

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

80-20-CA

JACOB ROBERT BROWN

JACOB ROBERT BROWN

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Brown v. R., 2021 NBCA 40

Brown c. R., 2021 NBCA 40

CORAM:

The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Baird  
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird  
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
September 15, 2020 (conviction)  
October 27, 2020 (sentence)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 15 septembre 2020 (déclaration de culpabilité)  
le 27 octobre 2020 (détermination de la peine)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
May 27, 2021

Appel entendu :  
le 27 mai 2021

Judgment rendered:  
September 9, 2021

Jugement rendu :  
le 9 septembre 2021

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Green

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Green

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Charles M. Bryant

Pour l'appelant :  
Charles M. Bryant

For the respondent:  
Patrick McGuinty

Pour l'intimée :  
Patrick McGuinty

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] Following a trial in Provincial Court, Jacob Brown was convicted of robbery while armed with a weapon (s. 344 of the *Criminal Code*) and of having his face covered with a mask with the intent to commit an indictable offence (s. 351(2)). Mr. Brown now appeals his conviction and asks this Court to allow the appeal and enter an acquittal or, in the alternative, allow the appeal and order a new trial. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

II. Background

[2] At approximately 9:30 a.m. on March 13, 2020, Michael Nesbitt was in the parking area behind his apartment building in the City of Saint John when two individuals confronted him. One was standing beside the driver’s door of Mr. Nesbitt’s vehicle, and the second positioned himself behind it.

[3] Mr. Nesbitt only interacted with the individual standing beside his car door, whom he described as wearing a grey mask. This person demanded that Mr. Nesbitt give him money and threatened to go into Mr. Nesbitt’s apartment, where he was caring for his ill grandmother. While making the demand for money, the individual poked Mr. Nesbitt with an object he held in his hand. Mr. Nesbitt testified that “he was poking me with something blunt, like a knife or something, in the side and jabbing me.” As Mr. Nesbitt explained, his assailant kept the object obscured: “I seen the end of something right, like I could see something like pointy like blunt [...] it was inside the sleeve of the coat.” Although he sustained no visible injuries as a result, Mr. Nesbitt confirmed he could feel he was being poked with something.

[4] From his pocket, Mr. Nesbitt produced a roll of two-dollar coins, commonly referred to as toonies, which he handed over to his assailant. Mr. Nesbitt testified he was able to get behind the wheel of his vehicle and, while seated, was kicking at the masked individual.

[5] With Mr. Nesbitt's money in hand, the assailant and the second individual drove away in a gold-coloured Chrysler 200. Mr. Nesbitt chose to follow them in his own vehicle and, as he did so, called the police to report the incident. After a few minutes, the police stopped Mr. Nesbitt, who informed them he was the victim of a theft and explained what had happened.

[6] The evidence of the police officers involved, as accepted by the trial judge, established that, minutes later, they located a gold Chrysler 200 close by in the parking lot of another apartment building. The vehicle was still running. Police witnessed three individuals exit the vehicle and attempt to move away. The person who exited from the driver's door, later identified as Mr. Brown, was observed throwing an object into some bushes in front of the car. A subsequent search of this area by a police dog resulted in the recovery of a knife. The trial judge made a finding of fact that the knife in question was the object thrown into the bushes by Mr. Brown.

[7] At the time of his arrest, Mr. Brown was wearing a black coat and had a grey t-shirt around his neck. As one police officer described it, the t-shirt was only around Mr. Brown's neck, but his arms were not through the sleeves. After Mr. Brown arrived at the Saint John Police station, a search of his person revealed a roll of toonies in his pocket.

[8] The maintenance technician for Mr. Nesbitt's apartment building was doing paperwork in his vehicle at the time of the incident and witnessed what transpired. He testified that two individuals were involved in the altercation with Mr. Nesbitt, that their faces were covered, that one was wearing a dark blue or black coat, and that the two left the parking lot in what he described as a beige four-door vehicle.

[9] Two comments made by Mr. Brown to the police also feature in the factual background of this case. When told he was being arrested for robbery, his immediate reaction was “Robbery? I just went there to beat him up.” Later, while in the back of a police car en route to the station, he indicated to an officer that the other two individuals who had been in the vehicle with him were not involved in the incident. These comments by Mr. Brown were not challenged and, at the hearing of the appeal, his counsel acknowledged the comments were admissible at trial.

### III. Issues and Analysis

#### A. *Issues on appeal*

[10] Mr. Brown set out two grounds of appeal in his written submission, arguing the trial judge erred:

1. in failing to apply a *W.(D.)* analysis to exculpatory or potentially exculpatory evidence presented by the Crown; and
2. in applying the law to the Crown’s circumstantial case.

[11] More broadly, at the hearing of the appeal, counsel for Mr. Brown asserted the trial judge’s reasons were deficient, arguing that meaningful appellate review was hampered and that a judge’s reasons must disclose a proper application of the law. Furthermore, his counsel maintained that Mr. Brown had a right to expect the judge’s reasons would clearly outline the legal and factual foundation of his conviction and that this threshold was not achieved.

#### B. *Handling of the potentially exculpatory evidence*

[12] The potentially exculpatory evidence in question centred around the identification of the assailant. Mr. Nesbitt told the police he thought Mr. Godin was the

person who had assaulted him and taken his money. This was based on Mr. Nesbitt being familiar with Mr. Godin and specifically associating him with a gold Chrysler 200.

[13] Mr. Brown states in his written submission:

In the case at bar, the victim clearly and consistently identified an individual other than the accused as his assailant, and he specifically made clear that several features of the assailant specifically ruled out Mr. Brown. Mr. Nesbitt made it clear he knew both individuals and, based on his observations and experience with them, believed his assailant was not Mr. Brown. [para. 64]

[14] Crown counsel strongly disagrees with this characterization of the evidence, and with good reason. The record simply does not support the interpretation of the evidence advanced by Mr. Brown. This excerpt from the trial transcript shows some of what Mr. Nesbitt actually said on the witness stand while being cross-examined by defence counsel:

Q. Yeah. Okay. So, when you talked to the police on a couple of different points. Especially when you were first surrounded there at Greenfoot. You you said Yeah, I said it was somebody named Marcus Goddin.

A. That's who I thought it was because I used to see the car up there right. And I use to see the car at the clinic so.

Q. Okay. The gold –

A. That's why I think I said –

Q. The gold Chrysler 200.

A. Yeah.

Q. You identified with Marcus Goddin.

A. So, I seen I seen it around there and I seen it at the clinic so yeah.

Q. So, the methadone clinic there in the neighborhood?

A. Yeah.

Q. Okay. Do you have a history with Marcus Goddin?

A. No not really.

Q. Any reason to believe that he would do this to you?

A. I just suspected it right because of the car right. I I couldn't I couldn't really say right so.

Q. All right. So even though you knew what kind of car Jacob drive[s] or drove –

A. Well that's because the cops told me right so.

Q. Okay. So, the police told you it was Jacob?

A. What's that? Yeah. Like I didn't know who I didn't know who robbed me right because they had masks on right.

Q. Sure.

A. The I was found I found out afterwards right so.

Q. Oh okay. So, there were no characteristics that you thought it was Marcus Goddin. You just thought it was from the car?

A. Yeah. And kind of like had like these baby baby cheeks or something like that so.

Q. Baby Cheeks?

A. Yeah yeah.

Q. Okay. So, there was some facial features that reminded you of Marcus?

A. Yeah.

Q. Okay.

A. I guess you could say that.

Q. And is Marcus about six foot?

A. I'm not sure really how tall he is bro.

Q. Do you know how tall Jacob is?

A. Probably around six foot maybe.

Q. Okay. Okay. Sounds like you're not really sure about either one of them.

A. Well that's it. I don't –

Q. You don't know.

A. – like I'm not entirely sure right. They had masks on so.

[Emphasis added.]

[15] As this segment of the transcript makes clear, Mr. Nesbitt provided Mr. Godin's name to the police as a suspect based on the car in which his assailant drove off. Absent the gold Chrysler, there is no suggestion whatsoever that Mr. Nesbitt would have proffered Mr. Godin's name. In fact, he confirmed his inability to identify his assailant because the person had their face covered.

[16] It cannot be said that the trial judge failed to consider this piece of evidence. Indeed, he referred to it specifically in his reasons, but quite rightly connected Mr. Nesbitt's naming of Mr. Godin as a potential suspect with the presence of the car he thought he recognized and associated with Mr. Godin. In discussing this aspect of Mr. Nesbitt's testimony, the trial judge commented on the fragility of eyewitness identification.

[17] Mr. Brown argues the trial judge failed to conduct a proper analysis of this potentially exculpatory evidence, referring to the Supreme Court's decision in *R. v.*

*W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL). It is important to note the exculpatory evidence in question did not come from Mr. Brown, but rather from the testimony of Mr. Nesbitt and the evidence of his comments to the police about Mr. Godin. Clearly, the identification of Mr. Godin as the possible assailant was directly contradictory to the Crown's case, which asserted that Mr. Brown was the guilty party.

[18] It is true the trial judge made no explicit reference to *W.(D.)* in his reasons, but Mr. Brown acknowledged in his written submission that “[t]here is no requirement that specific wording is used” and that “it is ‘key that the correct burden and standard of proof [is] applied.’” With respect, there is no doubt in my mind the trial judge did apply the correct burden and standard of proof.

[19] This Court in *Gahan v. R.*, 2014 NBCA 18, 418 N.B.R. (2d) 104, per Richard J.A. (as he then was), stated the role of the trial judge is to assess the evidence and “determine whether the exculpatory testimony is believed, whether it raises a reasonable doubt, and, failing both, whether the prosecution has proven the case beyond a reasonable doubt” (para. 1). In the present case, however, it was not really a question of whether the trial judge “believed” Mr. Nesbitt’s testimony on the identity of his assailant. The trial judge simply considered the evidence for what it plainly was: the identification of a potential suspect based primarily on the vehicle in which he drove away.

[20] Although Mr. Brown has framed this first issue in the context of *W.(D.)*, the strict application of a *W.(D.)* analysis in this instance is somewhat awkward. The trial judge did believe Mr. Nesbitt’s testimony on point: Mr. Nesbitt thought his assailant was Mr. Godin. However, the trial judge also believed Mr. Nesbitt when he testified he believed it was Mr. Godin because of the gold Chrysler, and further believed his testimony that he did not know who had attacked him because the person’s face was masked. The real question is whether the trial judge properly considered this particular piece of evidence. In my opinion, he did. Mr. Nesbitt did not testify he recognized his assailant as Mr. Godin, nor did he testify he was certain Mr. Brown was not his assailant.

He simply connected the car he saw his assailant enter with Mr. Godin and provided that information to the police.

[21] In *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, the Supreme Court made clear “there is nothing sacrosanct about the formula set out in *W. (D.)*” but rather “the trial judge must consider whether the evidence as a whole establishes the accused’s guilt beyond a reasonable doubt” (para. 23). In this instance, that is precisely what the trial judge did, and the evidentiary record provided him with a firm foundation for his conclusion concerning Mr. Brown’s guilt. I would dismiss this ground of appeal.

C. *Conviction based on circumstantial evidence*

[22] The Supreme Court in *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, provided guidance with respect to drawing an inference of guilt based on circumstantial evidence:

It follows that in a case in which proof of one or more elements of the offence depends exclusively or largely on circumstantial evidence, it will generally be helpful to the jury to be cautioned about too readily drawing inferences of guilt. No particular language is required. Telling the jury that an inference of guilt drawn from circumstantial evidence should be the only reasonable inference that such evidence permits will often be a succinct and accurate way of helping the jury to guard against the risk of “filling in the blanks” by too quickly overlooking reasonable alternative inferences. It may be helpful to illustrate the concern about jumping to conclusions with an example. If we look out the window and see that the road is wet, we may jump to the conclusion that it has been raining. But we may then notice that the sidewalks are dry or that there is a loud noise coming from the distance that could be street-cleaning equipment, and re-evaluate our premature conclusion. The observation that the road is wet, on its own, does not exclude other reasonable explanations than that it has been raining. The inferences that may be drawn from this observation must be considered in light of all of the evidence and the absence of evidence, assessed logically,

and in light of human experience and common sense. [para. 30]

[23] In summary, therefore, the trial judge in the present case had to be convinced that Mr. Brown was the person who had robbed Mr. Nesbitt, and that no other reasonable inference could be drawn based on the whole of the evidence before him.

[24] Mr. Brown argues there was another reasonable inference, pointing again to Mr. Nesbitt's identification of Mr. Godin as the likely suspect. He also raises the unanswered question of why there were apparently only two people in the car that left Mr. Nesbitt's parking lot, but three people in the car discovered by the police. In sum, according to Mr. Brown, this should have given rise to an "alternate explanation." Clearly, the trial judge thought otherwise.

[25] The body of circumstantial evidence presented at trial and pointing to Mr. Brown as the assailant was considerable, and included the following:

- The evidence established that Mr. Nesbitt's assailant left the scene in a gold Chrysler 200, and that Mr. Nesbitt followed the Chrysler until being pulled over by police. Minutes later, in close proximity to the area where Mr. Nesbitt had been stopped, Mr. Brown was discovered in the driver's seat of a gold Chrysler 200 with the motor running.
- The evidence established that, in response to a demand for money, Mr. Nesbitt handed his assailant a roll of toonies. When Mr. Brown was searched at the police station, a roll of toonies was found in his pocket.
- The evidence established that the assailant had his face covered with a grey mask. At the time of his arrest, Mr. Brown had a grey t-shirt around his neck, not being worn as a shirt, but simply sitting on his shoulders.
- The evidence established that the assailant was wearing a dark blue or black coat. At the time of his arrest, Mr. Brown was wearing a black coat.
- The evidence established that Mr. Nesbitt was poked with a knife-like object during the robbery. When Mr. Brown exited the Chrysler, he was observed

throwing an object into the bushes in front of the car. A subsequent search of the bushes by a police dog led to the recovery of a knife.

- These events unfolded over a matter of minutes, not hours, all within a relatively compact area of Saint John.

[26] After considering the entirety of the evidence before him, the trial judge reached this conclusion:

In this particular set of circumstances, I am satisfied that there is no other reasonable explanation or other possibility apart from the guilt of Mr. Brown in relieving Mr. Nesbitt of his toonie role with a knife he tried to dispose of. [decision, p. 49]

[27] Crown counsel on appeal argued the trial judge was required to apply everyday common sense as well as his life experience and judicial experience to the task of weighing the evidence and reaching a conclusion. I agree. As has oft been said, one does not park common sense at the door to the courtroom before taking one's seat on the bench. An alternate explanation for who robbed Mr. Nesbitt based on the evidence must be a *reasonable* inference, not merely speculative. As stated in *Villaroman*:

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 (AustLIJ), 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.

Of course, the line between a “plausible theory” and “speculation” is not always easy to draw. But the basic question is whether the circumstantial evidence, viewed logically and in light of human experience, is reasonably capable of supporting an inference other than that the accused is guilty. [paras. 37-38]

[Emphasis in original.]

[28] Given the facts of this case, I see no error in the trial judge’s conclusion that the *only* reasonable inference was that Mr. Brown committed the offence. I would dismiss this ground of appeal.

D. *Unreasonable verdict*

[29] At the hearing of the appeal, Crown counsel suggested Mr. Brown was, in essence, alleging he had been on the receiving end of an unreasonable verdict. This is a challenging argument for any appellant. The applicable standard for verdict unreasonableness was explained by Drapeau C.J.N.B. (as he then was) in *Oland v. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] N.B.J. No. 288 (QL) (leave to appeal refused [2016] S.C.C.A. No. 188):

My understanding of the governing standard is summarized in Penney, Rondinelli and Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2011) at pp. 744-745.

The test to be applied by the appellate court under section 686(1)(a)(i) of the *Code* has been established by the Supreme Court of Canada as whether “the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered.” The test is equally applicable to a judge sitting at trial without a jury. Where the verdict rests primarily on circumstantial evidence, Justice Doherty noted in *R. v. Mars* [2006] O.J. No. 472 that “the question becomes: could a trier-of-fact acting judicially be satisfied that the accused’s guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence?” In considering whether a

verdict is unreasonable, an appellate court is required to analyze and to some extent, reweigh the evidence adduced at trial. The court will do so through the “lens of judicial experience”, which serves as an additional safeguard against unsafe convictions. The burden on the appellant in establishing an unreasonable verdict has been described as “high” and “difficult”. Practically speaking, “at the end of the day this is a judgment call [by the court] and not a precise science. A subjective element is invariably involved in the global assessment of the case.” [para. 18.6] [para. 27]

[30] As reiterated in *Oland*, the appellant bears the burden of establishing verdict unreasonableness; Mr. Brown simply has not met that burden.

#### IV. Conclusion and Disposition

[31] In my opinion, the trial judge committed no reversible error. While not exhaustive, the judge’s reasons outlined the evidentiary foundation for his decision, disclosed a proper application of the law, and allowed for meaningful appellate review.

[32] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Au terme d'un procès en Cour provinciale, Jacob Brown a été déclaré coupable de vol commis alors que muni d'une arme (art. 344 du *Code criminel*), ainsi que d'avoir eu la figure couverte d'un masque dans l'intention de commettre un acte criminel (par. 351(2)). M. Brown appelle aujourd'hui de sa déclaration de culpabilité. Il demande que notre Cour accueille l'appel et inscrive un acquittement ou, subsidiairement, qu'elle accueille l'appel et ordonne la tenue d'un nouveau procès. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Contexte

[2] Vers 9 h 30, le matin du 13 mars 2020, Michael Nesbitt se trouvait dans l'aire de stationnement située à l'arrière de son immeuble d'appartements, à Saint John, lorsque deux personnes l'ont surpris. L'une d'elles s'est postée à côté de la portière du conducteur du véhicule de M. Nesbitt, l'autre à l'arrière.

[3] M. Nesbitt n'a communiqué qu'avec la personne postée à côté de la portière de sa voiture, qu'il a décrite comme portant un masque gris. Cette personne l'a sommé de lui donner de l'argent et elle l'a menacé de s'introduire dans son appartement : M. Nesbitt y veillait sur sa grand-mère malade. Pendant qu'elle exigeait de l'argent, la personne aiguillonnait M. Nesbitt d'un objet tenu dans sa main. À ce sujet, M. Nesbitt a témoigné ainsi : [TRADUCTION] « [I]l me plantait dans le côté un objet contondant, un couteau ou quelque chose du genre, avec lequel il me donnait des coups. » Comme il l'a expliqué, son agresseur voilait l'objet : [TRADUCTION] « J'ai vu le bout de quelque chose, d'accord, je voyais quelque chose d'un peu pointu, contondant [...] c'était dans la

manche de son manteau. » M. Nesbitt n'a pas subi de blessure visible, mais il a maintenu qu'il sentait qu'on poussait quelque chose contre lui.

[4] M. Nesbitt a sorti de sa poche un rouleau de pièces de deux dollars qu'il a remis à son agresseur. Il a témoigné qu'il avait pu monter dans son véhicule et que, du siège du conducteur, il avait envoyé des coups de pied à l'individu cagoulé.

[5] L'argent de M. Nesbitt entre les mains, l'agresseur et la seconde personne s'en sont allés dans une Chrysler 200 de couleur or. M. Nesbitt a choisi de les suivre au volant de son propre véhicule. Tandis qu'il les suivait, il a appelé la police et signalé le crime. Quelques minutes plus tard, après s'être arrêté à la demande des policiers, il leur a relaté qu'il avait été victime d'un vol et leur a expliqué ce qui s'était produit.

[6] Les dépositions des policiers intervenus retenues par le juge du procès ont établi que, au bout de quelques minutes, ils avaient repéré non loin, dans le parc de stationnement d'un autre immeuble d'appartements, une Chrysler 200 de couleur or. Le véhicule était en marche. Les policiers ont vu trois personnes en descendre et tenter de s'éloigner. On a observé la personne descendue par la portière du conducteur, dont on a ensuite établi qu'il s'agissait de M. Brown, lancer un objet dans les buissons, devant la voiture. Des recherches menées dans le secteur à l'aide d'un chien policier ont permis de découvrir un couteau. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que ce couteau était l'objet que M. Brown avait lancé dans les buissons.

[7] Au moment de son arrestation, M. Brown portait un manteau noir et avait autour du cou un t-shirt gris. D'après la description qu'en a donnée l'un des policiers, le t-shirt ne couvrait que le cou de M. Brown, qui n'avait pas passé ses bras dans les manches. La fouille de M. Brown réalisée après son arrivée au poste de police de Saint John a permis de constater qu'il avait en poche un rouleau de pièces de deux dollars.

[8] Le technicien d'entretien de l'immeuble d'appartements de M. Nesbitt, qui s'occupait de documents dans son véhicule au moment de l'agression, a été témoin de ce qui s'est produit. Il a relaté que M. Nesbitt avait été pris à partie par deux individus dont la figure était couverte et dont l'un portait un manteau noir ou bleu foncé, qui étaient ensuite sortis du parc de stationnement dans ce qu'il a décrit comme un véhicule beige à quatre portes.

[9] Deux remarques adressées par M. Brown aux policiers s'ajoutent aux faits de l'espèce. Informé de son arrestation pour vol qualifié, il a eu pour réaction immédiate de s'exclamer : [TRADUCTION] « Vol qualifié? J'suis allé là juste pour lui sacrer une volée. » Quelque temps après, depuis l'arrière de la voiture de police qui l'emmenait au poste, M. Brown a indiqué à un agent que les deux personnes qui l'accompagnaient dans le véhicule n'étaient pas mêlées à l'affaire. Ces remarques de M. Brown n'ont pas été contestées et, lors de l'audition de l'appel, son avocat a reconnu qu'elles étaient admissibles au procès.

### III. Questions en litige et analyse

#### A. *Questions à trancher en appel*

[10] Dans son mémoire, M. Brown formule deux moyens d'appel. Il soutient que le juge du procès a commis une erreur :

1. en n'appliquant pas l'analyse issue de *W.(D.)* aux preuves disculpatoires, ou potentiellement disculpatoires, présentées par le ministère public;
2. dans l'application du droit à la preuve circonstancielle présentée par le ministère public.

[11] L'avocat de M. Brown a soutenu plus généralement, lors de l'audition de l'appel, que les motifs du juge du procès présentaient des lacunes et que, de ce fait, un obstacle se posait à un examen valable en appel. Il a ajouté que les motifs d'un juge

doivent montrer une application appropriée du droit. Il a maintenu que son client était en droit de s'attendre que les motifs du juge exposent clairement le fondement juridique et factuel de sa déclaration de culpabilité, exigence qui n'avait pas été remplie.

B. *Prise en compte de preuve potentiellement disculpatoire*

[12] La preuve potentiellement disculpatoire touche l'identification de l'agresseur. M. Nesbitt a indiqué à la police qu'il pensait que M. Godin était la personne qui l'avait agressé et s'était emparée de son argent. Il le pensait, parce qu'il connaissait bien M. Godin et qu'il l'associait particulièrement à une Chrysler 200 de couleur or.

[13] M. Brown a avancé ce qui suit dans son mémoire :

[TRADUCTION]

En l'espèce, la victime, appelée à identifier son agresseur, a clairement et constamment désigné quelqu'un d'autre que l'accusé et expressément indiqué que plusieurs attributs de l'agresseur excluait particulièrement M. Brown. M. Nesbitt a indiqué clairement qu'il connaissait les deux personnes et que, pour les avoir côtoyées, et vu ses observations, il croyait que son agresseur n'était pas M. Brown. [par. 64]

[14] L'avocat du ministère public conteste vigoureusement cette analyse de la preuve, et avec raison. Le dossier n'étaye tout simplement pas l'interprétation de la preuve que fait valoir M. Brown. L'extrait suivant de la transcription du procès rend compte d'une partie de ce qu'a réellement répondu M. Nesbitt, à la barre des témoins, lorsque contre-interrogé par l'avocat de la défense :

[TRADUCTION]

Q. Ouais. O.K. Alors, lorsque vous vous êtes entretenu avec les policiers sur deux ou trois points distincts. En particulier une fois que la police vous a entouré là, en premier, à la hauteur de Greenfoot. Vous...

vous avez dit : [TRADUCTION] « Ouais, j'ai dit que c'était un nommé Marcus Goddin. »

R. Je pensais que c'était lui, parce que je voyais l'auto là-bas, d'accord. Et je voyais l'auto à la clinique, alors.

Q. O.K. La Chrysler 200...

R. C'est pour ça, je pense, que j'ai dit...

Q. La Chrysler 200 de couleur or.

R. Ouais.

Q. Que vous avez associée à Marcus Goddin.

R. J'l'ai vue... J'l'ai vue dans ce coin-la et j'l'ai vue à la clinique, alors ouais.

Q. La clinique de traitement à la méthadone donc, dans le quartier?

R. Ouais.

Q. O.K. Des choses s'étaient déjà passées entre vous et Marcus Goddin?

R. Non, pas vraiment.

Q. Et vous aviez des raisons de penser qu'il vous ferait ça?

R. J'ai seulement eu des soupçons, d'accord, à cause de la voiture, d'accord. Je... J'pouvais pas... J'pouvais pas vraiment dire, d'accord, alors.

Q. Exact. Donc, bien que vous ayez su quelle sorte d'auto Jacob conduit, ou conduisait...

R. Ben, c'est parce que la police me l'a dit d'accord, alors.

Q. O.K. Donc la police vous a dit que c'était Jacob?

- R. Pardon? Ouais. Comme j'savais pas qui... j'savais pas qui m'avait volé d'accord, parce qu'ils avaient des masques d'accord.
- Q. Bien sûr.
- R. La... On m'a ... je l'ai appris après d'accord, alors.
- Q. Ah, O.K. Alors aucun attribut ne vous a amené à penser que c'était Marcus Goddin. Vous l'avez seulement pensé à cause de l'auto?
- R. Ouais. Et puis disons... il avait, disons... des joues de bébé... de bébé ou quelque chose du genre, alors.
- Q. Des joues de bébé?
- R. Ouais ouais.
- Q. O.K. Donc, des attributs du visage vous rappelaient Marcus?
- R. Ouais.
- Q. O.K.
- R. On peut dire ça, j'imagine.
- Q. Est-ce que Marcus fait environ six pieds?
- R. J'suis pas sûr, l'ami, combien il mesure.
- Q. Savez-vous combien mesure Jacob?
- R. Probablement environ six pieds, peut-être.
- Q. O.K. O.K. On dirait que vous n'êtes pas vraiment sûr, pour l'un ou pour l'autre.
- R. Ben, c'est ça. Je...
- Q. Vous ne savez pas.

R. Disons, j’suis pas tout à fait sûr d’accord. Ils avaient des masques, alors.

[Je souligne.]

[15] Comme le montre clairement cet extrait de la transcription, M. Nesbitt a donné le nom de M. Godin aux policiers, en tant que suspect, du fait de la voiture dans laquelle son agresseur s’en était allé. Il n’y a absolument rien qui indique que, sans la Chrysler de couleur or, M. Nesbitt aurait donné le nom de M. Godin. En fait, il s’est dit incapable d’identifier la personne qui l’avait agressé parce qu’elle avait la figure couverte.

[16] Il serait faux d’affirmer que le juge du procès n’a pas pris en considération cet élément de preuve. Au contraire, il en a traité expressément dans ses motifs, mais il a rattaché très justement la mention de M. Godin, pour suspect, à la présence de la voiture que M. Nesbitt avait cru reconnaître et associait à cet homme. Dans ses observations sur cette partie du témoignage de M. Nesbitt, le juge du procès a rappelé la fragilité des identifications par témoin oculaire.

[17] M. Brown soutient que le juge du procès n’a pas procédé à une analyse appropriée de cette preuve potentiellement disculpatoire qui lui était présentée et renvoie à l’arrêt prononcé par la Cour suprême dans l’affaire *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL). Il importe de noter que cette preuve disculpatoire provenait, non pas de M. Brown, mais du témoignage de M. Nesbitt et de la preuve faisant état des remarques qu’il avait adressées aux policiers à propos de M. Godin. De toute évidence, la désignation de M. Godin pour agresseur possible contredisait directement la thèse du ministère public, qui affirmait que M. Brown était le coupable.

[18] Il est vrai que le juge du procès n’a pas mentionné expressément l’arrêt *W.(D.)* dans ses motifs, mais l’appelant a reconnu, dans son mémoire, que [TRADUCTION] « [r]ien n’exige l’emploi d’une formulation particulière » et qu’[TRADUCTION] « il est [TRADUCTION] “essentiel que le fardeau et la norme de preuve appropriés [aient été] appliqués” ». Avec égards, je suis d’avis qu’il ne fait aucun

doute que le juge du procès a bel et bien appliqué le fardeau et la norme de preuve appropriés.

[19] Notre Cour a écrit, dans *Gahan c. R.*, 2014 NBCA 18, 418 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 104, motifs du juge d'appel Richard (tel était alors son titre), que le juge du procès a pour rôle d'évaluer la preuve 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 » (par. 1). En l'espèce, toutefois, il ne s'agissait pas vraiment de déterminer s'il fallait que le juge du procès « croie » le témoignage de M. Nesbitt sur l'identité de son agresseur. Le juge du procès a tout simplement pris cet élément de preuve pour ce qu'il était manifestement : la désignation d'un suspect éventuel fondée principalement sur le véhicule dans lequel l'agresseur s'en était allé.

[20] Quoique M. Brown renvoie à l'arrêt *W.(D.)* dans la formulation de la première question en litige, le cas présent ne se prête pas très bien à une stricte application de l'analyse issue de cet arrêt. Le juge du procès a bel et bien cru le témoignage de M. Nesbitt sur l'identité de son agresseur : M. Nesbitt avait pensé que son agresseur était M. Godin. Le juge du procès a toutefois également cru M. Nesbitt lorsqu'il a témoigné qu'il avait pensé qu'il s'agissait de M. Godin en raison de la Chrysler de couleur or, de même qu'il l'a cru lorsqu'il a témoigné qu'il ne savait pas qui l'avait attaqué parce que la figure de son agresseur était masquée. La question véritable qui se pose est celle de savoir si le juge du procès a pris en considération à bon droit cet élément de preuve. J'estime que oui. M. Nesbitt n'a témoigné ni qu'il avait reconnu M. Godin comme son agresseur ni qu'il était certain que M. Brown n'était pas son agresseur. Il a tout simplement fait le lien entre M. Godin et la voiture dans laquelle il avait vu monter son agresseur et communiqué ce renseignement à la police.

[21] Dans *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, la Cour suprême a affirmé que « la démarche énoncée dans *W. (D.)* n'est pas une formule sacro-sainte » et précisé que « le juge du procès doit [plutôt] déterminer si la preuve dans son ensemble

établit la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable » (par. 23). C'est exactement ce qu'a fait le juge, dans le cas présent, et la preuve au dossier apportait une assise solide à la conclusion à laquelle il est arrivé sur la culpabilité de M. Brown. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

C. *Déclaration de culpabilité fondée sur la preuve circonstancielle*

[22] La Cour suprême a donné des indications, dans l'arrêt *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, sur le choix d'inférer la culpabilité à partir de preuve circonstancielle :

