

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

22-18-CA

TREVOR STREATCH

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Streach v. R., 2019 NBCA 68

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Provincial Court:
December 20, 2017 (conviction)
February 8, 2018 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
May 22, 2019

Judgment rendered:
September 5, 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

TREVOR STREATCH

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Streach c. R., 2019 NBCA 68

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 20 décembre 2017 (déclaration de culpabilité)
le 8 février 2018 (prononcé de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 22 mai 2019

Jugement rendu :
le 5 septembre 2019

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
William B. Richards

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed. Leave to appeal sentence is granted. The sentence imposed in the Provincial Court is varied to remove the victim surcharges, resulting in an eight-day reduction to the total period of incarceration. In all other respects, the sentence remains intact.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Margaret Gallagher, c.r.

Pour l'intimée :
William B. Richards

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté. L'autorisation d'interjeter appel de la peine est accordée. La peine infligée par la Cour provinciale est modifiée par l'annulation des suramendes compensatoires, ce qui entraîne une réduction de huit jours de la peine d'emprisonnement totale. À tous autres égards, la peine demeure inchangée.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] The victim in this case left his apartment one morning and was making his way down a set of stairs in his building when he was confronted by another tenant, falsely accused of being excessively noisy, physically accosted, threatened at knifepoint with death, and then beaten severely. The appellant, Trevor Streach, was arrested and charged almost immediately following the incident described above. He was tried before a Provincial Court judge and convicted of assault with a weapon (s. 267(a) of the *Criminal Code*), assault causing bodily harm (s. 267(b)), uttering a threat to cause death (s. 264.1(2)(a)), and breaching a probation order (s. 733.1(1)(a)). He now seeks to have his conviction overturned. The central question on his appeal is one of identification: did the trial judge err in determining the Crown had established beyond a reasonable doubt that Mr. Streach was the assailant?

[2] While this appeal focused mainly on Mr. Streach's conviction, as an alternative he sought leave to appeal his sentence to eliminate additional prison time imposed in lieu of a victim surcharge.

II. Background

[3] On January 11, 2017, Michael Kevin Trenholm got off work at 5:00 a.m. and returned home to his apartment on Humphrey Street in Moncton. His unit was located on the upper level of a three-story apartment building. After sleeping for two hours, he awoke, showered, and prepared to leave his apartment for an 8:00 a.m. appointment. For thirty minutes or more prior to his departure, Mr. Trenholm heard someone in the building running up and down the stairs, banging on doors.

[4] Upon exiting his unit, Mr. Trenholm went down the first set of stairs, and was immediately confronted by a man he did not know. He was pushed up against the wall, and his assailant began demanding to know if Mr. Trenholm was the person who lived above him, and if he had been making noise, which Mr. Trenholm denied. The assailant then began making death threats, saying “I’m going to kill you,” some of which were accentuated by making stabbing motions close to Mr. Trenholm’s stomach or abdomen while holding a knife.

[5] The assailant then turned and began to enter unit number four, putting the knife in his jacket pocket as he did so. Mr. Trenholm tried to continue on his way when his assailant suddenly shut the door to apartment four, and said to Mr. Trenholm, “You’re not getting off that easy.” He then punched Mr. Trenholm on the forehead, knocking Mr. Trenholm down onto the stairs. The assailant then punched and kicked Mr. Trenholm on the left side of his head several times. As the right side of Mr. Trenholm’s head was close to the concrete wall of the building, each blow caused his head to bang against the wall.

[6] The attack ended when the assailant entered apartment four. Mr. Trenholm was able to get himself up, and exited the building. He called 911 and was taken by ambulance to the hospital. Mr. Trenholm’s injuries included at least three cuts, two of which required stitches. He briefly lost his hearing in one ear and the sight in one eye. He suffered bruising to various parts of his body. At the time of trial, Mr. Trenholm testified that he was left with three scars on his face as a result of the attack.

III. Issues and Analysis

A. *The Appellant’s Position*

[7] Mr. Streach’s position on his appeal against conviction is summarized by his counsel in the following terms:

These issues demonstrate that the trial judge did not consider rational alternatives to guilt. It remains that the evidence considered as a whole, keeping in mind the

directions from this Court in *Arsenault*, do not lead to guilt as the only rational verdict. Mr. Streach asks this Court to overturn his conviction. [Appellant's Submission, para. 47]

[8] With respect, I disagree. In my opinion, based on the evidence, there were no rational alternatives to a finding of guilt. My reasons for reaching this conclusion are set out below.

B. *The Body of Evidence*

[9] In reviewing the evidence before him, the trial judge highlighted the key pieces which convinced him beyond a reasonable doubt of Mr. Streach's guilt:

1. The victim told police that his assailant entered apartment number four immediately after the attack. In the words of the trial judge, "[h]e actually saw him enter that apartment." Police found Mr. Streach inside the apartment less than 30 minutes after the attack. A police officer testified there was no one else in the apartment.
2. The victim provided a description of his assailant to police, which matched the description of Mr. Streach at the time of his arrest.
3. The victim told police that his assailant had a knife, described the knife, and told them his assailant had put the knife in his jacket pocket. A knife consistent with the description provided was seized by police from Mr. Streach's jacket pocket at the time of his arrest.
4. The victim identified Mr. Streach as his assailant in court. This was given minimal weight, as will be discussed later in these reasons.
5. The first words uttered by Mr. Streach when police entered his apartment to place him under arrest were, "what, for a noise complaint?" The judge noted

that no one other than the victim and his assailant were present during the altercation, which was apparently motivated by Mr. Streach being of the opinion one of his neighbours was being too noisy, and only the assailant “would have known about the fact that it was regarding a noise complaint.”

6. Upon arrival at the police station, it was noted that Mr. Streach had scrape marks on his knuckles. The victim was assaulted in part by several punches to the head and face. A police officer testified that the marks on Mr. Streach’s knuckles were of the sort which could be caused by throwing punches.
7. Lastly, at the time of his arrest, Mr. Streach’s footwear was seized. There were stains on the side and back of his right sneaker. The victim had been kicked in the head/face repeatedly. A forensic specialist with the RCMP crime lab testified that the stains were blood, and DNA testing conclusively showed it to be the blood of the victim.

C. *The Victim’s DNA on Mr. Streach’s Footwear*

[10] It was impossible for defence counsel at trial to contest that the sneaker entered into evidence had been seized from the foot of her client at the time of his arrest, nor was it possible to contest that the sneaker was stained with the victim’s blood. Defence counsel did argue that the victim’s blood may have come to be on Mr. Streach’s sneaker by way of innocent transfer, suggesting he had perhaps stepped in the blood inadvertently.

[11] This argument is not supported by the evidence at trial. The blood was found on the side and back of Mr. Streach’s sneaker, not on the bottom of the sneaker. The trial judge stated:

[...] I also reject the notion proposed here by the defence that the blood stains, the two blood stains on that sneaker may have been transferred onto the sneaker by Mr. Streach

walking into some blood that may have been on the stairway on his way out of the apartment building accompanied by the police. If – if he had walked in blood on his way out, the blood would be on the bottom of the sneaker. [Transcript, December 20, 2017, p. 58]

[12] There was another issue with respect to the footwear. The victim testified his assailant had been wearing a dark boot. Mr. Streach was in fact wearing white, black and red Adidas sneakers at the time of his arrest, one of which proved to be stained with the victim's blood. The trial judge did not find this discrepancy in the victim's testimony to be significant. As the trial judge pointed out, the victim had initially been violently punched in the head, fell back onto the stairs, and then received multiple blows and kicks to his face and head. All this occurred in a poorly lit area of the building. The fact the victim was not able to correctly identify the type of footwear that was slamming into his head in those circumstances is not overly surprising, and did not create a reasonable doubt in the mind of the trial judge. I see no error in how the trial judge assessed the evidence and made his findings of fact.

D. *Eyewitness Identification*

[13] Richard J.A. (as he then was), writing for the Court in *Arseneault v. R.*, 2016 NBCA 47, 452 N.B.R. (2d) 337, begins his reasons for decision with the following statement: "As evidence upon which to anchor a conviction, uncorroborated eyewitness identification is notoriously unreliable." He goes on to examine the frailties of eyewitness evidence, and sets out an analytical framework for appellate review of cases in which such evidence is an issue:

To summarize, the review permitted under s. 686(1)(a)(i) in judge alone cases, where reasons for judgment of some substance have been provided on the reliability of eyewitness identification, consists of the following: (1) reviewing the record, analyzing the reasons and, within the limits of appellate disadvantage, weighing the evidence in order to determine whether there are any discernable defects in the trial judge's analysis that, but for this, would

have made conviction beyond a reasonable doubt impossible; and (2) determining whether, even in the absence of any defect, conviction beyond a reasonable doubt was not a possible outcome of the case. In either scenario, it would follow that the verdict was unreasonable and the appeal would have to be allowed.

In undertaking the review for defects, I will consider the four factors Doherty J.A. identified in *Tat* (para. 100):

- *Whether the person identified was a stranger;
- *The circumstances surrounding the identification;
- *The pre-trial identification process; and
- *The existence of other evidence tending to confirm the identification.

Within each of these headings, I will have regard to certain sub-factors, identified in a number of other cases, which are conveniently listed in S. Casey Hill, David M. Tanovich & Louis P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, (WestlawNext Canada, Thomson Reuters, 2016) (online), at 32:100.50:

- *Whether a distinguishing feature was absent from the identification;
- *Whether the opportunity to observe was a fleeting glimpse;
- *Was the setting in the darkness of night or in well-illuminated conditions or in circumstances of stress;
- *The use of a show-up and suggestion that the suspect is in custody;
- *Whether the description was detailed or generic in nature;
- *Inconsistency with descriptions provided by other witnesses;
- *Intervening events that may contaminate the witnesses' identification, such as collusion;

- *The fairness of the lineup array in its construction;
- *The use of a photo array rather than a sequential showing is preferable as it tends to negate comparison bias;
- *Whether the case involved cross-racial identification;
- *Whether the identifying witness consumed alcohol or was under the influence of a drug;
- *In dock identification is to be given negligible, if any weight;
- *The extent to which the instructions followed the recommendations of the Sophonow Inquiry;
- *Whether the case was tried with a jury or judge alone.
[paras. 21-23]

E. *In-Dock Identification*

[14] Of particular concern within the context of eyewitness identification is what is referred to as “in-dock identification.” Essentially, in a case such as this, it involves having a victim on the witness stand pointing to the accused in the courtroom and saying, “that’s the person who assaulted me.”

[15] The sub-factors considered by Justice Richard in *Arseneault* suggested in-dock identification “is to be given negligible, if any weight.” Mr. Streach argues it was an error for the trial judge to give any weight whatsoever to the victim’s in-dock identification of Mr. Streach as his assailant. I find this line of argument unpersuasive for the following reasons.

[16] First, the trial judge was clearly alive to the frailties of in-dock identification, and agreed with the submissions on point advanced by defence counsel. Second, it is clear the trial judge only said of the in-dock identification that “I cannot ignore it completely”, because the victim testified he was “one hundred percent certain”

Mr. Streach was his attacker. Third, and most importantly, are the following words of the trial judge:

I would not have convicted on the direct evidence regarding identification. So, it's – it's evidence I consider if I have to consider it, but it's not, in my opinion, important, cogent evidence. [Transcript, December 20, 2017, p. 55]

[17] In summary, the trial judge did accord negligible weight to the in-dock identification, and only did that in recognition of the emphatic testimony of the victim that the accused who was present in the courtroom was the same person who had attacked him. The trial judge stated he would not have convicted Mr. Streach based on the eyewitness evidence, and in fact he did not. The body of evidence as a whole satisfied the trial judge of Mr. Streach's guilt beyond a reasonable doubt. This was not a case decided on the basis of eyewitness testimony. In my opinion, discounting the in-dock identification entirely would have had no bearing whatsoever on the outcome of this trial.

F. *Photo Identification*

[18] In Mr. Streach's written submission, he suggested the value of the in-dock identification was eroded as follows:

Its value is further weakened by the fact that it appears that Mr. Trenholm [the victim] was shown a series of photos of suspects on the day of the assault, but there is no trial record of whether Mr. Streach's photo was included. [para. 28]

[19] The victim did in fact give testimony of being presented with a series of photos by police on the day of the assault:

When I got to the police station, they gave a bunch of pieces of paper and there was about twenty people in there and I – I don't know, I couldn't – I couldn't identify him through – I found that the people looked too similar and yeah, I personally don't think I'd be able to identify

someone out on a piece of paper rather than in real life, in person. [Transcript, December 19, 2017, p. 21]

[20] The victim, as mentioned, had no such difficulty at the trial. Moments before giving the testimony reproduced above, the victim, referring to Mr. Streach in the courtroom, stated, “I’m a hundred percent sure that man assaulted me.” When asked how he could be so certain, the victim’s response was, “His eyes ... He stared at me the, like entire time aggressively, very – forms a connection in my mind.”

[21] In the course of her closing argument, defence counsel returned to the photo issue and attempted to persuade the trial judge of the significance of the fact the victim had been “unable to identify the assailant from a photo pack.” At this point, the trial judge initiated the following exchange:

THE COURT: May I – may I raise that as an issue here?

DEFENCE COUNSEL: Yes.

THE COURT: Because I – typically in photo lineup evidence, photographs are shown to a – a complainant with the request that the complainant see if – if – if they can identify their assailant or not.

DEFENCE COUNSEL: Yes.

THE COURT: The police officer who prepares the photographic lineup testifies and – and the hearsay, that is the words spoken by the complainant as to identification, are admissible in evidence in this – as an exception to the hearsay rule, but part of the evidence on photographic evidence is the necessity for the police officer to testify that a photograph of the accused was included in the photographs shown to the complainant.

DEFENCE COUNSEL: Yes.

THE COURT: Where is the evidence that a photograph of the accused was included in the photographs shown to the complainant?

DEFENCE COUNSEL: You're correct, Your Honour, it isn't.

THE COURT: There is no evidence. So how does that weaken the in court testimony given by Mr. Trenholm?

DEFENCE COUNSEL: It doesn't. You're right, Your Honour.

THE COURT: Okay. All right. [Transcript, December 20, 2017, pp. 17-18]

[22] This exchange makes plain that, in the opinion of the trial judge, the proper evidentiary foundation had not been laid for testimony pertaining to the photo line-up to be of any practical value. It was not mentioned by the trial judge in his reasons for decision, and it is clear it had no bearing on his deliberations or conclusions. Raising the issue again on appeal leads me to a similar conclusion – the evidence related to the photos shown to the victim by the police is of no consequence, and does nothing to advance Mr. Streach's cause before this Court.

G. *Evidence with Respect to the Knife*

[23] Mr. Streach alleges error on the part of the trial judge with respect to his findings on the weapon used in the assault, specifically a knife. In his written submission, Mr. Streach states, “[t]he recovery by police of a knife in Mr. Streach's pocket was simply that. While Mr. Trenholm had told the police his assailant had a knife, he did not, as the trial judge found, describe that knife to police” (para. 32). With respect, I think that reflects a misinterpretation of the trial judge's reasons for decision.

[24] The trial judge held as follows:

[...] Mr. Trenholm told the police that the assailant had a knife. He described the knife as approximately seven inches long, including the blade, it had a three-inch silver blade with a black handle. A knife fitting that description was seized by Constable Melanson from the right jacket pocket of the jacket worn by the accused.

[25] Contrary to Mr. Streach's assertion, the trial judge in the passage above does not state that the victim gave a detailed description of the knife *to the police*. A review of the record gives no indication the victim did so. The victim did, however, give a description of the knife, exactly as the trial judge related. The description was given on the witness stand, in the course of the victim's testimony:

It's like about seven inches long, including the blade handle. The blade is only about three inches long. It's a silver blade, black handle. [Transcript, December 19, 2017, p. 10]

[26] There was no error on this point by the trial judge, let alone one which would give rise to appellate intervention.

H. *Was the Verdict Supported by the Evidence?*

[27] In arguing the trial judge's decision was reasonable and should withstand appellate scrutiny, Crown counsel relies on the Supreme Court's instructions in *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000:

When assessing circumstantial evidence, the trier of fact should consider "other plausible theor[ies]" and "other reasonable possibilities" which are inconsistent with guilt: *R. v. Comba*, [1938] O.R. 200 (C.A.), at pp. 205 and 211, per Middleton J.A., aff'd [1938] S.C.R. 396; *R. v. Baigent*, 2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11, at para. 20; *R. v. Mitchell*, [2008] QCA 394 (AustLII), at para. 35. I agree with the appellant that the Crown thus may need to negative these *reasonable* possibilities, but certainly does not need to "negative every possible conjecture, no matter how irrational or fanciful, which might be consistent with the innocence of the accused": *R. v. Bagshaw*, [1972] S.C.R. 2, at p. 8. "Other plausible theories" or "other reasonable possibilities" must be based on logic and experience applied to the evidence or the absence of evidence, not on speculation. [para. 37]

[28] For consideration of *Villaroman* by our Court, see *Takri v. R.*, 2019 NBCA 20, [2019] N.B.J. No. 45 (QL), *Melanson v. R.*, 2018 NBCA 61, [2018] N.B.J. No. 212 (QL), *Lecompte v. R.*, 2018 NBCA 33, [2018] N.B.J. No. 130 (QL), *Moulton v. R.*, 2018 NBCA 19, [2018] N.B.J. No. 79 (QL) and *Oland v. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] N.B.J. No. 230 (QL).

[29] The key question to be answered on appeal is whether or not the guilty verdict was supported by the evidence. I would answer, without hesitation, in the affirmative. In my view, based on the evidence before the trial judge, a finding of Mr. Streach's guilt was, in fact, "the only rational verdict." The evidence accepted by the trial judge proved the case advanced by the Crown beyond a reasonable doubt. On appeal, that reality poses an insurmountable obstacle for Mr. Streach. I would dismiss his appeal against conviction.

I. *Sentence Appeal – Victim Surcharge*

[30] The trial judge, having passed sentence on the four counts for which Mr. Streach was convicted, proceeded to impose a Victim Surcharge of \$200 on each count, for a total of \$800. He noted that in default of payment, Mr. Streach would be required to serve an additional eight days on his sentence, and concluded, "[h]e has no ability to pay, so I'm simply going to add those eight days [...] to the end of his sentence." This took place at the sentencing hearing on February 8, 2018.

[31] In December 2018, the Supreme Court issued its decision in *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] S.C.J. No. 58 (QL). The majority found the *Criminal Code* provision creating the victim surcharge, s. 737, infringed s. 12 of the *Charter*, in that it resulted "in a grossly disproportionate public shaming of disadvantaged offenders", and was not saved by s. 1. The section was invalidated with immediate effect (see paras. 110-11).

[32] In his Amended Notice of Appeal, Mr. Streach asked that in the event his conviction appeal is unsuccessful, his sentence be varied to remove the Victim Surcharges in light of *Boudreault*. The Crown's position is the same. I agree. I would grant leave to appeal sentence, and vary the sentence accordingly.

V. Conclusion and Disposition

[33] I would dismiss the appeal against conviction, and grant leave to appeal sentence. I would vary the sentence imposed in the Provincial Court to remove the victim surcharges, resulting in an eight-day reduction to the total period of incarceration. In all other respects, I would leave the sentence intact.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] La victime en l'espèce a quitté son appartement un matin et, en descendant une suite d'escaliers de l'immeuble, elle s'est trouvée face à face avec un autre locataire, qui l'a accusée faussement d'être trop bruyante, s'est approché d'elle de manière intimidante et, armé d'un couteau, l'a menacée de mort avant de la rouer de coups violents. L'appelant, Trevor Streach, a été mis en état d'arrestation et des accusations ont été portées contre lui presque tout de suite après l'incident que je viens de décrire. Il a subi son procès devant un juge de la Cour provinciale et il a été déclaré coupable d'agression armée (al. 267a) du *Code criminel*), d'infliction de lésions corporelles (al. 267b)), de menace de causer la mort (al. 264.1(2)a)) et de violation d'une ordonnance de probation (al. 733.1(1)a)). Il demande maintenant que sa déclaration de culpabilité soit annulée. Le présent appel tourne autour de la question de l'identité : le juge du procès a-t-il commis une erreur en décidant que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable que M. Streach était l'agresseur?

[2] Quoique le présent appel porte principalement sur la déclaration de culpabilité de M. Streach, ce dernier a sollicité, subsidiairement, l'autorisation d'interjeter appel de sa sentence, afin que soit retranchée la période d'emprisonnement additionnelle infligée en remplacement des suramendes compensatoires.

II. Contexte

[3] Le 11 janvier 2017, Michael Kevin Trenholm a quitté le travail à 5 h et a regagné son appartement situé rue Humphrey, à Moncton. Son appartement est à l'étage supérieur d'un immeuble d'appartements à trois niveaux. Après avoir dormi deux heures, il s'est réveillé, a pris une douche et s'est préparé à quitter son appartement pour aller à un rendez-vous qu'il avait à 8 h. Pendant trente minutes ou plus avant son départ,

M. Trenholm a entendu quelqu'un dans l'immeuble qui courait dans les escaliers et frappait aux portes.

[4] M. Trenholm est sorti de son appartement, a descendu la première suite d'escaliers, et arrivé au bas, il fut affronté immédiatement par un homme qu'il ne connaissait pas. L'agresseur le poussa contre le mur et exigea de savoir si M. Trenholm était celui qui habitait l'appartement situé au-dessus du sien et si c'était lui qui avait fait du bruit, ce que M. Trenholm a nié. L'agresseur s'est alors mis à proférer des menaces de mort en disant [TRADUCTION] « je vais vous tuer » et, tenant un couteau, il accentuait certaines de ces menaces en donnant des coups de couteau dans l'air près de l'abdomen ou du ventre de M. Trenholm.

[5] L'agresseur s'est alors retourné et s'est dirigé vers l'unité numéro quatre en glissant le couteau dans la poche de sa veste. M. Trenholm a tenté de continuer à descendre les escaliers, mais l'agresseur a soudainement fermé la porte de l'unité quatre et, s'adressant à M. Trenholm, lui a dit : [TRADUCTION] « Vous n'allez pas vous en sortir si facilement. » Il a assené un coup de poing à M. Trenholm au front, le projetant au sol dans les escaliers. Il lui a ensuite donné des coups de poing et des coups de pied répétés au côté gauche de la tête. Comme le côté droit de la tête de M. Trenholm était tout près du mur de béton de l'immeuble, sa tête cognait le mur avec chaque coup qu'il recevait.

[6] L'attaque a cessé lorsque l'agresseur est entré dans l'appartement numéro quatre. M. Trenholm a pu se relever et sortir du bâtiment. Il a composé le 911 et il a été transporté par ambulance à l'hôpital. Parmi les blessures subies par M. Trenholm, il y avait au moins trois coupures, dont deux ont nécessité des points de suture. Il a perdu l'ouïe et la vue d'un côté pendant une courte période. Il a subi des contusions à divers endroits sur le corps. Au procès, M. Trenholm a témoigné qu'il a trois cicatrices au visage par suite de l'attaque.

III. Questions à trancher et analyse

A. *Position de l'appelant*

[7] L'avocate de M. Streach a résumé la position de ce dernier dans l'appel qu'il interjette de sa déclaration de culpabilité :

[TRADUCTION] Ces questions démontrent que le juge du procès a omis de prendre en ligne de compte des solutions de rechange rationnelles par rapport à la déclaration de culpabilité. Il reste que la preuve, prise dans son ensemble et considérée à la lumière des directives données par la Cour d'appel dans l'affaire *Arsenault*, ne conduit pas à un verdict de culpabilité comme seul verdict rationnel possible. M. Streach demande à la Cour d'annuler la déclaration de culpabilité. [Mémoire de l'appelant, par. 47]

[8] En toute déférence, je ne souscris pas à sa prétention. À mon avis, compte tenu de la preuve, il n'y avait pas de solutions de rechange rationnelles susceptibles de remplacer un verdict de culpabilité. Mes motifs de conclusion à cet égard sont énoncés ci-après.

B. *L'ensemble de la preuve*

[9] En examinant la preuve dont il disposait, le juge du procès a souligné les éléments clés qui l'avaient convaincu de la culpabilité de M. Streach hors de tout doute raisonnable :

1. La victime a dit à la police que l'agresseur était entré dans l'appartement numéro quatre immédiatement après l'attaque. Pour reprendre les paroles du juge du procès : [TRADUCTION] « Il l'a en fait vu rentrer dans cet appartement ». La police a trouvé M. Streach dans cet appartement moins de 30 minutes après l'attaque. Un policier a témoigné que personne d'autre ne se trouvait dans l'appartement.

2. La victime a fourni une description de l'agresseur à la police et cette description correspondait à M. Streach au moment de son arrestation.
3. La victime a dit à la police que son agresseur avait un couteau, elle a décrit le couteau et elle a dit à la police que l'agresseur avait mis le couteau dans la poche de sa veste. Un couteau correspondant à la description donnée a été saisi par la police après avoir été trouvé dans la poche de veste de M. Streach au moment de son arrestation.
4. La victime a identifié M. Streach en cour comme étant son agresseur. Comme je l'expliquerai plus loin dans mes motifs, peu de poids a été accordé à cet élément de preuve.
5. Les premières paroles prononcées par M. Streach lorsque la police est arrivée à son appartement pour le mettre en état d'arrestation étaient : [TRADUCTION] « [C]omment ça, pour une plainte contre le bruit? » Le juge a fait remarquer que, à part la victime et l'agresseur, personne n'était présent durant cette altercation, qui serait survenue, semble-t-il, parce que M. Streach pensait qu'un de ses voisins était trop bruyant, donc seul l'agresseur [TRADUCTION] « aurait su qu'il s'agissait d'une plainte contre le bruit ».
6. Lorsqu'il est arrivé au poste de police, la police a noté que M. Streach avait des éraflures aux jointures des doigts. La victime avait reçu entre autres plusieurs coups de poing au visage et à la tête. Un policier a témoigné que les éraflures que M. Streach avait aux jointures des doigts étaient le genre d'éraflures qu'on peut se faire en donnant des coups de poing.
7. Enfin, au moment de l'arrestation de M. Streach, la police a saisi ses chaussures. Il y avait des taches sur le côté et sur le talon de son espadrille droite. La victime avait reçu des coups de pied répétés au visage et à la tête.

Un spécialiste judiciaire travaillant au laboratoire judiciaire de la GRC a témoigné que les taches sur l'espadrille étaient des taches de sang et que les analyses d'ADN montraient définitivement que le sang provenait de la victime.

C. *L'ADN de la victime sur les chaussures de M. Streach*

[10] Au procès, l'avocate de la défense ne pouvait absolument pas contester le fait que l'espadrille présentée en preuve avait été saisie sur la personne de son client au moment de son arrestation, ni le fait que l'espadrille était tachée du sang de la victime. Elle a tout de même fait valoir qu'il aurait pu y avoir transfert du sang de la victime sur l'espadrille de M. Streach lorsque celui-ci aurait de façon innocente et par inadvertance marché dans du sang qu'il y aurait eu sur le plancher.

[11] La preuve au procès n'appuie pas cet argument. Il y avait du sang sur le côté et au talon de l'espadrille de M. Streach, pas sur la semelle de l'espadrille. Le juge du procès a dit :

[TRADUCTION] [...] Je rejette également l'idée avancée ici par la défense selon laquelle les taches de sang, les deux taches de sang sur l'espadrille auraient pu s'y trouver par transfert, lorsque M. Streach aurait marché dans du sang qui aurait pu être dans l'escalier en sortant de l'immeuble d'appartements accompagné de la police. Si- s'il avait marché dans du sang en sortant du bâtiment, le sang se serait trouvé sur la semelle de l'espadrille. [Transcription, le 20 décembre 2017, p. 58]

[12] Il y avait un autre point en litige au sujet des chaussures. La victime a témoigné que l'agresseur portait des bottes de couleur foncée. En effet, M. Streach portait des espadrilles blanches, noires et rouges de marque Adidas au moment de son arrestation, et une des espadrilles était tachée du sang de la victime. Le juge du procès n'a pas considéré cette divergence dans le témoignage de la victime comme étant importante. Comme l'a souligné le juge du procès, la victime a d'abord été frappée brutalement à la

tête, a été projetée vers l'arrière et est tombée dans l'escalier, puis elle a reçu de multiples coups de poing et coups de pied au visage et à la tête. Tout cela s'est produit dans une aire du bâtiment qui était mal éclairée. Le fait que la victime n'ait pas été en mesure d'indiquer correctement le type de chaussure qui s'abattait sur sa tête dans les circonstances n'a rien de très étonnant, aussi, ce facteur n'a pas soulevé un doute raisonnable dans l'esprit du juge du procès. Je ne vois aucune erreur dans la façon dont le juge du procès a apprécié la preuve et tiré ses conclusions de faits.

D. *Identification par témoin oculaire*

[13] Dans la décision qu'il a rédigée au nom de la Cour dans l'affaire *Arseneault c. R.*, 2016 NBCA 47, 452 R.N.-B. (2^e) 337, le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) a introduit ses motifs de décision comme suit : « Comme élément de preuve sur lequel fonder une déclaration de culpabilité, l'identification par témoin oculaire non corroborée manque notoirement de fiabilité. » Il se penche ensuite sur les lacunes de la preuve par témoin oculaire et il établit un cadre analytique pour le contrôle en appel des décisions où pareille preuve est contestée :

En résumé, le contrôle permis en vertu du ss-al. 686(1)a)(i) dans les instances présidées par un juge seul, lorsque des motifs de jugement assez substantiels ont été rendus sur la question de la fiabilité d'une identification par témoin oculaire, consiste dans ce qui suit : (1) examiner la preuve, analyser les motifs et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, évaluer la preuve afin de déterminer s'il y a dans l'analyse du juge du procès des faiblesses discernables qui, si elles n'avaient pas existé, auraient rendu impossible une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable; et (2) déterminer si, même en l'absence de faiblesse quelconque, la déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable n'était pas une issue possible de l'espèce. Dans l'une ou l'autre hypothèse, il s'ensuivrait que le verdict était déraisonnable et l'appel devrait être accueilli.

Pour les fins de l'examen des éventuelles faiblesses, je tiendrai compte des quatre facteurs que le juge d'appel Doherty a recensés dans l'arrêt *Tat* (par. 100) :

*La question de savoir si la personne identifiée était inconnue du témoin;

*Les circonstances dans lesquelles l'identification a eu lieu;

*Le processus d'identification préalable au procès;

*L'existence d'autres éléments de preuve tendant à confirmer l'identification.

Sous chacune de ces rubriques, j'examinerai certains sous-facteurs, recensés dans un certain nombre d'autres décisions, qui sont utilement énumérés dans l'ouvrage de S. Casey Hill, David M. Tanovich et Louis P. Strezos, intitulé *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (WestlawNext Canada, Thomson Reuters, 2016) (en ligne), au par. 32:100.50 :

*L'identification a-t-elle été effectuée en l'absence d'un trait distinctif?

*La possibilité d'observer le suspect n'a-t-elle consisté qu'en un bref coup d'œil?

*Le suspect a-t-il été observé dans l'obscurité de la nuit, dans un lieu bien éclairé ou dans une situation de stress?

*Y a-t-il eu une parade d'identification et a-t-on laissé entendre que le suspect était détenu?

*La description était-elle détaillée ou de nature générale?

*Y avait-il incompatibilité avec les descriptions fournies par d'autres témoins?

*Des événements ont-ils eu lieu qui sont susceptibles de contaminer l'identification faite par les témoins, notamment de la collusion?

*La séance d'identification a-t-elle été équitable sur le plan de sa constitution?

*L'étalement de photos est préférable à la présentation séquentielle parce qu'il a tendance à prévenir les préjugés issus d'une comparaison;

*Y a-t-il eu identification interraciale?

*Le témoin qui a effectué l'identification avait-il consommé de l'alcool ou avait-il les facultés affaiblies par de la drogue?

*L'identification au banc des accusés ne doit se voir reconnaître qu'une force probante négligeable, si tant est qu'on lui en reconnaisse;

*Dans quelle mesure les directives ont-elles respecté les recommandations faites à la suite de l'enquête Sophonow?

*L'affaire a-t-elle été instruite devant un jury ou devant un juge seul? [Par. 21 à 23]

E. *Identification au banc des accusés*

[14] S'agissant de l'identification par témoin oculaire, le type d'élément de preuve appelé « identification au banc des accusés » suscite des inquiétudes particulières. Essentiellement, dans une affaire comme celle qui nous occupe, il s'agit pour la victime, lorsqu'elle est au banc des témoins, de pointer du doigt l'accusé en salle d'audience et de dire : « Voilà la personne qui m'a agressée. »

[15] Selon les sous-facteurs examinés par le juge Richard dans l'affaire *Arseneault*, il faudrait reconnaître à l'identification au banc des accusés « une force probante négligeable, si tant est qu'on lui en reconnaisse ». M. Streach prétend que le juge du procès a commis une erreur en accordant quelque force probante que ce soit à l'identification par la victime de M. Streach au banc des accusés comme étant son agresseur. Pour les motifs qui suivent, je conclus que cet argument n'est pas convaincant.

[16] Premièrement, le juge du procès était de toute évidence conscient des lacunes de l'identification au banc des accusés et il a souscrit aux arguments soulevés sur

ce point par l'avocate de la défense. Deuxièmement, il est clair que la seule chose qu'il a dite au sujet de l'identification au banc des accusés est qu'il [TRADUCTION] « ne [pouvait] en faire complètement abstraction » car la victime avait témoigné être [TRADUCTION] « cent pour cent certain[e] » que M. Streach était son agresseur. Troisièmement, et plus important encore, il y a les propos suivants tenus par le juge du procès :

[TRADUCTION] La preuve directe concernant l'identification ne m'aurait pas amené à déclarer l'accusé coupable. Alors, c'est – il s'agit d'une preuve dont je tiens compte si je dois le faire, toutefois, à mon avis, il ne s'agit pas d'une preuve importante ou forte. [Transcription, le 20 décembre 2017, p. 55]

[17] Pour résumer, le juge du procès a bel et bien accordé une force probante négligeable à l'identification au banc des accusés, et ce, en raison seulement du témoignage ferme de la victime selon lequel l'accusé qui était présent en salle d'audience était la personne qui l'avait attaquée. Le juge du procès a affirmé qu'il n'aurait pas déclaré M. Streach coupable sur le fondement de la preuve du témoin oculaire et il ne l'a pas fait non plus. La preuve dans son ensemble est ce qui a convaincu le juge du procès de la culpabilité de M. Streach hors de tout doute raisonnable. La présente affaire n'a pas été décidée sur le fondement du témoignage d'un témoin oculaire. À mon avis, même s'il avait été fait complètement abstraction de l'identification au banc des accusés, cela n'aurait eu aucune incidence que ce soit sur l'issue du procès.

F. *Identification photographique*

[18] Dans ses observations écrites, M. Streach prétend que la valeur probante de l'identification au banc des accusés est diminuée par le fait suivant :

[TRADUCTION] Sa valeur probante est davantage réduite par le fait qu'il semble qu'on ait montré à M. Trenholm [la victime] une série de photos de suspects le jour où l'agression a été commise, mais le dossier n'indique pas si la photo de M. Streach figurait dans cette série. [Par. 28]

[19] La victime a en effet témoigné que la police lui avait présenté une série de photos à regarder le jour de l'agression :

[TRADUCTION] Quand je suis arrivé au poste de police, on m'a donné une pile de papiers avec les photos d'environ vingt personnes et je – je ne sais pas – je n'ai pas pu – je n'ai pas pu l'identifier dans – je trouvais que tout le monde se ressemblait trop et, à vrai dire, je ne crois pas personnellement être en mesure d'identifier quelqu'un à partir d'un bout de papier plutôt qu'en la voyant en personne. [Transcription, le 19 décembre 2017, p. 21]

[20] Ainsi qu'il a été mentionné, la victime n'a eu aucune difficulté de la sorte au procès. Quelques instants avant de fournir le témoignage reproduit ci-dessus, la victime a dit au sujet de M. Streach, qui se trouvait dans la salle d'audience : [TRADUCTION] « Je suis cent pour cent certain[e] que cet homme m'a agressé[e] ». À la question de savoir comment il pouvait être certain à ce point, M. Trenholm a répondu : [TRADUCTION] « Ses yeux ... il me fixait des yeux avec agressivité, tout le temps, c'était très – cela m'est resté à l'esprit. »

[21] Dans ses observations finales, l'avocate de la défense est revenue sur la question des photos et a tenté de convaincre le juge du procès de l'importance du fait que la victime n'avait [TRADUCTION] « pas été en mesure d'identifier l'agresseur dans une série de photos ». À ce stade, le juge du procès a eu l'échange suivant avec elle :

[TRADUCTION] LA COUR : Puis-je – puis-je soulever un point ici?

AVOCATE DE LA DÉFENSE : Oui.

LA COUR : Parce que je – ordinairement, lors d'un étalement des photos, on montre les photos à un – à un plaignant et on lui demande s'il peut – s'il peut identifier son agresseur ou non.

AVOCATE DE LA DÉFENSE : Oui.

LA COUR : Le policier qui s'occupe de l'étalement des photos témoigne et – et la preuve par oui-dire, c'est-à-dire

les paroles du plaignant au sujet de l'identité, est admissible en preuve dans ce – comme exception à la règle du ouï-dire, mais une partie de la preuve de l'identification photographique est la nécessité d'obtenir du policier son témoignage indiquant qu'une photo de l'accusé figurait parmi les photos montrées au plaignant.

AVOCATE DE LA DÉFENSE : Oui.

LA COUR : Où est la preuve du fait qu'une photo de l'accusé figurait parmi les photos montrées au plaignant?

AVOCATE DE LA DÉFENSE : Vous avez raison, Monsieur le juge, elle n'a pas été présentée.

LA COUR : Il n'y a pas de preuve. Alors comment cela peut-il diminuer la force probante du témoignage donné en cour par M. Trenholm?

AVOCATE DE LA DÉFENSE : Cela n'en diminue pas la force probante. Vous avez raison, Monsieur le juge.

LA COUR : D'accord. Ça va. [Transcription, le 20 décembre 2017, p. 17 et 18]

[22] Cet échange montre clairement que, de l'avis du juge du procès, on n'avait pas établi le fondement probatoire requis pour que le témoignage relatif à l'étalement des photos soit d'utilité pratique. Il n'a pas été mentionné par le juge du procès dans ses motifs de décision et il est évident qu'il n'a eu aucun effet sur son analyse ou ses conclusions. Je tire la même conclusion en appel sur ce point – la preuve concernant l'étalement des photos montrées à la victime par la police est sans conséquence et elle n'avance en rien la cause de M. Streach devant notre Cour.

G. *Preuve relative au couteau*

[23] M. Streach fait valoir que le juge du procès a commis une erreur dans les conclusions qu'il a tirées au sujet de l'arme utilisée durant l'agression, plus précisément un couteau. Dans ses observations écrites, M. Streach dit : [TRADUCTION] « La découverte d'un couteau dans la poche de la veste de M. Streach ne voulait rien dire.

Même si M. Trenholm a dit à la police que son agresseur était armé d'un couteau, il n'a fourni aucune description du couteau à la police, ainsi que l'a conclu le juge du procès » (par. 32). Avec égards, je pense qu'il s'agit-là d'une interprétation erronée des motifs de décision du juge du procès.

[24] La juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] M. Trenholm a dit à la police que l'agresseur avait un couteau. Il a décrit un couteau d'environ sept pouces de long avec la lame, en disant que le couteau avait une lame de trois pouces de couleur argentée et un manche noir. Le gendarme Melanson a saisi un couteau de description correspondant à celle fournie et qui se trouvait dans la poche droite de la veste que portait l'accusé.

[25] Contrairement à ce qu'affirme M. Streach, dans l'extrait qui précède, le juge du procès ne dit pas que la victime a fourni une description détaillée du couteau à la police. Le dossier n'indique pas que la victime a fait une telle description à la police. La victime a, cependant, fourni une description du couteau, exactement comme l'a dit le juge du procès. Elle a fourni cette description au banc des témoins, durant son témoignage. Voici ce qu'elle a dit :

[TRADUCTION] Il mesurait environ sept pouces, lame et manche inclus. La lame ne mesurait qu'environ trois pouces de long. La lame était de couleur argentée, le manche, noir. [Transcription, le 19 décembre 2017, p. 10]

[26] Le juge du procès n'a commis aucune erreur sur ce point, encore moins une erreur justifiant une intervention en appel.

H. *Le verdict était-il appuyé par la preuve?*

[27] Pour faire valoir son argument selon lequel la décision rendue par le juge du procès est raisonnable et devrait résister à une analyse approfondie en appel, le

substitut du Procureur général a cité l'arrêt *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, rendu par la Cour suprême du Canada :

Lorsqu'il apprécie des éléments de preuve circonstancielle, le juge des faits doit considérer [TRADUCTION] « [d']autre[s] thèse[s] plausible[s] » et d'« autres possibilités raisonnables » qui ne sont pas compatibles avec la culpabilité : *R. c. Comba*, [1938] O.R. 200 (C.A.), p. 205 et 211, le juge Middleton, conf. par [1938] R.C.S. 396; *R. c. Baigent*, 2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11, par. 20; *R. c. Mitchell*, [2008] QCA 394 (AustLII), par. 35. Je conviens avec l'appelant qu'il peut donc être nécessaire pour le ministère public de réfuter ces possibilités *raisonnables*, mais il n'a certainement pas à « réfuter toutes les hypothèses, si irrationnelles et fantaisistes qu'elles soient, qui pourraient être compatibles avec l'innocence de l'accusé » : *R. c. Bagshaw*, [1972] R.C.S. 2, p. 8. Une « autre thèse plausible » ou une « autre possibilité raisonnable » doit être basée sur l'application de la logique et de l'expérience à la preuve ou à l'absence de preuve, et non sur des conjectures.[Par. 37]

[28] Pour une analyse par notre Cour de l'arrêt *Villaroman*, voir les arrêts *Takri c. R.*, 2019 NBCA 20, [2019] A.N.-B. n° 45 (QL), *Melanson c. R.*, 2018 NBCA 61, [2018] A.N.-B. n° 212 (QL), *Lecompte c. R.*, 2018 NBCA 33, [2018] A.N.-B. n° 130 (QL), *Moulton c. R.*, 2018 NBCA 19, [2018] A.N.-B. n° 79 (QL) et *Oland c. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] A.N.-B. n° 230 (QL).

[29] La question clé à trancher en appel est celle de savoir si la preuve étaye ou non le verdict de culpabilité. Je répondrais, sans hésitation aucune, par l'affirmative. À mon avis, compte tenu de la preuve dont disposait le juge du procès, déclarer M. Streach coupable était, en effet, « le seul verdict rationnel possible ». La preuve admise par le juge du procès établissait hors de tout doute raisonnable le bien-fondé de la cause présentée par le ministère public. En appel, cette réalité constitue un obstacle insurmontable pour M. Streach. Je rejetterais l'appel qu'il a interjeté à l'encontre de sa déclaration de culpabilité.

I. *Appel interjeté de la peine – Suramende compensatoire*

[30] Après avoir prononcé la sentence pour les quatre chefs sous lesquels M. Streach avait été déclaré coupable, le juge du procès a infligé à M. Streach une suramende compensatoire de 200 \$ pour chaque chef, soit un montant total de 800 \$. Il a souligné qu'à défaut de paiement, M. Streach serait condamné à une peine carcérale additionnelle de huit jours, puis il a ajouté : [TRADUCTION] « Il n'a pas les moyens de payer, donc je vais simplement ajouter ces huit jours [...] à sa peine. » Cette suramende compensatoire a été imposée lors de l'audience sur la détermination de la peine qui a eu lieu le 8 février 2018.

[31] En décembre 2018, la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] A.C.S. n° 58 (QL). Dans cette affaire, la majorité de la Cour a conclu que l'art. 737 du *Code criminel*, l'article du *Code* qui crée la suramende compensatoire, portait atteinte à l'art. 12 de la *Charte*, parce qu'elle conduit « à une humiliation exagérément disproportionnée des contrevenants défavorisés » qui ne saurait se justifier par l'article premier. Cet article du *Code* a été déclaré invalide, avec effet immédiat (voir les par. 110 et 111).

[32] Dans son avis d'appel modifié, M. Streach a demandé que, dans l'éventualité où l'appel de sa déclaration de culpabilité serait rejeté, sa peine soit modifiée par la suppression des suramendes compensatoires sur le fondement de l'arrêt *Boudreault*. Le ministère public est du même avis. Je partage moi aussi cet avis. J'accorderais l'autorisation d'interjeter appel de la peine et je modifierais la peine en conséquence.

IV. Conclusion et dispositif

[33] Je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité et d'accorder l'autorisation d'interjeter appel de la peine. La peine infligée par la Cour provinciale est modifiée par l'annulation des suramendes compensatoires, ce qui entraîne

une réduction de huit jours de la peine d'emprisonnement totale. À tous autres égards, je laisserais la peine inchangée.