

n'étaient pas pertinents pour ce qui concernait la question du consentement. Le témoignage des témoins indépendants décrivait la relation entre la plaignante et M. Robichaud et c'était là la meilleure preuve disponible.

[31] La jurisprudence récente des Provinces de l'Atlantique montre que des exemples de représentation non efficace de toutes sortes ont été examinés. Des appels ont été rejetés parce que la représentation non efficace n'avait pas été prouvée : défaut d'appliquer un cadre juridiquement exact (*E.K.M.*); défaut d'appeler un témoin-clé (*R. c. Smith, R. c. O'Keefe*, 2012 NLCA 25, [2012] N.J. No. 167 (QL) et *R. c. Chappell*; lacunes ou faiblesses du contre-interrogatoire mené par l'avocat de la défense ou manque d'audace de la part de l'avocat (*Banks c. R.*, 2012 NBCA 80, 396 R.N.-B. (2^e) 325); défaut de soumettre à la victime des contradictions apparentes entre la déclaration qu'elle avait faite à la police et le témoignage qu'elle avait rendu au procès; décision de ne pas citer un policier à témoigner (*R. c. Dugas*, 2012 NSCA 102, [2012] N.S.J. No. 507 (QL)); incitation à plaider coupable prématurément (*R. c. Ogden*, 2013 NSCA 25, [2013] N.S.J. No. 95 (QL)); avocat n'ayant pas consulté l'accusé avant de consentir en son nom à l'incarcération dans un pénitencier fédéral (*R. c. Gogan*, 2011 NSCA 105, [2011] N.S.J. No. 637 (QL)); et lacunes dans la préparation de l'avocat en vue du procès et dans la façon dont il avait conduit celui-ci (*R. c. Buckley*, 2013 NSCA 73, [2013] N.S.J. No. 293 (QL)). Des appels ont été accueillis dans les situations suivantes : avocat n'ayant pas respecté la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn (Gardiner c. R.)*; omission d'obtenir des relevés téléphoniques qui auraient permis de contester efficacement certaines parties importantes du témoignage de la plaignante (*Lakas c. R.*, 2011 NBCA 67, [2011] A.N.-B. n° 249 (QL)); erreurs et omissions de l'avocat ayant empêché la présentation d'une défense pleine et entière susceptible de réfuter la preuve du ministère public : verdict mis en doute, processus injuste (*R. c. Ross*, 2012 NSCA 56, [2012] N.S.J. No. 283 (QL)).

[32] Dans l'affaire *R. c. G.M.*, 2012 NLCA 47, [2012] N.J. No. 243 (QL), instance qui s'apparente davantage à celle qui nous occupe en l'espèce, la Cour d'appel a accueilli un appel à la majorité et a ordonné un nouveau procès dans une affaire d'agression sexuelle pour le motif que les décisions et omissions de l'avocat au procès

avaient eu pour effet de compromettre la fiabilité de la déclaration de culpabilité prononcée par la juge du procès, de sorte que l'intimé avait été victime d'une erreur judiciaire. La principale doléance de G.M. était que l'avocat ne lui avait pas apporté une aide efficace étant donné que la preuve pertinente pour contester la crédibilité de la plaignante avait été omise. La majorité a estimé que le témoignage de trois témoins potentiels inscrivait le témoignage de la plaignante dans un contexte qui aurait pu attaquer sa crédibilité et soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. La juge d'appel Hoegg, dissidente, était d'avis de rejeter l'appel parce qu'elle estimait que la décision de la majorité établissait une norme beaucoup trop relâchée aux fins de permettre l'immixtion d'une cour d'appel dans une décision bien rendue en première instance. Dans ses motifs, elle a souscrit au raisonnement du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439 :

Dans les arguments qu'il a avancés devant nous, l'avocat de l'appelant a reconnu qu'il ne pourrait pas avoir gain de cause si les juges majoritaires de la Cour d'appel avaient appliqué le bon critère pour décider du caractère raisonnable de la déclaration de culpabilité. L'appelant nous a pressés d'effectuer une modification « progressive » du droit en approuvant une norme de contrôle en appel [TRADUCTION] « plus générale » et en habilitant les cours d'appel à écarter une déclaration de culpabilité quand ils ont un doute persistant quant à la culpabilité. Je ne puis que répéter ici ce que j'ai dit à ce propos dans l'arrêt *Biniaris*, au par. 38 :

Il ne suffit pas que la cour d'appel parle d'un vague malaise ou d'un doute persistant qui résulte de son propre examen de la preuve. Ce « doute persistant » peut être un puissant élément déclencheur d'un examen approfondi de la preuve en appel, mais il ne constitue pas, sans plus d'explications, une bonne raison de modifier les conclusions d'un jury. En d'autres termes, si après avoir examiné la preuve à la fin d'un procès dénué de toute erreur, qui a abouti à une déclaration de culpabilité, le juge de la cour d'appel continue d'éprouver un doute ou un certain malaise, ce doute, qui n'est pas suffisant en soi pour justifier l'annulation de la déclaration de culpabilité, peut constituer un signe utile qu'on en est effectivement arrivé d'une

manière non judiciaire au verdict. Dans ce cas, la cour d'appel doit poursuivre son analyse. [Par. 28]

Lors d'un pourvoi devant la Cour suprême, l'appel a été accueilli (2013 CSC 24, [2013] A.C.S. n° 24 (QL)), « pour les motifs exprimés par la juge Hoegg ».

[33] En l'espèce, l'allégation de représentation inefficace par un avocat est fondée sur ce que l'on pourrait qualifier de décision d'ordre tactique, de décision stratégique ou de stratégie retenue pour le procès : l'avocat a décidé de ne pas déposer en preuve les notes témoignant d'une conduite antérieure à l'infraction. Pour reprendre les propos du juge en chef Drapeau dans l'arrêt *E.K.M.*, on serait bien téméraire de remettre en question la stratégie retenue pour le procès en l'absence d'une preuve de faute professionnelle qui soit solide. À mon avis, M. Robichaud n'a pas réussi à prouver que cette décision lui a causé un préjudice ou qu'il aurait subi un autre préjudice du fait de l'aide que lui a apportée son ex-avocat. J'ajouterais, toutefois, qu'en examinant le dossier et les autres éléments de preuve, je n'ai rien vu qui donne à penser que la préparation de l'avocat en vue du procès ou son travail au procès se sont situés à l'extérieur de l'éventail de la conduite professionnelle raisonnable (voir l'arrêt *R. c. Buckley*, par. 9). Autrement dit, la conduite de l'avocat de la défense a amplement satisfait à la norme du caractère raisonnable. Sa conduite n'a pas compromis l'équité procédurale et la fiabilité de l'issue du procès n'a pas non plus été compromise. Il est clair qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire.

VI. Dispositif

[34] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité.