

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

141-13-CA

ROBERT EDISON MACFARLANE

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

MacFarlane v. R., 2014 NBCA 35

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
April 23, 2013 (conviction)
November 22, 2013 (sentence)

History of case:

Decision under appeal:
unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N.A.

Appeal heard:
May 29, 2014

Judgment rendered:
May 29, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

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

ROBERT EDISON MACFARLANE

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

MacFarlane c. R., 2014 NBCA 35

CORAM :

l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 23 avril 2013 (déclaration de culpabilité)
le 22 novembre 2013 (prononcé de la sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 29 mai 2014

Jugement rendu :
le 29 mai 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
No one appeared

For the respondent:
Kathryn A. Gregory

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed. The application for leave to appeal the sentence is allowed, but the sentence appeal is adjourned for a sentencing hearing to be held in the Court of Appeal on June 24, 2014, at 10:00 AM, following which the Court will impose the punishment it considers fit in the circumstances. Meanwhile, the sentence imposed in the Provincial Court remains in effect.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Personne n'a comparu

Pour l'intimée :
Kathryn A. Gregory

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté. La demande d'autorisation d'appel de la sentence est accueillie, mais l'appel de la peine est différé dans l'attente de la tenue d'une audience de détermination de la peine, prévue devant la Cour d'appel le 24 juin 2014, à 10 h, à l'issue de laquelle celle-ci infligera la peine qu'elle estime juste dans les circonstances. Dans l'intervalle, la peine infligée par la Cour provinciale reste en vigueur.

The following is the judgment delivered by

RICHARD, J.A.
(Orally)

I. Introduction

[1] Robert Edison MacFarlane appeals his conviction on charges of assault and mischief, the indictable offences respectively set out in ss. 266(a) and 430(4)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He also seeks leave to appeal his sentence. He argues he was the victim of an abuse of process; that he should have been allowed to withdraw his guilty pleas before sentence was passed; and that the sentencing judge erred in not holding a sentencing hearing. Only the third of these contentions has any merit. For this reason, the application for leave to appeal the sentence is granted.

[2] In my view, the appeal against conviction has no merit and must be dismissed. However, I find merit to the sentence appeal since the sentencing judge did not comply with certain mandatory provisions of the *Criminal Code*. It therefore falls upon this Court to impose the punishment it considers fit in the circumstances, something the Court cannot do without first holding the hearing that ought to have been held in the Provincial Court. As a result, I would adjourn the sentence appeal to a date when the Court will hear the evidence the parties should have been allowed to present before the sentence was passed.

II. Background

[3] Charged with assault and mischief, Mr. MacFarlane elected to be tried in Provincial Court and initially pled not guilty. On the date set for trial, he advised the Court of his wish to change his plea. The judge substantially complied with the provisions of s. 606(1.1) of the *Criminal Code* and accepted pleas of guilty to both offences. Sentencing was adjourned pending the preparation of a pre-sentence report and the presentation of a victim impact statement should the victim choose to prepare one.

[4] The matter resumed for sentencing before a different judge of the Provincial Court, so the pleas were withdrawn and re-entered. Again, Mr. MacFarlane pled guilty to both offences. The second judge complied with the provisions of s. 606(1.1) before accepting the plea. In particular, the judge confirmed that Mr. MacFarlane understood that the judge was not bound by any joint recommendation regarding the sentence.

[5] Once the pleas were accepted, prosecution counsel outlined the circumstances of the offence. She asked the judge to consider a sentence of incarceration in the range of 16 to 18 months for the assault and a short period of incarceration for mischief, together with a probation order.

[6] At this point, it came to the attention of counsel for the prosecution, who was not counsel when the pleas were originally changed from not guilty to guilty, that the pleas had been changed as part of a plea agreement pursuant to which there was to be a joint recommendation for a sentence of incarceration of two to three months. Prosecution counsel advised the judge she considered herself bound to honour the agreement. The Provincial Court judge expressed dismay because the circumstances of the assault, as described in the prosecutor's account, were particularly brutal, and Mr. MacFarlane's criminal record was not insignificant.

[7] After a short adjournment, defence counsel advised the judge that Mr. MacFarlane now wished to change his pleas to not guilty. The judge refused the request on the ground the pleas had been made voluntarily and had been accepted after compliance with s. 606(1.1) of the *Criminal Code*.

[8] At this stage, Mr. MacFarlane himself advised the judge he was disputing some of the facts prosecution counsel had related to the Court. The matter was therefore adjourned for a sentencing hearing.

[9] When the matter resumed, on November 22, 2013, Mr. MacFarlane applied for a stay of proceedings on grounds of abuse of process. He argued the conduct of prosecution counsel, in having recommended a sentence of incarceration for a period that exceeded what he had bargained for in the plea agreement, caused him irreparable prejudice.

[10] In response, prosecution counsel again acknowledged there was a plea agreement pursuant to which a sentence in the range of three months would be jointly recommended and confirmed she would respect the agreement and seek a sentence in that range together with a probation order.

[11] In reply, Mr. MacFarlane argued the prosecution's earlier request for a sentence in the range of 16 to 18 months could still influence the judge and maintained he was prejudiced as a result of the prosecution's conduct. The sentencing judge agreed Mr. MacFarlane made a valid point, but evidently disagreed with his contention that the situation constituted an abuse of process. Mr. MacFarlane again sought to withdraw his guilty pleas, but the judge again refused on the grounds the issue had already been determined.

[12] The judge then proceeded with sentencing. In doing so, the judge referred to "the facts as related to me by" prosecution counsel and "the acceptance of those facts by the accused." Mr. MacFarlane immediately reminded the judge he had not accepted the facts and that he wanted "to testify" as to "his side of the story." The sentencing judge noted that the pre-sentence report indicated that Mr. MacFarlane accepted full responsibility for the offences. He then proceeded to pass the following sentence:

- 1) on the assault charge: three months in jail followed by supervised probation for 18 months with conditions including that he have no contact with the victim and pay restitution;
- 2) on the mischief charge: one month in jail to be served concurrently.

III. Issues

[13] Mr. MacFarlane appeals his conviction and seeks leave to appeal the sentence. His Notice of Appeal lists numerous grounds, but they can be condensed as follows:

- 1) Did the sentencing judge err in not staying the proceedings on grounds of abuse of process?
- 2) Did the sentencing judge err in not allowing Mr. MacFarlane to withdraw his guilty pleas?
- 3) Did the sentencing judge err in passing sentencing without a sentencing hearing?

[14] One of Mr. MacFarlane's grounds of appeal alleges improper prosecutorial conduct that was intended to intimidate him. Specifically, Mr. MacFarlane alleges that prosecution counsel tried to persuade him not to go ahead with the sentencing hearing. However, nothing of the sort is apparent on the record, and Mr. MacFarlane has not provided any factual support for this allegation. This ground of appeal must therefore be summarily dismissed.

IV. Analysis

[15] In my respectful view, the first two issues raised in this appeal must be answered in the negative, but the third requires an affirmative response.

