

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

94-14-CA

RYAN ANDREW CROWLEY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Crowley v. R., 2015 NBCA 61

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 29, 2014

History of case:

Decision under appeal:
N/A

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 25, 2015

Judgment rendered:
October 8, 2015

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Baird

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

Counsel at hearing:

Ryan Andrew Crowley appeared in person

For the respondent:
Kathryn A. Gregory

RYAN ANDREW CROWLEY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Crowley c. R., 2015 NBCA 61

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 29 mai 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
s.o.

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 25 juin 2015

Jugement rendu :
le 8 octobre 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

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

Avocats à l'audience :

Ryan Andrew Crowley a comparu en personne

Pour l'intimée :
Kathryn A. Gregory

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed.

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.

The following is the judgment delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] The appellant was convicted of the indictable offence of assault pursuant to s. 266(a) of the *Criminal Code* on May 29, 2014. On July 28, 2014, he was sentenced to an 18-month period of supervised probation. He appeals the conviction, requesting it be set aside, or alternatively a new trial be ordered on the grounds the trial judge made palpable and overriding errors in her assessment of his credibility, and failed to properly assess the appellant's evidence in the manner prescribed by *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL). Before us, the appellant also alleged he did not have a fair trial and submitted the Crown Prosecutor failed to cross-examine him concerning evidence the trial judge referenced in her credibility analysis. He states this was a violation of the rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.). The morning of the hearing, he submitted the Crown Prosecutor had a duty to obtain collateral evidence from independent sources which would have refuted the complainant's version of events. He states the failure to fulfill this duty ultimately deprived him of a fair trial.

II. Background

[2] At the time of the offence, Mr. Crowley and the victim, Jennifer Coughlan, had been common law partners for approximately five years. On December 31, 2013, they rented a room at a hotel in close proximity to the Casino in Moncton and proceeded to spend the evening gambling and consuming alcohol at the Casino. Ms. Coughlan testified Mr. Crowley consumed 10-12 beer throughout the evening and was, in her opinion, intoxicated. She admitted to consuming three-four beer. She stated that at 4:30 a.m. she decided to return to their hotel room. Mr. Crowley became agitated as he did not want her to leave, grabbed her arm, and asked her for money. She threw a \$100 bill towards him, which fell on the floor. She returned to the hotel room and went to bed.

Mr. Crowley entered the hotel room approximately one hour later, threw the door open, smashed Ms. Coughlan's cosmetic bag against the wall, shoved her, called her vulgar names, and placed a pillow over her head as if to smother her. She pretended to be asleep, turned her head so she could breathe, and eventually Mr. Crowley passed out. According to Ms. Coughlan, when he awoke the next morning Mr. Crowley was still intoxicated. He told her she needed a "hate fuck", and proceeded to have sexual intercourse with her without her consent. He then showered and they left the hotel to return home. Ms. Coughlan did not file a police complaint concerning this incident until August 2014. She testified by that time, Mr. Crowley's erratic behaviour was affecting their children, so she terminated the relationship, and gave a statement to the police. He was subsequently charged with indictable assault contrary to s. 266(a), as well as the offence of attempting to suffocate contrary to s. 246(a).

[3] Mr. Crowley's version of events differed considerably from that of Ms. Coughlan. He denied being intoxicated, and admitted to drinking only two-three beer throughout the evening, stating that gambling and drinking do not mix. He denied being angry when Ms. Coughlan decided to go to bed early, and he denied asking her for money. He testified he stayed at the Casino drinking water until 4:30 a.m., at which point he returned to the hotel room, and prepared for bed. He testified he tried to speak to Ms. Coughlan, but she was "passed out". He denied the assault in its entirety, and implied that Ms. Coughlan had a propensity towards violence herself, noting he had called the police on one occasion in 2010 as a result of her abusive conduct towards him.

[4] The trial judge was, therefore, left with two distinct versions of the events. She found:

At the end of the day, I have come to the conclusion that the evidence of Ryan Crowley does not have the reliability that one would – should find to either accept his version of events or to come to the conclusion that even if I do, not - even if I do not accept it fully, he has not managed to raise a reasonable doubt, which are the two branches of the [W.D.] analysis. This being said, the analysis [...] does not stop there as I must canvas the Prosecution's evidence in

light of the infractions allegedly committed by Mr. Crowley. [p. 15 of the transcript]

The trial judge sifted through the evidence of both parties, identifying inconsistencies in the narrative, exaggerations in the testimony, and assessing its reliability. She concluded there was insufficient evidence to prove the offence of attempted suffocation; however, she found there was sufficient proof Mr. Crowley “pushed her, shoved her in the face, and smashed her with a pillow”. Notably, in her summary, the trial judge did not refer to Mrs. Coughlan’s testimony that Mr. Crowley threw her cosmetic bag against the wall, nor that he called her vulgar names or uttered the words “you need a hate fuck” the next morning; however, she did comment on the fact Mr. Crowley did not offer an explanation, nor did he deny Ms. Coughlan’s evidence with respect to those events. Mr. Crowley submits, as he was not cross-examined concerning those events, he lost the opportunity to rebut them, thus depriving him of a fair trial, and resulting in a flawed credibility analysis by the trial judge.

[5] Mr. Crowley’s initial grounds of appeal were: (1) the trial judge erred in law by failing to assess the evidence in the manner prescribed in *R. v. W.(D.)*, and (2) she committed a palpable and overriding error when she assessed the credibility of the prosecution and defence witnesses. Before us, Mr. Crowley submitted the rule in *Browne v. Dunn* was violated, as he was not cross-examined concerning evidence the trial judge referred to in her reasons. Further, he claimed he did not have a fair trial on the basis the Crown Prosecutor failed to produce collateral evidence.

III. The Credibility Analysis

[6] The standard of appellate review on issues of credibility was recently reiterated in *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1, where Drapeau C.J.N.B. states:

The standard of review for errors of fact is palpable and overriding error. Thus, an appellate court is not at liberty to overturn findings of credibility simply because it would have come to a different conclusion. As was stated in the

oft-cited case of *R v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621:

There is general agreement on the test applicable to a review of a finding of credibility by a trial judge: the appeal court must defer to the conclusions of the trial judge unless a palpable or overriding error can be shown.^d It is not enough that there is a difference of opinion with the trial judge (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at paras. 32-33; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 74). [para. 10]

See, as well, *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paras. 70-73. [para. 74]

[7] Appellate review of credibility findings was considered in *J.N.C. v. R.*, 2013 NBCA 59, 409 N.B.R. (2d) 310, where the Court observes:

In light of the above, we owe deference to the trial judge's credibility findings unless J.N.C. can show that these are the product of a palpable and overriding error: *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 10.

In *R. v. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 N.B.R. (2d) 123, at para. 26, and in other cases, including *R. v. Mollins*, 2011 NBCA 62, [2011] N.B.J. No. 237 (QL), at para. 14, this Court has adopted the definition of "palpable and overriding" articulated in *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL):

The "palpable and overriding" standard addresses both the nature of the factual error and its impact on the result. A "palpable" error is one that is obvious, plain to see or clear: *Housen* at 246. Examples of "palpable" factual errors include findings made in the complete absence of evidence, findings made in conflict with accepted evidence, findings based on a misapprehension of evidence and findings of fact drawn from primary facts that are the result of speculation rather than inference.

An "overriding" error is an error that is sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact. Where the

challenged finding of fact is based on a constellation of findings, the conclusion that one or more of those findings is founded on a "palpable" error does not automatically mean that the error is also "overriding". The appellant must demonstrate that the error goes to the root of the challenged finding of fact such that the fact cannot safely stand in the face of that error: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254 at 281. [paras. 296-97]

[paras. 14-15]

On the standard to be applied, Drapeau C.J.N.B. states in *Gillis*:

The standard for appellate intervention on the basis of evidential misapprehension is "stringent": *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732, at paras. 1-2 and *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, Abella J., for the majority, at para. 19. In *Lohrer*, the Supreme Court of Canada cautioned against intervention unless the following conditions were met:

Morrissey, it should be emphasized, describes a stringent standard. The misapprehension of the evidence must go to the substance rather than to the detail. It must be material rather than peripheral to the reasoning of the trial judge. Once those hurdles are surmounted, there is the further hurdle (the test is expressed as conjunctive rather than disjunctive) that the errors thus identified must play an essential part not just in the narrative of the judgment but "in the reasoning process resulting in a conviction". [para. 2]

[para. 76]

[8] Errors involving the misapprehension of evidence by a trial judge are assessed by reference to their impact on the fairness of the trial. The jurisprudence is clear that credibility findings of trial judges are entitled to deference. In *Banks v. R.*, 2012 NBCA 80, 396 N.B.R. (2d) 325, Drapeau C.J.N.B., writing for the Court, states:

In sum, intervention pursuant to s. 686(1)(a)(i) is out of the question unless we conclude the contested verdict is one that was not reasonably open to the trial judge, acting judicially. In making that determination, great deference is owed to the trial judge's findings of fact, including his credibility findings, and the court must remain faithful to its role, as described in *R. v. Deschênes*. [para. 10]

[9] In *Robichaud v. R.*, 2014 NBCA 1, 415 N.B.R. (2d) 218, the Court offers a succinct review of the jurisprudence concerning appellate deference:

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]

[para. 15]

See also para. 17 in *Robichaud v. R.*

[10] When credibility is in issue, the trial judge's analysis should inform that he or she applied the principles established in *R. v. W.(D.)*, so an appellate court can be satisfied the trier of fact was live to the analysis, and applied it in his or her reasons, but it

is not necessary to repeat the principles word for word. In *J.N.C. v. R.*, the Court discusses the role of the trial judge:

This framework, formulated in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] 1 S.C.J. No. 126 (QL), has been the subject of much jurisprudence and frequently features as a predominant ground of appeal against conviction. Since formulating the *W.(D.)* framework, the Supreme Court has explained that the approach was never meant to require a formulistic recitation of these principles, especially in judge alone cases. While trial judges are required to adhere to the principles espoused in *W.(D.)*, they are presumed to know the law and to understand the presumption of innocence and the burden of proof applicable in a criminal case: *R. v. S.S.*, 2011 NBCA 75, 376 N.B.R. (2d) 146; *R. v. Randall*, 2012 NBCA 25, 393 N.B.R. (2d) 217; *R. v. Doiron*, 2013 NBCA 31, 405 N.B.R. (2d) 22; and even more recently, *Wilson v. R.*, 2013 NBCA 38, [2013] N.B.J. No. 168 (QL) and the cases cited therein. This said, a reference to the *W.(D.)* framework is strongly encouraged as it will usually demonstrate that the judge's decision was informed by the correct principles and may give comfort to interested parties that the matter has been determined on the basis of the reasonable doubt standard. [para. 6]

[11] In *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, the Supreme Court rejected a formulaic approach, stating that only the substance, not the form, of the three-step test set out in *R. v. W.(D.)* need be captured by the trial judge. This should be done in such a way that it is clear he or she directed his or her mind to the seminal question: whether the accused's evidence, considered as a whole, raises a reasonable doubt as to guilt. Therefore, deference is owed to a trial judge's assessment of the evidence, as they are in a "unique" position to see and hear witnesses. A successful appeal from a verdict in a judge alone trial on the grounds there were insufficient reasons, or the trial judge did not apply the burden of proof, should be "rare". In *J.N.C. v. R.*, the Court found deference was owed to the trial judge's findings of credibility unless there was a "palpable and overriding error". As stated in *R. v. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 N.B.R. (2d) 123, a palpable error is one that is obvious, plain to see or clear (para. 26). In trials where there are two versions of the same events, it is not simply a question which version the trial

judge favours or believes; rather, the role of the trial judge is to assess the testimony of the accused and to determine whether the exculpatory testimony is believed, whether it raises a reasonable doubt, and failing both, whether the prosecution has proven its case beyond a reasonable doubt: *Gahan v. R.*, 2014 NBCA 18, 418 N.B.R. (2d) 104 (para. 1). The trial judge, in this case, referenced *R. v. W.(D.)*, and she correctly observed it would be improper for her to choose one version of events over the other.

[12] The trial judge then assessed the totality of the evidence, making observations concerning the demeanor of the witnesses, the reliability of the evidence, and the lack of detail offered by Mr. Crowley concerning key events in the narrative, which she found troubling. She applied the *R. v. W.(D.)* analysis stating:

Simply put, if I believe Mr. Crowley, I must acquit. Even if I do not believe Mr. Crowley but I am left with a doubt by his evidence, I must also acquit. Finally, even if I am not left in doubt by the evidence of Mr. Crowley, the fundamental question must still be answered, i.e. whether on the balance of the evidence which I do accept, has the Prosecution proven its case beyond a reasonable doubt. [p. 10 of the transcript]

This is the correct standard (*Gillis*, para. 72).

[13] The trial judge's reasons substantiate the underpinning of her credibility assessment and were more than sufficient. Mr. Crowley attempted to paint Ms. Coughlan in a negative light by suggesting it was she who wanted to spend the night at the Casino. His testimony concerning the events of that evening was notably sparse, particularly in contrast to the specificity with which he testified to the events of 2010 when he called the police to attend their residence. The trial judge noted that Mr. Crowley provided "little or no details" about what happened in the hotel room. She stated she had difficulty with his testimony concerning alcohol consumption that evening, and also with the fact he failed to relate any details concerning the conversation he had with Ms. Coughlan when she left the Casino. The judge commented on the scarcity of details concerning what Mr. Crowley observed. Overall, the trial judge found this was troubling in the context of

assessing the evidence. She noted Mr. Crowley appeared “stressed” during his testimony and kept his replies to a “bare minimum”. The trial judge acknowledged that assessing credibility is an art not a science describing it as a “blend of impressions”. Contextually, I find the trial judge’s reasons were sufficient to support her findings of guilt. The reasons were clear and articulate. The credibility analysis was fulsome and complete. I find there is no merit to the first ground of appeal.

[14] The allegation the trial judge committed palpable and overriding error is also without merit. The findings of credibility are anchored in appropriate considerations, and the judge’s findings of fact are grounded in the evidence the judge believed.

IV. Collateral evidence and the Rule in *Browne v. Dunn*

[15] In his submission, Mr. Crowley stated the Crown Prosecutor should have obtained video surveillance records from the Casino to verify the time of their arrival and departure, and which would have shown the interaction between them when Ms. Coughlan left the Casino for the night. He submitted that statements from the housekeeping staff would have established whether make-up was splattered on the hotel room wall as Ms. Coughlan alleged, and that receipts and text messages could have been obtained from the complainant to bolster her testimony concerning the number of drinks she bought for him that evening. The failure of Crown counsel to introduce this collateral evidence, he submits, should have raised a reasonable doubt in the mind of the judge and the failure of the Crown Prosecutor to cross-examine him concerning this evidence violated the rule in *Browne v. Dunn*. On these grounds, Mr. Crowley alleges the judge committed a “palpable error”, resulting in an unfair trial. I find the trial judge made no such error.

[16] A similar submission was before the Court in *Lakas v. R.*, 2011 NBCA 67, [2011] N.B.J. No. 249 (QL). In that instance, the accused appealed on a single ground: that his trial lawyer did not obtain “available telephone records that would have effectively challenged certain important aspects of the complainant’s testimony” (para.

2). At trial, the judge accepted the testimony of the complainant in a case where there were two different versions of events; however, in her reasons, the judge stated she found one aspect of the evidence troubling: that being a telephone call made by the complainant to Mr. Lakas the day after the incident. Despite this evidence, he was found guilty. On appeal, counsel for the Attorney General consented to the admission of further evidence in the “interests of justice”. A new trial was ordered on the basis the evidence was necessary to prevent a miscarriage of justice. In this case, Mr. Crowley has not asked for permission to introduce fresh evidence, nor has he appealed on the basis of ineffective counsel. His submission, simply put, is the trial judge erred when she relied on the uncorroborated evidence of Ms. Coughlan, and Crown counsel should have introduced collateral evidence to corroborate or to contradict the two versions of events, thereby calling into question the credibility assessment of the trial judge and the reliability of the conviction.

[17] In the course of her reasons, the trial judge commented Mr. Crowley did not respond to Ms. Coughlan’s allegations he called her vulgar names and threw her cosmetic bag against the wall when he returned to the hotel room in the morning of January 1, 2014, nor did he reply to the allegation he had said she needed a “hate fuck” in the morning. The judge observed these were degrading comments, and if he did not utter those words, one would expect an explanation, or, at a minimum, a denial. It was Mr. Crowley’s failure to provide an explanation that became problematic for the trial judge. She concluded when an accused testifies, and fails to address issues that are relevant in the global “assessment of the evidence”, he or she runs the risk the Court may draw adverse inferences. Mr. Crowley asserts the Crown Prosecutor should have cross-examined him with respect to the events above, and the trial judge’s reliance on the evidence of the complainant was, therefore, “wrong”.

[18] This submission is similar to one put to the Court in *Gillis*. There, Mr. Gillis argued the evidence that prompted the trial judge to disbelieve his testimony was never put to him on cross-examination, thus depriving him of the opportunity to make full answer and defence (para. 107). In support of his analysis, Drapeau C.J.N.B. looked

to the ratio in *Browne v. Dunn*, which requires the cross-examiner to confront a witness with the extrinsic evidence he or she intends to use to impeach the witness's credibility. Thus, on the same basis, Mr. Crowley submits he should have been cross-examined by the Crown Prosecutor concerning the incidents referenced above. In my opinion, there is a distinction between the analysis in *Gillis* and the reasons in this case. As Drapeau C.J.N.B. stated in *Gillis*:

Applying the principles developed in the jurisprudence, I am not persuaded the trial judge erred in law in taking into account each and every factor of influence in assessing the appellant's credibility that was not put to him during cross-examination. Some of those factors would have been fairly evident to the appellant and his counsel. However, the same cannot be said for the perceived issue-specific contradiction between the appellant's answers to the trial judge's questions and the statement he gave to the police. [para. 110]

In other words, in *Gillis*, there was a contradiction between Mr. Gillis' testimony and a statement he had given to the police. This contradiction required clarity, and in the trial judge's assessment was fundamental to the issue of credibility. Neither counsel apparently spotted the contradiction. Its relevance only became apparent when the trial judge gave reasons for his credibility findings. The same cannot be said in the present case. The evidence of the complainant was laid out and was obvious. It was there to be contradicted had Mr. Crowley wished to address it. He did not.

[19] As Drapeau C.J.N.B. noted in *Gillis*, the rule in *Browne v. Dunn* is not absolute and its application is case-specific (para. 111) (see also *R. v. Quansah*, 2015 ONCA 237, [2015] O.J. No. 1774 (QL), at para. 101, per Watt J.A.). In *R. v. McNeill*, [2000] O.J. No. 1357 (C.A.) (QL), Moldaver J.A., as he then was, examined the rule in a case where the appellant submitted because defence counsel failed to ask a witness specific questions about a purported conversation with the accused, the jury was left with the impression the accused should be held responsible for "what may have been a tactical decision or mere oversight on the part of defence counsel" (para. 42). The failure to question the witness was in reality a breach of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985 c.

C-5; however, on appeal, it was framed as a breach of the rule in *Browne v. Dunn*. At para. 44, Moldaver J.A. stated “The rule in [*Browne v. Dunn*] was succinctly stated by Labrosse J.A. in *R. v. Henderson*, supra, at p. 141: ‘This well-known rule stands for the proposition that if counsel is going to challenge the credibility of a witness by calling contradictory evidence, the witness must be given the chance to address the contradictory evidence in cross-examination while he or she is in the witness box’”. The rule is one of fairness, to prevent the “ambush” of a witness by not giving him or her the opportunity to state his or her position concerning subsequent contradictory evidence on an essential issue.

[20] In my opinion, the rule in *Browne v. Dunn* was not engaged in this case. Ms. Coughlan was cross-examined by Mr. Crowley’s experienced criminal defence counsel. He unsuccessfully attempted to impeach her credibility. Mr. Crowley was given the opportunity to offer his version of the events. His counsel posed a number of questions prompting him to recite the events of the evening, and the following morning. He was not specifically asked to rebut Ms. Coughlan’s testimony concerning the vulgar names, the throwing of the cosmetic bag, or whether he told her she needed a “hate fuck” in the morning. At this juncture, I pause to note the above events were not critical to the ultimate proof of the offence of assault. The Crown Prosecutor was under no obligation to elicit evidence that could have been offered by Mr. Crowley during his direct examination. As this Court has stated, it is not our role to second-guess the trial strategy of counsel (*Lavoie v. R.*, 2010 NBCA 52, 363 N.B.R. (2d) 55, at para. 7). If Mr. Crowley’s counsel believed this evidence was critical to the ultimate finding of guilt, he could have put those parts of Ms. Coughlan’s testimony to him in direct examination. Alternatively, he could have introduced collateral evidence in cross-examination to impeach Ms. Coughlan’s credibility, or to raise a reasonable doubt in the judge’s mind concerning guilt. That was not the role of the Crown Prosecutor.

[21] In *Gardiner v. R.*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, the appeal was allowed on the basis defence counsel admitted he had ineffectively dealt with the rule in

Browne v. Dunn. Richard J.A., writing for the Court, drew a distinction between ineffective representation and trial strategy, noting:

[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 (Q.L.), 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 bound to apply that deferential approach. [para. 10]

In *E.K.M. v. R.*, 2012 NBCA 64, 391 N.B.R. (2d) 130, Drapeau C.J.N.B. endorsed this statement when he found it would be “foolhardy indeed to second-guess trial strategy in the absence of compelling evidence of malpractice” (para. 31).

[22] Here, the Crown Prosecutor was under no obligation to call any other evidence. That was his decision to make. The Court was satisfied the essential elements of the offence had been made out, and the burden of proof was discharged. When one parses the decision, the judge concludes: “However, as to the assault, I accept the evidence of Ms. Coughlan that in the course of the events that transpired in that bedroom that night, Ryan Crowley pushed her, shoved her in the face, smashed her with a pillow and on that count of assault, he is found guilty”. In her summary, she does not refer to a cosmetic bag being smashed, nor to vulgar name-calling, nor whether Mr. Crowley told Ms. Coughlan she needed a “hate fuck”. I conclude those events were, therefore, not critical to the trial judge’s finding of guilt. Even if they had been, Mr. Crowley failed to contradict that evidence, and the Crown Prosecutor was under no duty to cross-examine Mr. Crowley concerning it.

IV. Disposition

[23] In my view, the trial judge's credibility analysis was correct. The rule in *Browne v. Dunn* was not engaged as the accused had an opportunity to rebut the evidence of the complainant and did not do so. The Crown Prosecutor was under no obligation to produce evidence that was discoverable by the accused, and which could have been used by him to attempt to impeach the credibility of the complainant on cross-examination had he wished to do so. I echo the words of Drapeau C.J.N.B. in *E.K.M. v. R.*:

In my respectful judgment, there is simply no merit to the appellant's objections to the findings of credibility made in the court below. Stripped to their core, those objections are not sourced in errors of law or principle, but driven solely by a disagreement with the trial judge's adverse findings, which, in my view and contrary to the appellant's submission, flowed from the application of a legally correct framework and are solidly moored to the evidential record. That being so, those findings must stand (see *R. v. R.P.* 2012 SCC 22, at paras. 10-12). [para. 25]

[24] For the above reasons, I would dismiss the appeal.

La juge Baird

I. Introduction

[1] L'appelant a été déclaré coupable de l'acte criminel de voies de fait prévu à l'al. 266a) du *Code criminel* le 29 mai 2014. Le 28 juillet 2014, il a été condamné à dix-huit mois de probation sous surveillance. Il interjette appel de la déclaration de culpabilité et demande qu'elle soit annulée ou, subsidiairement, que soit ordonnée la tenue d'un nouveau procès. L'appelant soutient que la juge du procès a commis des erreurs manifestes et dominantes dans l'appréciation de sa crédibilité et qu'elle n'a pas apprécié sa preuve de la manière appropriée, prescrite par *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL). Devant notre Cour, l'appelant a avancé par ailleurs qu'il n'avait pas obtenu un procès équitable et que le procureur du ministère public avait omis de le contre-interroger sur des éléments de preuve mentionnés par la juge dans son analyse de la crédibilité. Il en argue une violation de la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (Ch. des lords). Le matin de l'audience, il a soutenu que le procureur du ministère public avait l'obligation d'obtenir de sources indépendantes une preuve accessoire qui aurait contredit la version des événements de la plaignante. Il affirme que le manquement à cette obligation lui a dénié, en définitive, un procès équitable.

II. Contexte

[2] À l'époque de l'infraction, M. Crowley et la victime, Jennifer Coughlan, étaient conjoints de fait depuis quelque cinq ans. Le 31 décembre 2013, ils ont loué une chambre dans un hôtel, tout près du casino de Moncton; ils ont passé au casino une soirée au cours de laquelle ils ont joué et consommé de l'alcool. M^{me} Coughlan a témoigné que M. Crowley avait pris de dix à douze bières durant la soirée et que, à son avis, il était en état d'ébriété. Elle a admis avoir consommé trois ou quatre bières. Elle a déclaré que, à

4 h 30, elle avait décidé de retourner à leur chambre d'hôtel. Contrarié par ce départ qu'il ne souhaitait pas, M. Crowley l'a saisie par le bras et lui a demandé de l'argent. Elle lui a jeté un billet de 100 \$ qui est tombé sur le sol. Elle est retournée à la chambre d'hôtel et s'est mise au lit. M. Crowley est entré dans la chambre environ une heure plus tard. Il a ouvert brusquement la porte, a lancé le sac à maquillage de M^{me} Coughlan contre le mur, l'a poussée et injuriée, puis a appuyé un oreiller sur sa tête comme pour l'asphyxier. Elle a feint de dormir, retourné la tête pour pouvoir respirer, et M. Crowley a fini par s'endormir comme une masse. Selon M^{me} Coughlan, l'état d'ébriété de M. Crowley persistait lorsqu'il s'est éveillé le lendemain matin. Il lui a dit qu'elle avait besoin d'un *hate fuck* (rapports sexuels haineux) et il a eu des rapports avec elle sans son consentement. Il a ensuite pris une douche, et ils ont quitté l'hôtel pour rentrer à la maison. M^{me} Coughlan n'a pas porté plainte à la police à cet égard avant août 2014. Elle a témoigné que le comportement instable de M. Crowley affectait leurs enfants à ce moment-là et que, en conséquence, elle avait mis un terme à leur relation et fait une déposition à la police. Il a ensuite été accusé de l'acte criminel de voies de fait prévu à l'al. 266a) et de l'acte criminel de tentative d'étouffement prévu à l'al. 246a).

[3] La version des événements qu'a donnée M. Crowley différait sensiblement de celle de M^{me} Coughlan. Il a nié s'être trouvé en état d'ébriété et n'a admis avoir consommé que deux ou trois bières durant la soirée : le jeu et l'alcool, a-t-il expliqué, font mauvais ménage. Il a nié avoir été pris de colère quand M^{me} Coughlan a décidé d'aller se coucher avant lui, et nié lui avoir demandé de l'argent. Il a témoigné qu'il était demeuré au casino jusqu'à 4 h 30, n'y buvant que de l'eau, qu'il était alors rentré à la chambre d'hôtel et qu'il s'était préparé à se mettre au lit. Il a témoigné qu'il avait essayé de parler à M^{me} Coughlan, mais qu'elle dormait pesamment. Il a nié les voies de fait dans leur entièreté. Il a laissé entendre que M^{me} Coughlan avait elle-même une propension à la violence et signalé qu'il avait appelé la police, en 2010, en raison du comportement agressif qu'elle avait eu envers lui.

[4] La juge du procès, donc, faisait face à deux versions divergentes de ces événements. Elle est arrivée à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Tout bien pesé, je constate que la preuve de Ryan Crowley ne présente pas la fiabilité à laquelle on aurait... il faudrait conclure, soit pour accepter sa version des événements, soit pour juger que, même si je... ne... même si je ne l'accepte pas entièrement, il n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable, comme le veulent les deux volets de l'analyse [de *W.(D.)*]. Cela dit, l'analyse [...] ne s'arrête pas là. Il me faut examiner en détail la preuve de la poursuite au regard des infractions que M. Crowley aurait commises. [p. 15 de la transcription]

La juge du procès a étudié la preuve de chacune des parties. Relevant les contradictions des récits et les exagérations des preuves testimoniales, elle en a apprécié la fiabilité. Elle a conclu que la preuve d'une tentative d'étouffement était insuffisante, mais qu'étaient prouvés ces gestes : [TRADUCTION] « [M. Crowley] l'a poussée, lui a mis la main au visage, et l'a frappée au moyen d'un oreiller ». Il est à noter que la juge du procès n'a pas mentionné, dans son résumé, certaines facettes du témoignage de M^{me} Coughlan : le sac à maquillage lancé contre le mur, les injures, les mots [TRADUCTION] « t'as besoin d'un *hate fuck* » prononcés le lendemain matin. Elle a cependant bel et bien souligné, dans ses observations, que M. Crowley n'avait ni avancé d'explication ni contredit la preuve de M^{me} Coughlan relativement à ces événements. M. Crowley soutient que, parce qu'il n'a pas été contre-interrogé sur ces événements, il n'a pu contredire la plaignante à leur propos, d'où déni d'un procès équitable et analyse défectueuse de la crédibilité de la part de la juge.

- [5] Les moyens d'appel originaux de M. Crowley étaient ceux-ci : 1) la juge du procès a commis une erreur de droit en n'appréciant pas la preuve comme le prescrit *R. c. W.(D.)*; 2) elle a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a apprécié la crédibilité des témoins à charge et à décharge. Devant notre Cour, il a avancé que la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* avait été enfreinte du fait qu'il n'avait pas été contre-interrogé sur des éléments de preuve mentionnés par la juge du procès dans ses motifs. Il

a soutenu en outre qu'il n'avait pas obtenu un procès équitable parce que le procureur du ministère public n'avait pas produit de preuves accessoires.

III. Analyse de la crédibilité

[6] La norme de contrôle applicable en appel à l'appréciation de la crédibilité s'est trouvée réaffirmée récemment dans *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2^e) 1, arrêt où le juge Drapeau, J.C.N.-B., a écrit ce qui suit :

La norme de contrôle qui s'applique aux erreurs de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante. Une cour d'appel ne saurait donc infirmer des conclusions concernant la crédibilité pour la simple raison qu'elle en serait arrivée à une conclusion différente. Comme la Cour suprême l'a dit dans l'arrêt *R c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, souvent cité :

En ce qui a trait au critère d'examen d'une conclusion sur la crédibilité tirée en première instance, il est généralement admis que la cour d'appel doit faire preuve de déférence, sauf erreur manifeste ou dominante. Elle ne peut intervenir simplement parce qu'elle diffère d'opinion (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32-33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 74). [par. 10]

Voir, également, l'arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux par. 70 à 73. [par. 74]

[7] De même, dans l'arrêt *J.N.C. c. R.*, 2013 NBCA 59, 409 R.N.-B. (2^e) 310, la Cour s'est penchée sur le contrôle, en appel, de conclusions tirées en matière de crédibilité :

Étant donné ce qui précède, nous devons faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge du procès en matière de crédibilité, à moins que J.N.C. ne puisse démontrer que ces conclusions sont le produit d'une erreur manifeste et dominante : *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, au par. 10.

Dans *R. c. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 R.N.-B. (2^e) 123, au par. 26, et dans d'autres affaires, dont *Mollins c. R.*, 2011 NBCA 62, [2011] A.N.-B. n° 237 (QL), au par. 14, notre Cour a fait sienne la définition de l'expression « manifeste et dominante » énoncée dans l'arrêt *Waxman c. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION]

La norme de l'« erreur manifeste et dominante » concerne à la fois la nature de l'erreur factuelle et son incidence sur l'issue de l'affaire. Une erreur « manifeste » est une erreur qui est tout à fait évidente : *Housen*, à la page 246. Les erreurs factuelles « manifestes » consistent notamment en des conclusions tirées en l'absence totale de preuves, des conclusions incompatibles avec la preuve établie, des conclusions fondées sur une interprétation erronée de la preuve et des conclusions de fait tirées à partir de faits primaires qui résultent d'une conjecture plutôt que d'une inférence.

Une erreur « dominante » est une erreur qui est suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée. Lorsque la conclusion de fait contestée est fondée sur une multitude de conclusions, la conclusion voulant qu'une ou plusieurs de ces conclusions soient fondées sur une erreur « manifeste » ne signifie pas nécessairement que l'erreur est également « dominante ». L'appelant doit établir que l'erreur compromet irrémédiablement la conclusion de fait contestée, à tel point que le fait ne saurait être confirmé étant donné cette erreur : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la page 281. [Par. 296 et 297]

[par. 14 et 15]

Pour ce qui est de la norme à appliquer, le juge en chef Drapeau écrivait ce qui suit dans *Gillis* :

La norme qui régit l'intervention en appel pour cause d'interprétation erronée de la preuve est « stricte » : *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732, aux par. 1 et 2, et *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, la juge

Abella, qui rendait le jugement de la majorité, au par. 19. Dans l'arrêt *Lohrer*, la Cour suprême a fait une mise en garde contre l'intervention, sauf dans le cas où les conditions suivantes sont réunies :

L'arrêt *Morrissey*, faut-il le souligner, établit une norme stricte. L'interprétation erronée de la preuve doit porter sur l'essence plutôt que sur des détails. Elle doit avoir une incidence importante plutôt que secondaire sur le raisonnement du juge du procès. Une fois ces obstacles surmontés, il faut en outre (le critère étant énoncé de manière conjonctive plutôt que disjonctive) que les erreurs ainsi relevées aient joué un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore « dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité ». [par. 2]
[par. 76]

- [8] Les erreurs commises dans l'interprétation de la preuve par un juge de procès sont évaluées en fonction de leur incidence sur le caractère équitable du procès. Il ressort nettement de la jurisprudence que les conclusions d'un juge de procès en matière de crédibilité appellent à la déférence. Dans *Banks c. R.*, 2012 NBCA 80, 396 R.N.-B. (2^e) 325, le juge Drapeau, J.C.N.-B., auteur des motifs de la Cour, a indiqué ce qui suit :

Somme toute, une intervention en appel, telle qu'il est prévu au s.-al. 686(1)a)(i), n'est possible que si la Cour conclut que le verdict contesté est un verdict qu'il n'était pas loisible au juge du procès, agissant judiciairement, de rendre. Pour trancher cette question, il faut faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait tirées par le juge du procès, notamment celles qu'il a tirées en matière de crédibilité, et la Cour doit demeurer fidèle à son rôle, tel qu'il est décrit dans l'arrêt *R. c. Deschênes*. [par. 10]

- [9] Dans l'arrêt *Robichaud c. R.*, 2014 NBCA 1, 415 R.N.-B. (2^e) 218, notre Cour a examiné brièvement la jurisprudence en matière de déférence des tribunaux d'appel :

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° 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]

[par. 15]

On pourra se reporter également au par. 17 de *Robichaud c. R.*

[10] Lorsque la question de la crédibilité se pose, l'analyse du juge du procès devrait indiquer qu'il a appliqué les principes établis dans *R. c. W.(D.)*, de sorte que le tribunal d'appel puisse être convaincu que l'arbitre des faits avait à l'esprit l'analyse formulée dans cet arrêt et l'a appliquée dans ses motifs, mais il n'est pas nécessaire de répéter ces principes mot à mot. Dans *J.N.C. c. R.*, la Cour a précisé le rôle du juge du procès :

Ce cadre analytique, formulé dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] 1 A.C.S. n° 126 (QL), a fait l'objet d'une abondante jurisprudence et figure fréquemment comme moyen d'appel prédominant à l'encontre d'une déclaration de culpabilité. Depuis qu'elle a énoncé ce cadre analytique dans l'arrêt *W.(D.)*, la Cour

suprême a expliqué que, s'agissant de cette démarche, il n'avait jamais été envisagé que le juge soit tenu de réciter ces principes à la manière des formules, particulièrement lorsque le procès est instruit devant un juge siégeant seul. Bien que les juges de procès doivent adhérer aux principes exposés dans l'arrêt *W.(D.)*, il est présumé qu'ils connaissent le droit et qu'ils comprennent les notions de présomption d'innocence et de fardeau de la preuve applicable dans une affaire criminelle : *S.S. c. R.*, 2011 NBCA 75, 376 R.N.-B. (2^e) 146; *Randall c. R.*, 2012 NBCA 25, 393 R.N.-B. (2^e) 217; *Doiron c. R.*, 2013 NBCA 31, 405 R.N.-B. (2^e) 22; et encore plus récemment, *Wilson c. R.*, 2013 NBCA 38, [2013] A.N.-B. n° 168 (QL) ainsi que la jurisprudence qui y est citée. Cela étant dit, le juge est fortement encouragé à évoquer l'analyse prescrite dans l'arrêt *W.(D.)*, car cela montrera habituellement que sa décision était fondée sur les bons principes de droit, et peut faire en sorte que les parties intéressées sachent que l'affaire a été tranchée sur le fondement de la norme du doute raisonnable. [par. 6]

- [11] Dans *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, la Cour suprême a écarté l'application d'une formule. Elle a expliqué que ce que le juge du procès doit respecter, ce n'est pas la forme du critère en trois étapes énoncé dans *R. c. W.(D.)*, mais sa substance. Il devrait apparaître clairement que le juge s'est penché sur la question fondamentale, celle de savoir si la preuve offerte par l'accusé, appréciée dans son ensemble, soulève un doute raisonnable quant à la culpabilité. Il y a donc lieu de faire montre de déférence à l'endroit de l'appréciation de la preuve donnée par le juge du procès, étant donné l'avantage dont il jouit du fait qu'il observe et entend les témoins. L'appel du verdict rendu dans un procès devant un juge seul, interjeté pour le motif que le juge du procès a insuffisamment motivé sa décision ou n'a pas appliqué le fardeau de la preuve, ne devrait être que « rarement » accueilli. Dans *J.N.C. c. R.*, la Cour a déclaré qu'il fallait faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge du procès en matière de crédibilité à moins d'une « erreur manifeste et dominante ». Ainsi que le rappelait *R. c. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 R.N.-B. (2^e) 123, une erreur manifeste est une erreur qui est tout à fait évidente (par. 26). Dans les procès où s'opposent deux versions des mêmes événements, la question n'est pas simplement de savoir quelle version le juge du procès préfère ou croit; en fait, le rôle du juge du procès est d'évaluer

le témoignage de l'accusé et de trancher les questions de savoir s'il faut croire le témoignage disculpatoire, si celui-ci soulève un doute raisonnable et, dans le cas où ces deux critères ne sont pas remplis, si le poursuivant a prouvé ses prétentions hors de tout doute raisonnable (*Gahan c. R.*, 2014 NBCA 18, 418 R.N.-B. (2^e) 104 (par. 1)). La juge du procès, en l'espèce, a évoqué *R. c. W.(D.)* et elle a fait observer à juste titre qu'il serait inapproprié qu'elle se contente de choisir entre les deux versions des événements.

[12] La juge du procès a ensuite apprécié la preuve dans son ensemble. Elle a formulé des observations sur le comportement des témoins, sur la fiabilité de la preuve et sur le peu de détails donnés par M. Crowley relativement à des événements clés du récit de la soirée, ce dont elle s'est dite troublée. Elle a appliqué l'analyse énoncée dans *R. c. W.(D.)* :

[TRADUCTION]

En deux mots, si je crois M. Crowley, je dois prononcer l'acquittement. Si je ne crois pas M. Crowley, mais que sa preuve éveille un doute en moi, je dois aussi prononcer l'acquittement. Enfin, même si je n'ai pas de doute à la suite de la déposition de M. Crowley, je dois encore donner une réponse à la question fondamentale, soit celle de savoir si, suivant la prépondérance de la preuve que j'accepte, la poursuite a prouvé ses prétentions hors de tout doute raisonnable. [p. 10 de la transcription]

Cette norme est la bonne (*Gillis*, par. 72).

[13] Les motifs de la juge du procès confirment que son appréciation de la crédibilité était dûment étayée, et ils étaient plus que suffisants. M. Crowley a tenté de faire apparaître M^{me} Coughlan sous un jour défavorable en laissant entendre qu'elle était celle qui avait voulu passer la soirée au casino. Son témoignage sur les événements survenus ce soir-là est demeuré remarquablement fragmentaire, par contraste notamment avec le témoignage circonstancié qu'il a donné sur les événements de 2010, qui l'avaient conduit à demander l'intervention de la police à leur domicile. La juge du procès a noté que M. Crowley avait apporté [TRADUCTION] « peu de détails ou pas du tout » sur ce qui s'était produit dans la chambre d'hôtel. Elle a émis des réserves devant le témoignage

de M. Crowley sur sa consommation d'alcool ce soir-là, et devant l'absence de précisions sur la conversation qu'il avait eue avec M^{me} Coughlan lorsqu'elle était partie du casino. La juge a d'ailleurs constaté qu'il avait très peu dit sur ce qu'il avait observé. Dans le contexte de l'appréciation de la preuve, d'une façon générale, elle s'en est dite troublée. Elle a indiqué que M. Crowley avait semblé [TRADUCTION] « tendu » au cours de son témoignage et que ses réponses avaient été [TRADUCTION] « laconiques ». La juge du procès a reconnu que l'appréciation de la crédibilité est un art, et non une science, tenant de ce qu'elle a appelé [TRADUCTION] « un mélange d'impressions ». Je conclus que, d'un point de vue contextuel, les motifs de la juge du procès étaient suffisants pour fonder ses déclarations de culpabilité. Ils étaient clairs et cohérents. L'analyse de la crédibilité était étoffée et complète. Je conclus que le premier moyen d'appel est sans fondement.

- [14] Est sans fondement, également, le moyen voulant que la juge du procès ait commis une erreur manifeste et dominante. Les conclusions auxquelles elle est arrivée en matière de crédibilité reposent sur des considérations appropriées, et ses conclusions de fait sont fondées sur la preuve qu'elle a crue.

IV. Preuves accessoires et règle énoncée dans *Browne c. Dunn*

- [15] Dans le mémoire qu'il a présenté, M. Crowley soutient que le procureur du ministère public aurait dû obtenir du casino des enregistrements de vidéosurveillance afin de confirmer l'heure de leur arrivée et de leurs départs, enregistrements qui auraient montré, en outre, les échanges que M^{me} Coughlan et lui avaient eus lorsqu'elle était partie du casino cette nuit-là. Il avance que des déclarations du personnel d'entretien ménager auraient permis d'établir si le mur de la chambre était souillé de maquillage, comme le prétendait M^{me} Coughlan, et qu'il aurait été possible d'obtenir d'elle des reçus et des messages texte pour étayer le témoignage qu'elle avait donné sur le nombre de consommations réglées pour lui ce soir-là. Le défaut du ministère public d'introduire ces preuves accessoires, soutient-il, aurait dû éveiller un doute raisonnable dans l'esprit de la juge du procès; le défaut du procureur du ministère public de le contre-interroger sur ces

éléments enfreint, ajoute-t-il, la règle énoncée dans *Browne c. Dunn*. M. Crowley avance que, pour ces motifs, la juge a commis une « erreur manifeste » dont s'est ensuivi un procès inéquitable. Je conclus que la juge du procès n'a pas commis d'erreur de cet ordre.

[16] Un argument analogue était présenté à notre Cour dans *Lakas c. R.*, 2011 NBCA 67, [2011] A.N.-B. n° 249 (QL). L'appel qu'interjetait l'accusé reposait sur un unique moyen : l'avocat qui l'avait représenté au procès n'avait pas « obtenu les relevés téléphoniques accessibles qui auraient permis de contester efficacement certaines parties importantes du témoignage de la plaignante » (par. 2). Au procès où s'étaient opposées deux versions différentes des événements, la juge avait retenu le témoignage de la plaignante; elle avait toutefois mentionné, dans ses motifs, qu'un facteur en particulier l'inquiétait dans la preuve : un appel téléphonique passé par la plaignante à M. Lakas le lendemain des événements. Malgré cette preuve, M. Lakas avait été déclaré coupable. En appel, l'avocat du procureur général a consenti à l'admission d'éléments de preuve additionnels dans « l'intérêt de la justice ». Notre Cour, estimant qu'il fallait ces éléments de preuve pour parer à une erreur judiciaire, a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ici, M. Crowley ne demande pas la permission d'introduire une nouvelle preuve et son appel n'invoque pas, non plus, une représentation inefficace de la part de son avocat. M. Crowley soutient, en deux mots, que la juge du procès a commis une erreur lorsqu'elle s'est fondée sur la preuve non corroborée de M^{me} Coughlan et que l'avocat du ministère public aurait dû introduire des preuves accessoires pour corroborer ou contredire les deux versions des événements, argument par lequel il conteste l'appréciation de la crédibilité par la juge du procès et le bien-fondé de la déclaration de culpabilité.

[17] Dans ses motifs, la juge du procès a fait observer que M. Crowley n'avait pas répondu aux affirmations de M^{me} Coughlan selon lesquelles il l'avait injuriée et avait lancé son sac à maquillage contre le mur, à son retour à la chambre d'hôtel le matin du 1^{er} janvier 2014, et lui avait dit, plus tard ce matin-là, qu'elle avait besoin d'un *hate fuck*. La juge a indiqué qu'il s'agissait de propos dégradants et qu'il aurait été naturel que M. Crowley, s'il ne les avait pas tenus, propose une explication ou, à tout le moins, les

nie. Cette absence d'explication est ce qui a posé problème à la juge du procès. Elle a conclu que, lorsqu'un accusé témoigne et n'aborde pas des questions qui sont pertinentes du point de vue de [TRADUCTION] l'« appréciation [générale] de la preuve », il risque que la Cour tire des inférences défavorables. M. Crowley affirme que le procureur du ministère public aurait dû le contre-interroger sur les événements susmentionnés et que le fait pour la juge du procès de se fonder sur la preuve de la plaignante constitue donc [TRADUCTION] « une erreur ».

[18] L'argument qu'avance l'appelant s'apparente à un argument présenté à la Cour dans *Gillis*. M. Gillis faisait valoir qu'il n'avait jamais été contre-interrogé sur la preuve qui avait amené le juge du procès à ne pas croire son témoignage et en arguait qu'il n'avait pas eu la possibilité de présenter une défense pleine et entière (par. 107). Le juge en chef Drapeau s'est penché, au soutien de son analyse, sur la *ratio decidendi* de *Browne c. Dunn*, qui exige du contre-interrogateur qu'il interroge le témoin sur la preuve extrinsèque qu'il compte utiliser pour attaquer sa crédibilité. M. Crowley soutient ici, sur le même fondement, que le procureur du ministère public aurait dû le contre-interroger sur les événements mentionnés précédemment. J'estime qu'une distinction existe entre l'analyse de *Gillis* et les motifs de la présente cause. Comme le juge en chef Drapeau l'écrivait dans *Gillis* :

Si j'applique les principes élaborés dans la jurisprudence, je ne suis pas convaincu que le juge du procès a commis une erreur de droit en tenant compte de chacun des facteurs qui ont influé sur l'évaluation de la crédibilité de l'appelant mais qui n'ont pas été portés à l'attention de ce dernier pendant le contre-interrogatoire. Certains de ces facteurs étaient sans doute assez évidents aux yeux de l'appelant et de ses avocates. Toutefois, on ne saurait dire la même chose de ce qu'il a estimé être une contradiction, sur une question bien précise, entre les réponses de l'appelant aux questions du juge du procès et la déclaration qu'il avait faite à la police. [...] [par. 110]

En d'autres termes, dans *Gillis*, le témoignage de l'accusé entraînait en contradiction avec une déclaration qu'il avait faite à la police. Cette contradiction exigeait plus de clarté, et

selon le juge du procès, elle était fondamentale sur le plan de la crédibilité. Ni l'un ni l'autre des avocats ne l'avait apparemment relevée. Sa pertinence n'est apparue que lorsque le juge du procès a donné les motifs de ses conclusions au chapitre de la crédibilité. Il n'en est pas ainsi en l'espèce. La preuve de la plaignante était exposée et était évidente. M. Crowley, eut-il souhaité l'aborder, pouvait la contredire. Il n'en a rien fait.

[19] Comme le juge en chef Drapeau le faisait remarquer dans l'arrêt *Gillis*, la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* n'a pas un caractère absolu et son application est fonction des circonstances de l'instance (par. 111) (voir également *R. c. Quansah*, 2015 ONCA 237, [2015] O.J. No. 1774 (QL), par. 101, le juge d'appel Watt). Dans *R. c. McNeill*, [2000] O.J. No. 1357 (C.A.) (QL), le juge d'appel Moldaver, tel était alors son titre, s'est penché sur la règle. L'appelant soutenait que, parce que certaines questions au sujet d'une conversation avec lui n'avaient pas été posées à un témoin par l'avocat de la défense, le jury avait eu l'impression qu'il devait être tenu responsable de [TRADUCTION] ce qui pouvait avoir été « une décision tactique ou un simple oubli de la part de [cet] avocat » (par. 42). L'omission d'interroger le témoin contrevenait en fait à la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, mais elle avait été présentée en appel comme une violation de la règle énoncée dans *Browne c. Dunn*. Au par. 44 de ses motifs, le juge d'appel Moldaver a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « La règle énoncée dans *Browne c. Dunn* est formulée succinctement par le juge d'appel Labrosse dans *R. c. Henderson*, précité, à la p. 141 : “En application de cette règle bien connue, un avocat qui entend attaquer la crédibilité d'un témoin en produisant une preuve contradictoire, doit fournir à ce témoin l'opportunité de réagir à cette preuve contradictoire lors de son contre-interrogatoire” ». Règle d'équité, elle vise à empêcher qu'un avocat [TRADUCTION] « piège » un témoin en ne lui donnant pas la possibilité d'exprimer son point de vue sur une preuve contradictoire ultérieure portant sur un point important.

[20] À mon avis, la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* n'intervenait pas en l'espèce. Le criminaliste expérimenté qui défendait M. Crowley a contre-interrogé M^{me} Coughlan. Il a tenté en vain d'attaquer sa crédibilité. M. Crowley a eu la possibilité

de donner sa version des événements. Son avocat lui a posé un certain nombre de questions qui l'ont amené à relater les événements de la soirée et du lendemain matin. Il n'a été précisément invité, ni à contredire le témoignage de M^{me} Coughlan sur les injures et le sac à maquillage lancé contre le mur, ni à indiquer s'il lui avait dit ou non, le matin, qu'elle avait besoin d'un *hate fuck*. Je m'arrête ici un moment pour faire remarquer qu'il n'était pas essentiel d'établir ces événements pour prouver, en définitive, l'infraction de voies de fait. Le procureur du ministère public n'avait pas l'obligation d'obtenir de M. Crowley un témoignage que ce dernier aurait pu donner lors de son interrogatoire principal. Il n'appartient pas à notre Cour, comme elle l'a déclaré, de reconsidérer la stratégie adoptée par un avocat au procès (*Lavoie c. R.*, 2010 NBCA 52, 363 R.N.-B. (2^e) 55, par. 7). Si l'avocat de M. Crowley estimait que ces éléments de preuve étaient essentiels à une éventuelle déclaration de culpabilité, il aurait pu interroger son client, lors de son interrogatoire principal, sur ces parties du témoignage de M^{me} Coughlan. Ou encore, il aurait pu introduire des preuves accessoires, lors du contre-interrogatoire, pour attaquer la crédibilité de M^{me} Coughlan ou éveiller un doute raisonnable dans l'esprit de la juge sur la culpabilité de son client. Ce rôle n'incombait pas au procureur du ministère public.

[21] Dans l'arrêt *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2^e) 179, notre Cour a accueilli l'appel pour le motif que l'avocat de la défense avait admis avoir manié inefficacement la règle énoncée dans *Browne c. Dunn*. Le juge d'appel Richard, auteur des motifs de la Cour, a établi une distinction entre stratégie au procès et représentation inefficace :

[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^o 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. 10]

Dans *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, 391 R.N.-B. (2^e) 130, le juge Drapeau, J.C.N.-B., a avalisé cet énoncé. Il a conclu qu'il 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).

[22] Le procureur du ministère public n'avait l'obligation de produire aucune autre preuve en l'espèce. La décision lui appartenait. La Cour était convaincue que les éléments essentiels de l'infraction avaient été établis et que la poursuite s'était déchargée du fardeau de la preuve. Une analyse de la décision met en lumière la conclusion de la juge : [TRADUCTION] « Toutefois, quant aux voies de fait, j'accueille le témoignage de M^{me} Coughlan lorsqu'elle affirme que, dans le fil des événements qui sont survenus cette nuit-là à l'intérieur de la chambre à coucher, Ryan Crowley l'a poussée, lui a mis la main au visage et l'a frappée au moyen d'un oreiller; à l'égard de ce chef de voies de fait, il est déclaré coupable. » Dans son résumé, elle n'a fait mention, ni d'injures, ni de sac à maquillage jeté contre le mur, ni des paroles attribuées à M. Crowley, qui, suivant la poursuite, avait dit à M^{me} Coughlan qu'elle avait besoin d'un *hate fuck*. Je conclus que ces événements n'ont pas été, ainsi, des considérations essentielles de la déclaration de culpabilité prononcée par la juge du procès. Même s'ils l'avaient été, il n'en resterait pas moins que M. Crowley n'a pas contredit la preuve correspondante et que le procureur du ministère public n'avait pas l'obligation de contre-interroger l'accusé sur cette preuve.

V. Dispositif

[23] J'estime que l'analyse de la crédibilité qu'a menée la juge du procès était correcte. La règle énoncée dans *Browne c. Dunn* n'intervenait pas, parce que la possibilité avait été donnée à l'accusé de contredire la preuve de la plaignante et qu'il ne l'avait pas fait. Le procureur du ministère public n'avait nullement l'obligation de produire une preuve dont l'accusé pouvait obtenir communication et qu'il aurait pu

utiliser, s'il l'avait voulu, pour attaquer la crédibilité de la plaignante lors de son contre-interrogatoire. Je cite le juge Drapeau, J.C.N.-B., dans *E.K.M. c. R.* :

Je suis respectueusement d'avis que les objections de l'appelant aux conclusions en matière de crédibilité qu'a tirées le tribunal d'instance inférieure sont tout simplement sans fondement. Ramenées à l'essentiel, ces objections ne trouvent pas leur source dans des erreurs de droit ou de principe mais procèdent uniquement d'un rejet des conclusions défavorables du juge du procès lesquelles, à mon avis et contrairement à ce que prétend l'appelant, ont découlé de l'application d'un cadre juridiquement exact et sont solidement ancrées dans la preuve. Puisque tel est le cas, ces conclusions doivent être confirmées (voir l'arrêt *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, aux par. 10 à 12). [par. 25]

[24]

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de débouter l'appelant.