A. *Stay of proceedings for abuse of process*

[16] There is simply no state conduct in the present case that constitutes an abuse of process. The fact prosecution counsel was not aware of a plea agreement negotiated by her predecessor on the file is a human error. The critical factor is prosecution counsel's reaction upon becoming aware of this omission. In this case, she immediately acknowledged the error and agreed to respect the plea agreement. In doing so, prosecution counsel acted honourably and her conduct therefore cannot be said to

have impacted Mr. MacFarlane's fair trial interests or undermined the integrity of the judicial process. In my respectful view, any assertion to the contrary is frivolous. In the circumstances, there was no risk the sentencing judge would be improperly influenced by the earlier representations that had then been withdrawn. The protection against this lies in the standard that has been set out for the rejection of joint sentence recommendations: *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, per Drapeau C.J.N.B., at paras. 30-32. For these reasons, I would dismiss this ground of appeal.

B. *Withdrawal of the guilty pleas*

[17] There are numerous decisions of this Court on the test to be applied in deciding whether an accused should be allowed to withdraw a guilty plea, one of the most recent of which is *R. v. McLaughlin*, 2013 NBCA 28, 403 N.B.R. (2d) 358, where it is stated as follows:

There is a strong presumption a guilty plea, particularly one made with the assistance of counsel, is valid (*R. v. Laffin*, 2009 NSCA 19, [2009] N.S.J. No. 66 (QL) at 44; *R. v. Eizenga*, 2011 ONCA 113, [2011] O.J. No. 524 (QL) at para. 4). Furthermore, because the withdrawal of a guilty plea raises a question of mixed law and fact, leave is required pursuant to s. 675(1)(a)(ii) of the *Code*.

This Court recently canvassed the jurisprudence with respect to the withdrawal of a guilty plea in such cases as *R. v. Miller*, 2011 NBCA 52, 374 N.B.R. (2d) 302; *R. v. Tower*, 2010 NBCA 27, 358 N.B.R. (2d) 190; *R. v. Monteith*, 2010 NBCA 77, [2010] N.B.J. No. 346 (QL), leave to appeal refused [2010] S.C.C.A. No. 439 (QL), and *R. v. Edgett*, 2008 NBCA 65, 336 N.B.R. (2d) 321. Essentially, Mr. McLaughlin must be able to demonstrate that:

- (i) He was unaware of the allegations made against him in the charge;
- (ii) He was unaware of the effect and potential consequences of his plea;
- (iii) The plea was not made voluntarily;
- (iv) The plea was equivocal in nature. [paras. 9-10]

[18] Mr. MacFarlane did not meet any of these prerequisites. Both the initial change of plea and the re-entering of the guilty pleas were made with the assistance of counsel. In addition, there was compliance with s. 606(1.1) of the *Criminal Code*, which requires the judge to be satisfied of the following before a guilty plea can be accepted:

- (a) the plea was made voluntarily;
- (b) the accused understands: (1) the plea is an admission of the essential elements of the offence; (2) the nature and consequences of the plea; and, (3) the court is not bound by any agreement made between the accused and the prosecutor.

[19] Nothing in the record suggests Mr. MacFarlane's plea was not made voluntarily or that he did not understand any of the elements listed in s. 606(1.1), and Mr. MacFarlane has not sought to adduce any evidence to rebut the presumption that the plea was valid. As a result, the judge did not err in refusing to allow him to change his plea.

C. *Refusal of a sentencing hearing*

[20] It is elementary that before determining a sentence, a court must follow certain procedural imperatives, including those set out in ss. 723 and 724 of the *Criminal Code* that provide as follows:

723. (1) Before determining the sentence, a court shall give the prosecutor and the offender an opportunity to make submissions with respect to any facts relevant to the sentence to be imposed.

(2) The court shall hear any relevant evidence presented by the prosecutor or the offender.

(3) The court may, on its own motion, after hearing argument from the prosecutor and

723. (1) Avant de déterminer la peine, le tribunal donne aux parties — le délinquant ou son avocat, selon le cas, et le poursuivant — la possibilité de lui présenter des observations sur tous faits pertinents liés à la détermination de la peine.

(2) Le tribunal prend connaissance des éléments de preuve pertinents que lui présentent les parties.

(3) Le tribunal peut exiger d'office, après avoir entendu le poursuivant et le

the offender, require the production of evidence that would assist it in determining the appropriate sentence.

(4) Where it is necessary in the interests of justice, the court may, after consulting the parties, compel the appearance of any person who is a compellable witness to assist the court in determining the appropriate sentence.

(5) Hearsay evidence is admissible at sentencing proceedings, but the court may, if the court considers it to be in the interests of justice, compel a person to testify where the person

(a) has personal knowledge of the matter;

(b) is reasonably available; and

(c) is a compellable witness.

724. (1) In determining a sentence, a court may accept as proved any information disclosed at the trial or at the sentencing proceedings and any facts agreed on by the prosecutor and the offender.

[...]

(3) Where there is a dispute with respect to any fact that is relevant to the determination of a sentence,

(a) the court shall request that evidence be adduced as to the existence of the fact unless the court is satisfied that sufficient evidence was adduced at the trial;

(b) the party wishing to rely on a relevant fact, including a fact contained in a presentence report, has the burden of proving it;

(c) either party may cross-examine any witness called by the other party;

délinquant, la présentation des éléments de preuve qui pourront l'aider à déterminer la peine.

(4) Le tribunal peut exiger, dans l'intérêt de la justice et après avoir consulté les parties, la comparution de toute personne contraignable pouvant lui fournir des renseignements utiles à la détermination de la peine.

(5) Le oui-dire est admissible mais le tribunal peut, s'il le juge dans l'intérêt de la justice, contraindre à témoigner la personne :

a) qui a eu une connaissance directe d'un fait;

b) qui est normalement disponible pour comparaître;

c) qui est contraignable.

724. (1) Le tribunal peut, pour déterminer la peine, considérer comme prouvés les renseignements qui sont portés à sa connaissance lors du procès ou dans le cadre des procédures de détermination de la peine et les faits sur lesquels le poursuivant et le délinquant s'entendent.

[...]

(3) Les règles suivantes s'appliquent lorsqu'un fait pertinent est contesté :

a) sauf s'il est convaincu que des éléments de preuve suffisants ont été présentés lors du procès, le tribunal exige que le fait soit établi en preuve;

b) la partie qui a l'intention de se fonder sur le fait pertinent, notamment si celui-ci figure au rapport présentenciel, a la charge de l'établir en preuve;

c) chaque partie est autorisée à contre-interroger les témoins convoqués par l'autre partie;

(d) subject to paragraph (e), the court must be satisfied on a balance of probabilities of the existence of the disputed fact before relying on it in determining the sentence; and

(e) the prosecutor must establish, by proof beyond a reasonable doubt, the existence of any aggravating fact or any previous conviction by the offender.

d) sous réserve de l'alinéa e), le tribunal doit être convaincu, par une preuve prépondérante, de l'existence du fait contesté sur lequel il se fonde pour déterminer la peine;

e) le poursuivant est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable tout fait aggravant ou toute condamnation antérieure du délinquant.

[21] In the present case, when the matter first came up for sentencing, prosecution counsel described the circumstances of the offence for which Mr. MacFarlane was charged in the following terms:

CROWN: Your Honour, with regards to the two count information that brings Mr. MacFarlane before the Court, on the 13th of May of 2012 at 2:09 in the morning, a neighbour of the victims, Ms. Christina – a neighbour of Ms. Christina Johnston's called 911 to report that Ms. Johnston had been assaulted by Mr. MacFarlane. The caller told dispatch that Mr. MacFarlane had thrown Ms. Johnston down the stairs and was assaulting her all night, and at the time of the assault, there was an 11 month old child in the home. The police arrived to find Ms. Johnston wearing a white top that had blood on it. She had a swollen lump on her head above her right eye and her lips were a bit swollen. She had blood on her arms and her legs. There was blood on the walls and there was blood on the floor. There was a hole near the kitchen, a damaged oven door, a damaged bathroom door, and it was noted that the phone car – cord was pulled out of the phone jack. There were two clumps of hair that mass – matched Johnston's hair colour that were on the floor in the kitchen and the entry door to the residence was damaged as well as the lock set. Ms. Johnston told the police that Mr. MacFarlane had assaulted her and did the damage to the house. She also told the police this was not the first time. She also told the police that she did not wish to provide a statement at the RCMP detachment, but told the police what happened while waiting for medical attention and while she was at the hospital. She said earlier that day she had broken up with Mr. MacFarlane, and he had come back to her, her house around midnight, kicked the door in and came in

swinging. She said she was scared and she punched Mr. MacFarlane. She went to grab the phone, but that's when he pulled it out of the wall and ripped it – excuse me – destroyed the phone, ripping it out of the wall. He kicked in the bathroom door, pushed her face onto the toilet seat, kicked her in the head with steel toed boots, grabbed her by the hair and hit her head on the oven door, breaking the glass on the oven door, and glass on an oven door to withstand the heat that often the temperatures are in the oven is tempered glass and is very hard, I suggest respectively, to break. He then pulled her hair out and kicked her in the arm and, and her buttocks and the middle of her back. Once he was arrested, he was given an opportunity to provide a statement and he declined. And the damage which is the home owned by the New Brunswick Housing Corporation is \$1,636.40. [Sentencing transcript; September 3; page 3, line 2 to page 5, line 4]

[22] After much discussion, including the dismissal of Mr. MacFarlane's request to withdraw his guilty plea, the judge learned Mr. MacFarlane disagreed with the facts that had been related to the Court. As a result, a sentencing hearing was scheduled.

[23] When the matter resumed on November 22, 2013, prosecution counsel advised the judge she had learned the joint recommendation was the result of a genuine plea agreement because of certain evidentiary concerns. Prosecution counsel reiterated she was recommending a three month term of incarceration. It is at this point Mr. MacFarlane sought a stay of proceedings for abuse of process, which the judge rightly rejected.

[24] After rejecting the application for a stay of proceedings, the sentencing judge immediately proceeded to pass sentence. The judge did not proceed to the sentencing hearing that had been the sole purpose of the earlier adjournment. The judge made reference to the facts related by prosecution counsel and erroneously stated that Mr. MacFarlane had accepted these. At this point, Mr. MacFarlane interrupted the judge to remind him he had not agreed to the facts and wanted to testify to tell his "own side of the story." The judge refused him that request and imposed the sentence.

[25] Clearly, the sentencing judge erred in law in several respects. First, the judge did not provide Mr. MacFarlane an opportunity to make submissions with respect to relevant facts; second, the judge did not hear any relevant evidence Mr. MacFarlane wanted to present; and, third, the judge did not require evidence to resolve the factual dispute, including giving Mr. MacFarlane the opportunity to cross-examine any witness called by the prosecution. These errors respectively constitute violations of ss. 723(1), 723(2) and 724(3) of the *Criminal Code* and strike at the core of fundamental fairness in the sentencing process.

[26] In *Steeves*, Drapeau C.J.N.B. discussed the jurisdiction of appellate courts on sentence reviews. He stated as follows:

The jurisdiction of appellate courts on sentence reviews is delineated in s. 687(1) of the *Criminal Code*, which states:

687(1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

- (a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or
- (b) dismiss the appeal.

Thus, Parliament's instruction to appellate courts is, at least from a textual standpoint, relatively straightforward: it is the fitness of the impugned sentence that stands to be considered. Numerous pronouncements emanating from the Supreme Court of Canada make plain that the concept of "fitness" is not limited to an assessment of quantum.

Indeed, courts of appeal may be required to consider whether the sentence imposed is lawful. The most obvious illustration of unfitness as a matter of law involves the sentencing judge's failure to comply with prescribed minimum or maximum punishments (see *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, [2000] S.C.J. No. 19 (QL), 2000 SCC 18; *R. v. Fice*, [2005] 1 S.C.R. 742, [2005] S.C.J. No. 30 (QL),

2005 SCC 32; and *R. v. LeBlanc (D.)* (2005), 279 N.B.R. (2d) 121, [2005] N.B.J. No. 21 (QL), 2005 NBCA 6). For other examples of sentence appeals that turned on points of law, see *R. v. Middleton*, [2009] 1 S.C.R. 674, [2009] S.C.J. No. 21 (QL), 2009 SCC 21, *R. v. Sinclair* (1972), 6 C.C.C. (2d) 523, [1972] O.J. No. 345 (QL) (C.A.), *R. v. Robillard* (1985), 22 C.C.C. (3d) 505, [1985] J.Q. no 353 (QL) (C.A.), *R. v. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22, [1984] N.W.T.J. No. 42 (QL) (C.A.) and *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 23 (QL). Of course, no deference is owed to the sentencing court's quantum selection when it is challenged on a point of law.

Appellate courts may also be called upon to determine whether the contested sentence reflects a proper application of the principles of sentencing. Most of those principles are now codified in Part XXIII of the *Criminal Code*. It is axiomatic that, while great deference is owed to the sentencing judge's weighting of the relevant factors, correctness is the standard by which his or her understanding of the governing principles is reviewed on appeal.

Finally, courts of appeal may engage in a consideration of the quantum itself. Here, once again, great deference is owed to the sentencing judge's judgment-call. The sentence under consideration will be at risk of variation if, and only if, it is a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes.

In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable (see *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL), at paras. 46-48; *R. v. Solowan*, [2008] 3 S.C.R. 309, [2008] S.C.J. No. 55 (QL), 2008 SCC 62, at para. 16; *R. v. L.M.*, [2008] 2 S.C.R. 163, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31, at paras. 14-15; and *R. v. C.A.C.* (2009), 349 N.B.R. (2d) 265, [2009] N.B.J. No. 342 (QL), 2009 NBCA 68 (Bell, J.A. for the Court, at para. 4)). If the sentence at issue is the result of reversible error, the court of appeal bears the burden of prescribing the punishment that it considers fit in the circumstances. [paras. 20-25]

[27] In the present case, the sentence imposed is the result of both an error of law and an error in the application of the governing sentencing principles. The error of law is found in the sentencing judge's failure to comply with mandatory requirements set out in ss. 723 and 724, whereas the error in principle lies in the judge's inability to properly apply the governing principles without having first determined the facts upon which the sentence was to be crafted. Where the sentence is the product of an error of law and an error in principle of this type, it is open to appellate review without any deference being owed to the sentencing judge's determination.

[28] In sum, the principles derived from *Steeves* that apply to this case are the following:

- 1) The sentence in this case was the product of an error of law and an error in principle and is therefore open for appellate review;
- 2) The errors are such that no deference is owed to the sentencing judge's determination;
- 3) Since the sentence is the result of a reversible error, it falls upon the Court of Appeal to impose the punishment it considers fit in the circumstances.

[29] Of course, this Court cannot proceed with the imposition of sentence without first ensuring compliance with ss. 723 and 724. Since this Court has no power in a sentence appeal to return the matter to the sentencing judge, this is one of those rare cases where the Court itself will be required to hold the sentencing hearing that should have taken place in the Provincial Court. The power for us to do this is found in s. 683(1) of the *Criminal Code*, which reads in part as follows:

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice:

(a) order the production of any writing, exhibit or other thing connected with the

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice :

a) ordonner la production de tout écrit, pièce ou autre chose se rattachant aux

proceedings;

(b) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

(c) admit, as evidence, an examination that is taken under subparagraph (b)(ii);

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

procédures;

b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès :

(i) ou bien comparaisse et soit interrogé devant la cour d'appel,

(ii) ou bien soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;

c) admettre, comme preuve, un interrogatoire recueilli aux termes du sous-alinéa b)(ii);

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appellant, qui est habile à témoigner mais non contraignable;

[30]

In my view, the interests of justice require us to adjourn the sentence appeal and schedule a sentencing hearing following which this Court will dispose of this matter as it considers fit in the circumstances. The sentencing hearing should proceed in accordance with the provisions of ss. 723 and 724 and include the following features:

- 1) Where the facts have been disputed, the prosecutor will be required to adduce evidence of the circumstances of the offences, keeping in mind that by his guilty plea Mr. MacFarlane has admitted their essential ingredients;
- 2) Mr. MacFarlane will be entitled to cross-examine any witness called by the prosecution;
- 3) Mr. MacFarlane will then be entitled to present any evidence in support of his version of the facts;
- 4) The prosecutor will be entitled to cross-examine any witness called by Mr. MacFarlane, including Mr. MacFarlane himself, should he choose to testify;
- 5) Hearsay evidence is admissible at this proceeding unless the Court indicates otherwise;

- 6) On the basis of the evidence adduced at the sentencing hearing, this Court will determine the factual basis upon which the sentence should be determined in accordance with the onus and standards of proof set out in s. 724(3) of the *Criminal Code*;
- 7) This Court will then impose the sentence it considers fit in the circumstances, considering any aggravating and mitigating circumstances and applying the principles that govern the determination of a just sentence;
- 8) In doing so, this Court will have due regard to the joint recommendation that was the result of a genuine plea agreement, but, like the Provincial Court, this Court is **not bound** by the plea agreement. Of course the standard for rejecting the joint sentence recommendation articulated in *Steeves* would govern;
- 9) At the end of this process, the sentence appeal will be dismissed if this Court finds that, notwithstanding the errors of law and of principle, the sentence imposed in the Provincial Court corresponds with that which this Court considers appropriate. On the other hand, if this Court finds otherwise, the Court will vary the sentence and impose the punishment it considers fit in the circumstances.

IV. Disposition

[31] For these reasons, I would dismiss the appeal against conviction. I would adjourn the hearing of the sentence appeal to June 24, 2014, at 10:00 AM in the Court of Appeal. Unless the sentence appeal is in the meantime abandoned, the Court will, on that date, hold a sentencing hearing in accordance with ss. 723 and 724 of the *Criminal Code* and proceed as outlined above.

[32] Of course, until the sentence appeal is decided the sentence imposed in the Provincial Court remains in effect.

[33] Considering the interim nature of the disposition regarding the sentencing appeal and the time frame involved, this decision should be issued first in the English language with the French version to follow.

J.C. MARC RICHARD, J.A.

WE CONCUR:

ALEXANDRE DESCHÊNES, J.A.

BRADLEY V. GREEN, J.A.

LE JUGE RICHARD

(Oralement)

I. Introduction

[1] Robert Edison MacFarlane interjette appel de sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations de voies de fait et de méfaits, actes criminels prévus respectivement à l'al. 266a) et à l'al. 430(4)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il demande également l'autorisation d'interjeter appel de sa sentence. Il allègue qu'il est victime d'un abus de procédure, qu'il aurait dû être autorisé à retirer ses plaidoyers de culpabilité avant le prononcé de la peine et que le juge qui lui a infligé la peine a commis une erreur en ne tenant pas d'audience de détermination de la peine. Seule la troisième de ces prétentions est fondée. Pour ce motif, la demande d'autorisation d'appeler de la peine est accueillie.

[2] À mon avis, l'appel de la déclaration de culpabilité est sans fondement et doit être rejeté. Par contre, je suis d'avis que l'appel de la peine est bien fondé puisque le juge qui a infligé la peine ne s'est pas conformé à certaines dispositions obligatoires du *Code criminel*. Il incombe donc à notre Cour d'infliger la peine qu'elle estime juste dans les circonstances, ce qu'elle ne peut pas faire sans d'abord tenir l'audience qui aurait dû être tenue devant la Cour provinciale. Par conséquent, je suis d'avis de différer l'appel de la peine à une date où la Cour entendra la preuve que les parties auraient dû être autorisées à présenter avant le prononcé de la peine.

II. Le contexte

[3] Accusé de voies de fait et de méfaits, M. MacFarlane a choisi d'être jugé devant la Cour provinciale et il a initialement plaidé non coupable. À la date prévue pour le procès, il a avisé la Cour de son intention de changer son plaidoyer. Le juge s'est

conformé pour l'essentiel aux dispositions du par. 606(1.1) du *Code criminel* et a accepté d'inscrire des plaidoyers de culpabilité pour les deux infractions. La détermination de la peine a été différée dans l'attente d'un rapport présentenciel et de la présentation d'une déclaration de la victime, le cas advenant que la victime décide d'en produire une.

[4] Le procès a repris devant un autre juge de la Cour provinciale qui devait prononcer la peine; les plaidoyers ont donc été retirés et réinscrits. M. MacFarlane a de nouveau plaidé coupable aux deux infractions. Le deuxième juge s'est conformé aux dispositions du par. 606(1.1) avant d'accepter le plaidoyer. En particulier, le juge a confirmé que M. MacFarlane comprenait que le tribunal n'était lié par aucune recommandation conjointe concernant la peine.

[5] Une fois les plaidoyers acceptés, l'avocate du poursuivant a décrit sommairement les circonstances des infractions. Elle a demandé au juge d'envisager une peine d'incarcération de 16 à 18 mois pour les voies de fait et une brève période d'incarcération pour les méfaits, et de prononcer une ordonnance de probation.

[6] À ce moment-là, l'avocate du poursuivant, qui n'était pas affectée à l'affaire lorsque les plaidoyers de non-culpabilité ont été remplacés, à l'origine, par des plaidoyers de culpabilité, a appris que cette modification avait été apportée dans le cadre d'une transaction en matière pénale, en vertu de laquelle devait être établie la recommandation conjointe d'une peine d'incarcération de deux à trois mois. L'avocate du poursuivant a informé le juge qu'elle se considérait liée par la transaction. Le juge de la Cour provinciale s'est dit consterné parce que les circonstances de l'agression, décrites dans le dossier du poursuivant, étaient particulièrement brutales et que M. MacFarlane avait des antécédents judiciaires qui n'étaient pas négligeables.

[7] Après une brève interruption, l'avocat de la défense a informé le juge que M. MacFarlane souhaitait maintenant plaider non coupable aux deux infractions. Le juge a refusé cette demande au motif que les plaidoyers avaient été faits volontairement et

qu'ils avaient été acceptés après que le juge s'était conformé aux exigences du par. 606(1.1) du *Code criminel*.

[8] M. MacFarlane a alors lui-même informé le juge qu'il contestait certains faits relatés devant la Cour par l'avocate du poursuivant. L'affaire a été suspendue jusqu'à la tenue d'une audience de détermination de la peine.

[9] À la reprise du procès, le 22 novembre 2013, M. MacFarlane a demandé la suspension de l'instance en invoquant l'abus de procédure. Il a avancé que la conduite de l'avocate du poursuivant, qui avait recommandé une peine d'incarcération plus longue que ce qu'il avait négocié dans la transaction, lui avait causé un préjudice irréparable.

[10] En réponse, l'avocate du poursuivant a de nouveau reconnu l'existence d'une transaction en matière pénale en vertu de laquelle une peine de trois mois serait recommandée conjointement et elle a confirmé qu'elle respecterait cette entente et exigerait une peine de cet ordre combinée à une ordonnance de probation.

[11] M. MacFarlane a répliqué que le fait que le poursuivant ait antérieurement demandé une peine de 16 à 18 mois pouvait néanmoins influencer le juge et il a soutenu qu'il avait subi un préjudice en raison de la conduite du poursuivant. Le juge chargé de la détermination de la peine a été d'accord pour dire que M. MacFarlane avait soulevé un motif valable mais, de toute évidence, il n'a pas souscrit à son argument suivant lequel la situation constituait un abus de procédure. M. MacFarlane a tenté une autre fois de retirer ses plaidoyers de culpabilité, mais le juge a encore refusé au motif que la question avait déjà été tranchée.

[12] Le juge a ensuite procédé à la détermination de la peine. Ce faisant, il a parlé [TRADUCTION] « des faits relatés devant la Cour par » l'avocate du poursuivant et de [TRADUCTION] « l'acceptation de ces faits par l'accusé ». M. MacFarlane a immédiatement rappelé au juge qu'il n'avait pas accepté les faits et qu'il voulait [TRADUCTION] « témoigner » pour donner [TRADUCTION] « sa propre version de

l'histoire ». Le juge chargé de la détermination de la peine a souligné que le rapport présentenciel révélait que M. MacFarlane avait accepté la pleine responsabilité des infractions. Il a ensuite prononcé la sentence suivante :

1. pour l'accusation de voies de fait : trois mois de prison suivis d'une période de probation supervisée de 18 mois et assortie de conditions, dont celles de n'avoir aucun contact avec la victime et de verser un dédommagement;
2. pour l'accusation de méfaits : un mois de prison à purger concurremment.

III. Questions en litige

[13] M. MacFarlane appelle de la déclaration de culpabilité et demande l'autorisation d'interjeter appel de la peine. L'avis d'appel comporte de nombreux motifs qui peuvent être résumés de la façon suivante :

1. Le juge qui a infligé la peine a-t-il commis une erreur en refusant d'ordonner la suspension de l'instance demandée sur le fondement de l'abus de procédure?
2. Le juge qui a infligé la peine a-t-il commis une erreur en ne permettant pas à M. MacFarlane de retirer ses plaidoyers de culpabilité?
3. Le juge qui a infligé la peine a-t-il commis une erreur en prononçant la peine sans tenir une audience de détermination de la peine?

[14] Entre autres moyens d'appel, M. MacFarlane allègue une conduite inappropriée de la part du poursuivant, laquelle avait pour but de l'intimider. Plus particulièrement, M. MacFarlane allègue que l'avocate du poursuivant a tenté de le persuader de ne pas participer à l'audience de détermination de la peine. Toutefois, aucun élément de cette nature ne ressort du dossier, et M. MacFarlane n'a fait état d'aucun fait pour corroborer cette allégation. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté sans plus de formalité.

IV. Analyse

[15] À mon humble avis, les deux premières questions soulevées dans le présent appel doivent recevoir une réponse négative, mais la troisième exige une réponse affirmative.

A. *Suspension de l'instance en raison d'un abus de procédure*

[16] Il n'y a en l'espèce tout simplement aucune conduite de la part du poursuivant qui constituerait un abus de procédure. Le fait que l'avocate du poursuivant n'était pas au courant de l'existence d'une transaction en matière pénale négociée par son prédécesseur est une erreur humaine. La réaction de l'avocate du poursuivant lorsqu'elle s'en est aperçue constitue le facteur critique. Elle a immédiatement reconnu l'erreur et accepté de s'en tenir à la transaction négociée. Ce faisant, l'avocate a agi de manière honorable, et on ne peut donc pas dire que sa conduite a porté atteinte au droit à un procès équitable de M. MacFarlane ou terni l'intégrité du processus judiciaire. À mon humble avis, toute affirmation contraire est frivole. Dans les circonstances, il n'y avait aucun risque que le juge chargé de la détermination de la peine soit indûment influencé par les propositions antérieures qui avaient par ailleurs été retirées. La protection à cet égard tient à la norme établie pour le rejet des recommandations conjointes sur la peine : *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2^e) 88, par le juge en chef Drapeau, aux par. 30 à 32. Pour les motifs qui précèdent, je serais d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Retrait des plaidoyers de culpabilité*

[17] Notre Cour a rendu nombre de décisions concernant le critère à appliquer pour déterminer si un accusé devrait être autorisé à retirer un plaidoyer de culpabilité. Dans l'une des plus récentes, *McLaughlin c. R.*, 2013 NBCA 28, 403 R.N.-B. (2^e) 358, nous avons déclaré ce qui suit :

Il existe une forte présomption de validité du plaidoyer de culpabilité, particulièrement s'il a été inscrit avec l'aide d'un avocat (*R. c. Laffin*, 2009 NSCA 19, [2009] N.S.J. No. 66 (QL), au par. 44; *R. c. Eizenga*, 2011 ONCA 113, [2011] O.J. No. 524 (QL), au par. 4). Qui plus est, étant donné que le retrait d'un plaidoyer de culpabilité soulève une question de droit et de fait, l'autorisation de la Cour est requise en vertu du sous-al. 675(1)a)(ii) du *Code*.

Notre Cour a récemment examiné avec attention la jurisprudence concernant le retrait d'un plaidoyer de culpabilité dans des affaires comme *R. c. Miller*, 2011 NBCA 52, 374 R.N.-B. (2^e) 302; *Tower c. R.*, 2010 NBCA 27, 358 R.N.-B. (2^e) 190; *Monteith c. R.*, 2010 NBCA 77, [2010] A.N.-B. n^o 346 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2010] C.S.C.R. n^o 439 (QL), et *R. c. Edgett*, 2008 NBCA 65, 336 R.N.-B. (2^e) 321. M. McLaughlin doit essentiellement être en mesure de démontrer ce qui suit :

- (i) il ne connaissait pas la nature des allégations soulevées contre lui dans l'accusation;
- (ii) il ne connaissait pas les effets et les conséquences possibles de son plaidoyer;
- (iii) le plaidoyer n'avait pas été fait volontairement;
- (iv) le plaidoyer était équivoque. [Par. 9 et 10]

[18] M. MacFarlane ne satisfaisait à aucune de ces conditions préalables. Le premier changement de plaidoyer et la réinscription des plaidoyers de culpabilité ont été faits avec l'aide d'un avocat. De plus, le juge s'est conformé aux dispositions du par. 606(1.1) du *Code criminel*, qui exige qu'il soit convaincu que les conditions suivantes sont remplies avant d'accepter un plaidoyer de culpabilité :

- a) le prévenu a fait volontairement le plaidoyer;
- b) le prévenu : (1) comprend que, en le faisant, il admet les éléments essentiels de l'infraction en cause; (2) comprend la nature et les conséquences de sa décision, (3) sait que le tribunal n'est lié par aucun accord conclu entre lui et le poursuivant.

[19] Rien dans le dossier ne porte à croire que M. MacFarlane n'a pas fait volontairement le plaidoyer ou qu'il ne comprenait pas les éléments énoncés au par. 606(1.1), et il n'a pas tenté de présenter de la preuve pour réfuter la présomption de validité du plaidoyer. Par conséquent, le juge n'a pas commis d'erreur en refusant de lui permettre de changer son plaidoyer.

C. *Refus de la tenue d'une audience de détermination de la peine*

[20] Il va de soi que, avant de décider de la peine à infliger, le tribunal doit suivre certaines règles procédurales impératives, notamment celles énoncées aux art. 723 et 724 du *Code criminel* qui sont rédigées de la façon suivante :

723. (1) Before determining the sentence, a court shall give the prosecutor and the offender an opportunity to make submissions with respect to any facts relevant to the sentence to be imposed.

(2) The court shall hear any relevant evidence presented by the prosecutor or the offender.

(3) The court may, on its own motion, after hearing argument from the prosecutor and the offender, require the production of evidence that would assist it in determining the appropriate sentence.

(4) Where it is necessary in the interests of justice, the court may, after consulting the parties, compel the appearance of any person who is a compellable witness to assist the court in determining the appropriate sentence.

(5) Hearsay evidence is admissible at sentencing proceedings, but the court may, if the court considers it to be in the interests of justice, compel a person to testify where the person

723. (1) Avant de déterminer la peine, le tribunal donne aux parties – le délinquant ou son avocat, selon le cas, et le poursuivant – la possibilité de lui présenter des observations sur tous faits pertinents liés à la détermination de la peine.

(2) Le tribunal prend connaissance des éléments de preuve pertinents que lui présentent les parties.

(3) Le tribunal peut exiger d'office, après avoir entendu le poursuivant et le délinquant, la présentation des éléments de preuve qui pourront l'aider à déterminer la peine.

(4) Le tribunal peut exiger, dans l'intérêt de la justice et après avoir consulté les parties, la comparution de toute personne contraignable pouvant lui fournir des renseignements utiles à la détermination de la peine.

(5) Le oui-dire est admissible mais le tribunal peut, s'il le juge dans l'intérêt de la justice, contraindre à témoigner la personne :

- | | |
|---|---|
| (a) has personal knowledge of the matter; | a) qui a eu une connaissance directe d'un fait; |
| (b) is reasonably available; and | b) qui est normalement disponible pour comparaître; |
| (c) is a compellable witness. | c) qui est contraignable. |

724. (1) In determining a sentence, a court may accept as proved any information disclosed at the trial or at the sentencing proceedings and any facts agreed on by the prosecutor and the offender.

724. (1) Le tribunal peut, pour déterminer la peine, considérer comme prouvés les renseignements qui sont portés à sa connaissance lors du procès ou dans le cadre des procédures de détermination de la peine et les faits sur lesquels le poursuivant et le délinquant s'entendent.

[...]

[...]

(3) Where there is a dispute with respect to any fact that is relevant to the determination of a sentence,

(3) Les règles suivantes s'appliquent lorsqu'un fait pertinent est contesté :

(a) the court shall request that evidence be adduced as to the existence of the fact unless the court is satisfied that sufficient evidence was adduced at the trial;

a) sauf s'il est convaincu que des éléments de preuve suffisants ont été présentés lors du procès, le tribunal exige que le fait soit établi en preuve;

(b) the party wishing to rely on a relevant fact, including a fact contained in a presentence report, has the burden of proving it;

b) la partie qui a l'intention de se fonder sur le fait pertinent, notamment si celui-ci figure au rapport présentenciel, a la charge de l'établir en preuve;

(c) either party may cross-examine any witness called by the other party;

c) chaque partie est autorisée à contre-interroger les témoins convoqués par l'autre partie;

(d) subject to paragraph (e), the court must be satisfied on a balance of probabilities of the existence of the disputed fact before relying on it in determining the sentence; and

d) sous réserve de l'alinéa e), le tribunal doit être convaincu, par une preuve prépondérante, de l'existence du fait contesté sur lequel il se fonde pour déterminer la peine;

(e) the prosecutor must establish, by proof beyond a reasonable doubt, the existence of any aggravating fact or any previous conviction by the offender.

e) le poursuivant est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable tout fait aggravant ou toute condamnation antérieure du délinquant.

[21] En l'espèce, lorsque la question de la détermination de la peine a été soulevée pour la première fois, l'avocate du poursuivant a décrit en ces termes les

circonstances des infractions pour lesquelles des accusations avaient été portées contre M. MacFarlane :

[TRADUCTION]

MINISTÈRE PUBLIC : Votre Honneur, en ce qui a trait aux deux chefs d'accusation qui ont amené M. MacFarlane devant la Cour, le 13 mai 2012, à 2 h 09 du matin, une voisine de la victime, M^{me} Christina – une voisine de M^{me} Christina Johnston a appelé le 911 pour signaler que M^{me} Johnston avait été agressée par M. MacFarlane. Elle a informé le répartiteur que M. MacFarlane avait poussé M^{me} Johnston dans l'escalier et qu'il l'avait agressée toute la nuit et que, au moment de l'agression, il y avait un enfant de 11 mois dans la maison. À leur arrivée sur les lieux, les policiers ont constaté que M^{me} Johnston avait du sang sur le vêtement blanc qui recouvrait la partie supérieure de son corps. Elle avait une bosse au-dessus de l'œil droit et ses lèvres étaient un peu enflées. Elle avait du sang sur les bras et les jambes. Il y avait du sang sur les murs, et il y avait du sang sur le plancher. Il y avait un trou près de la cuisine, la porte du four était endommagée, la porte de la salle de bain était endommagée, et il a été noté que le cordon du téléphone avait été arraché de la prise. Deux touffes de cheveux de la même teinte que celle des cheveux de M^{me} Johnston ont été trouvées sur le plancher de la cuisine, et la porte d'entrée de la résidence ainsi que la serrure étaient endommagées. M^{me} Johnston a déclaré à la police que M. MacFarlane l'avait agressée et qu'il avait endommagé la maison. Elle a aussi déclaré que ce n'était pas la première fois. Elle a aussi dit à la police qu'elle ne voulait pas se rendre au détachement de la GRC pour y faire une déclaration, mais elle a donné sa version des faits à la police en attendant l'ambulance et lorsqu'elle était à l'hôpital. Elle a dit que, plus tôt ce jour-là, elle avait rompu avec M. MacFarlane et qu'il était revenu chez elle vers minuit et avait défoncé la porte à coups de pied pour entrer. Elle a dit qu'elle était terrifiée et qu'elle avait donné un coup de poing à M. MacFarlane. Lorsqu'elle a tenté de saisir le téléphone, il a tiré sur celui-ci et l'a arraché – pardonnez-moi – il a détruit le téléphone en l'arrachant de la prise murale. Il a donné des coups de pied dans la porte de la salle de bain, il a mis la victime face contre le siège de toilette, l'a frappée à la tête avec des bottes à embout d'acier, l'a agrippée par les cheveux et lui a cogné la tête contre la porte du four si fort que la vitre s'est fracassée –

la vitre d'une porte de four conçue pour résister à la température atteinte dans le four est du verre trempé et il est très difficile – à mon humble avis – à briser. Il lui a ensuite arraché des cheveux et donné des coups de pied au bras, aux fesses et dans le milieu du dos. Lorsqu'il a été arrêté, on lui a donné la possibilité de faire une déclaration, mais il a refusé. Et les dommages causés à la résidence, qui est la propriété de la Société d'habitation du Nouveau-Brunswick, s'élèvent à 1 636,40 \$. [Transcription de l'audience de détermination de la peine; 3 septembre; de la page 3, ligne 2, à la page 5, ligne 4.]

[22] Après avoir longuement discuté, notamment à propos du rejet de la demande de retrait du plaidoyer de culpabilité de M. MacFarlane, le juge a appris que celui-ci ne souscrivait pas à la version des faits qui avait été présentée à la Cour. Par conséquent, une audience de détermination de la peine a été prévue.

[23] Lorsque les débats ont repris, le 22 novembre 2013, l'avocate du poursuivant a informé le juge qu'elle avait appris que la recommandation conjointe était le résultat d'une authentique transaction en matière pénale conclue en raison de certaines préoccupations concernant la preuve. L'avocate a répété qu'elle recommandait une peine d'incarcération de trois mois. C'est à ce moment-là que M. MacFarlane a demandé la suspension de l'instance pour abus de procédure, ce que le juge a refusé à bon droit.

[24] Après avoir rejeté la demande de suspension de l'instance, le juge chargé de la détermination de la peine a immédiatement prononcé la sentence. Il n'a pas tenu l'audience de détermination de la peine, qui avait été l'unique motif de l'ajournement antérieur. Le juge a fait état des faits relatés par l'avocate du poursuivant et il a affirmé à tort que M. MacFarlane les avait acceptés. M. MacFarlane a alors interrompu le juge pour lui rappeler qu'il n'avait pas accepté les faits et qu'il souhaitait témoigner pour faire connaître sa [TRADUCTION] « propre version de l'histoire ». Le juge a refusé sa demande et a prononcé la sentence.

[25] De toute évidence, le juge chargé de la détermination de la peine a commis des erreurs de droit à plusieurs égards. Premièrement, le juge n'a pas donné à

M. MacFarlane la possibilité de présenter des observations sur les faits pertinents; deuxièmement, le juge n'a pas entendu la preuve pertinente que M. MacFarlane voulait présenter; troisièmement, le juge n'a pas exigé de preuve pour résoudre le différend quant aux faits, notamment en donnant à M. MacFarlane la possibilité de contre-interroger les témoins appelés par le poursuivant. Ces erreurs, qui constituent respectivement des violations des par. 723(1), 723(2) et 724(3) du *Code criminel*, portent directement atteinte au principe fondamental d'équité dans le processus de détermination de la peine.

[26] Dans l'arrêt *Steeves*, le juge en chef Drapeau a discuté de la compétence des cours d'appel en matière de contrôle d'une sentence. Il a affirmé ce qui suit :

Le par. 687(1) du *Code criminel* délimite la compétence des cours d'appel en matière de contrôle d'une sentence :

687(1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :

- a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
- b) soit rejeter l'appel.

Les prescriptions du législateur sont donc relativement simples, du moins par leur texte : les cours d'appel sont tenues de considérer la justesse de la sentence contestée. Il se dégage nettement de nombreuses déclarations de la Cour suprême du Canada que le concept de « justesse » n'intéresse pas que l'importance de la sentence prononcée.

De fait, il peut arriver que les cours d'appel aient à juger de la conformité de la sentence au droit. Le cas le plus évident de non-justesse d'une sentence, en droit, se présente lorsque le juge chargé de la détermination de la peine n'inflige pas la sanction minimale ou maximale prescrite (*R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, [2000] A.C.S. n° 19 (QL), 2000 CSC 18; *R. c. Fice*, [2005] 1 R.C.S. 742, [2005] A.C.S. n° 30 (QL), 2005 CSC 32; et *R. c. LeBlanc (D.)* (2005), 279 R.N.-B. (2^e) 121, [2005] A.N.-B. n° 21 (QL),

2005 NBCA 6). Dans les décisions suivantes, de même, l'appel interjeté de la sentence était axé sur un point de droit : *R. c. Middleton*, [2009] 1 R.C.S. 674, [2009] A.C.S. n° 21 (QL), 2009 CSC 21, *Regina c. Sinclair* (1972), 6 C.C.C. (2d) 523, [1972] O.J. No. 345 (QL) (C.A.), *Regina c. Robillard* (1985), 22 C.C.C. (3d) 505, [1985] J.Q. n° 353 (QL) (C.A.), *Regina c. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22, [1984] N.W.T.J. No. 42 (QL) (C.A.) et *R. c. Drost (L.B.)* (1996), 172 R.N.-B. (2^e) 67, [1996] A.N.-B. n° 23 (QL). Bien sûr, le tribunal d'appel n'est tenu à aucune déférence lorsque la peine choisie par le juge chargé de la déterminer est contestée sur un point de droit.

Les tribunaux d'appel peuvent en outre avoir à déterminer si la sentence contestée témoigne d'une application appropriée des principes de détermination de la peine. Aujourd'hui, pour la plupart, ces principes sont devenus loi et se retrouvent dans la partie XXIII du *Code criminel*. Il est acquis que, quoique le poids que le juge chargé de déterminer la peine a accordé aux facteurs pertinents requière une grande déférence, la norme de contrôle applicable en appel à sa compréhension de ces principes est celle de la décision correcte.

Enfin, les tribunaux d'appel peuvent entreprendre d'examiner l'importance proprement dite de la peine contestée. Encore une fois, ici, une grande déférence s'impose envers le choix du juge chargé de la détermination de la peine. Une modification ne sera envisageable qu'à la stricte condition que la peine constitue un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables.

En somme, une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n° 52 (QL), par. 46 à 48; *R. c. Solowan*, [2008] 3 R.C.S. 309, [2008] A.C.S. n° 55 (QL), 2008 CSC 62, par. 16; *R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, [2008] A.C.S. n° 31 (QL), 2008 CSC 31, par. 14 et 15; *R. c. C.A.C.* (2009), 349 R.N.-B. (2^e) 265, [2009] A.N.-B. n° 342 (QL), 2009 NBCA 68 (le juge

d'appel Bell, au nom de la Cour, par. 4)). Si la sentence est le fruit d'une erreur qui justifie de l'infirmier, il incombe à la cour d'appel de prescrire le châtement qu'elle estime juste dans les circonstances. [Par. 20 à 25]

[27] En l'espèce, la peine infligée est le résultat d'une erreur de droit et d'une erreur dans l'application des principes de détermination de la peine. L'erreur de droit tient au défaut du juge chargé de la détermination de la peine de se conformer aux prescriptions obligatoires des art. 723 et 724, tandis que l'erreur de principe est attribuable au fait que le juge n'a pas pu appliquer convenablement les principes directeurs sans avoir établi d'abord les faits étayant la peine. Lorsque la peine résulte d'une erreur de droit et d'une erreur de principe de ce type, elle peut faire l'objet d'une révision et le tribunal n'est tenu à aucune déférence à l'égard de la décision du juge qui a infligé la peine.

[28] En résumé, les principes dérivés de l'arrêt *Steeves* qui s'appliquent en l'espèce sont les suivants :

- 1) La peine infligée en l'espèce résulte d'une erreur de droit et d'une erreur de principe, et elle se prête donc au contrôle d'une instance d'appel;
- 2) Les erreurs sont importantes au point que notre Cour n'est tenue à aucune déférence à l'égard de la décision du juge chargé de la détermination de la peine;
- 3) Puisque la peine est le fruit d'une erreur qui justifie son infirmation, il incombe à notre Cour de prescrire la peine qu'elle estime juste dans les circonstances.

[29] Bien entendu, notre Cour ne peut infliger une peine sans d'abord se conformer aux prescriptions des art. 723 et 724. Puisque notre Cour ne peut dans le cadre de l'appel d'une peine renvoyer l'affaire au juge qui l'a infligée, la présente affaire constitue l'un des rares cas où elle devra elle-même tenir l'audience de détermination de la peine qui aurait dû avoir lieu à la Cour provinciale. Ce pouvoir lui est conféré au par. 683(1) du *Code criminel*, qui est rédigé de la façon suivante :

683. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice:

(a) order the production of any writing, exhibit or other thing connected with the proceedings;

(b) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

(c) admit, as evidence, an examination that is taken under subparagraph (b)(ii);

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness[.]

683. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice :

a) ordonner la production de tout écrit, pièce ou autre chose se rattachant aux procédures;

b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès :

(i) ou bien comparaisse et soit interrogé devant la cour d'appel,

(ii) ou bien soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;

c) admettre, comme preuve, un interrogatoire recueilli aux termes du sous-alinéa b)(ii);

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appellant, qui est habile à témoigner mais non contraignable[.]

[30]

À mon avis, l'intérêt de la justice nous impose d'ajourner l'appel de la peine et de fixer une date pour l'audience de détermination de la peine, à l'issue de laquelle notre Cour tranchera l'affaire comme elle l'estime juste dans les circonstances. L'audience de détermination de la peine doit se dérouler selon les dispositions des art. 723 et 724 et comprendre ce qui suit :

- 1) Si les faits sont contestés, le poursuivant devra faire la preuve des circonstances des infractions, en tenant compte du fait que M. MacFarlane a admis leurs éléments essentiels en plaidant coupable;
- 2) M. MacFarlane sera autorisé à contre-interroger tout témoin appelé par le poursuivant;

- 3) M. MacFarlane sera alors autorisé à présenter toute preuve à l'appui de sa version des faits;
- 4) Le poursuivant sera autorisé à contre-interroger tout témoin appelé par M. MacFarlane, y compris M. MacFarlane lui-même, s'il choisit de témoigner;
- 5) La preuve par oui-dire est admissible, à moins d'indication contraire de la Cour;
- 6) Sur la foi de la preuve présentée à l'audience de détermination de la peine, notre Cour établira la base factuelle à partir de laquelle la peine devrait être déterminée selon le fardeau et les normes de preuve énoncés au par. 724(3) du *Code criminel*;
- 7) Notre Cour infligera ensuite la peine qu'elle estime juste dans les circonstances, en tenant compte des facteurs aggravants et atténuants et en appliquant les principes qui régissent la détermination d'une peine juste;
- 8) Ce faisant, notre Cour tiendra compte de la recommandation conjointe résultant d'une authentique transaction en matière pénale mais, tout comme c'était le cas pour la Cour provinciale, elle **n'est pas** liée par cette transaction. Bien entendu, la norme énoncée dans *Steeves* pour rejeter la recommandation conjointe d'une peine sera appliquée, le cas échéant;
- 9) À la fin de la procédure, l'appel de la peine sera rejeté si notre Cour est d'avis que, malgré les erreurs de droit et de principe, la peine infligée par la Cour provinciale correspond à ce qu'elle estime approprié. Par ailleurs, si notre Cour parvient à une autre conclusion, elle modifiera la peine et infligera le châtement qu'elle estime juste dans les circonstances.

V. Dispositif

[31] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité. Je suis aussi d'avis de reporter l'audition de l'appel de la peine au 24 juin 2014, à 10 h, devant la Cour d'appel. À moins que l'appel de la peine ne soit, dans l'intervalle, abandonné, la Cour tiendra, à cette date, une audience de détermination

de la peine, conformément aux art. 723 et 724 du *Code criminel* et procédera de la manière décrite ci-dessus.

[32] Évidemment, la peine infligée par la Cour provinciale continuera de s'appliquer jusqu'à ce que la décision sur l'appel de la peine soit rendue.

[33] Considérant la nature provisoire de la présente décision concernant l'appel de la peine et le délai nécessaire, la présente décision devrait être rendue d'abord dans sa version anglaise, puis dans sa version française.