Il s'ensuit que, dans une affaire où la preuve d'un ou de plusieurs éléments d'une infraction dépend exclusivement ou largement d'éléments de preuve circonstancielle, il est généralement utile d'avertir les jurés d'éviter de tirer trop hâtivement des inférences de culpabilité. Aucune formulation particulière n'est requise. Dire au jury qu'une inférence de culpabilité tirée d'éléments de preuve circonstancielle doit être la seule inférence raisonnable qui peut être tirée de ces éléments constituera dans la plupart des cas une manière succincte et précise d'aider le jury à éviter de « combler les vides » en écartant trop rapidement d'autres inférences raisonnables. Un exemple pourrait être utile afin d'illustrer la crainte qu'un jury tire des conclusions hâtives. Prenons le cas d'une personne qui regarde par la fenêtre et voit que la chaussée est mouillée. Il est possible qu'elle conclue hâtivement qu'il a plu. Mais elle pourrait ensuite remarquer que les trottoirs sont secs ou encore entendre au loin un bruit intense, susceptible d'être causé par un véhicule nettoyant la chaussée, et alors réexaminer sa conclusion prématurée. À elle seule, la constatation que la chaussée est mouillée n'exclut pas d'autres explications raisonnables, outre celle qu'il a plu. Les inférences pouvant être tirées de cette constatation doivent être considérées au regard tant de l'ensemble de la preuve disponible que de l'absence de preuve, appréciées logiquement, ainsi qu'au regard de l'expérience humaine et du bon sens. [par. 30]

[23] En résumé, donc, le juge du procès devait être persuadé, en l'espèce, que M. Brown était la personne qui avait volé M. Nesbitt et que, vu l'ensemble de la preuve dont il était saisi, aucune autre inférence raisonnable n'était possible.

[24] M. Brown soutient qu'il est possible de tirer une autre inférence raisonnable et, encore une fois, invoque la désignation de M. Godin, pour suspect vraisemblable, par M. Nesbitt. Il signale en outre une question demeurée sans réponse : comment se fait-il que seules deux personnes se trouvaient apparemment dans la voiture sortie du parc de stationnement où se garait M. Nesbitt, alors que trois se trouvaient à bord de la voiture découverte par la police? En somme, au dire de M. Brown, ces éléments auraient dû apporter une « autre explication ». De toute évidence, le juge du procès n'était pas de cet avis.

[25] Au procès, l'ensemble de la preuve circonstancielle indicative de la perpétration de l'agression par M. Brown était considérable :

- La preuve présentée établissait que l'agresseur de M. Nesbitt avait quitté les lieux dans une Chrysler 200 de couleur or et que M. Nesbitt avait suivi cette Chrysler jusqu'à ce que la police le contraigne à s'arrêter. On a découvert quelques minutes plus tard, très près du lieu où M. Nesbitt avait été arrêté, une Chrysler 200 de couleur or dont le moteur était en marche. Le siège du conducteur était occupé par M. Brown.
- La preuve présentée établissait que M. Nesbitt, sommé par son agresseur de lui donner de l'argent, lui avait remis un rouleau de pièces de deux dollars. On a trouvé dans la poche de M. Brown, fouillé au poste de police, un rouleau de pièces de deux dollars.
- La preuve présentée établissait que l'agresseur avait le visage couvert d'un masque gris. Lors de son arrestation, M. Brown avait autour du cou un t-shirt gris. M. Brown ne portait pas ce t-shirt, qui reposait simplement sur ses épaules.
- La preuve présentée établissait que l'agresseur portait un manteau bleu foncé ou noir. Lors de son arrestation, M. Brown portait un manteau noir.

- La preuve présentée établissait que, au cours du vol, l'agresseur avait aiguillonné M. Nesbitt d'un objet qui pouvait être un couteau. On a vu M. Brown jeter un objet dans les buissons, devant la Chrysler, après en être descendu. Une fouille ultérieure des buissons, à l'aide d'un chien policier, a mené à la découverte d'un couteau.
- La durée de ces événements s'est mesurée en minutes, non pas en heures, et tout s'est déroulé dans un secteur assez peu étendu de Saint John.

[26] Après avoir examiné l'ensemble de la preuve offerte, le juge du procès est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Vu les circonstances de l'espèce, je suis convaincu qu'il n'existe pas d'autre explication raisonnable ou d'autre possibilité que celle de la culpabilité de M. Brown pour avoir, armé d'un couteau dont il a ensuite tenté de se départir, délesté M. Nesbitt de son rouleau de pièces de deux dollars. [p. 49 de la décision]

[27] L'avocat qui occupe pour le ministère public en appel fait valoir que le juge du procès était tenu de recourir au simple bon sens, à son expérience de la vie et à son expérience judiciaire dans son travail d'appréciation de la preuve et de formulation d'une conclusion. Je suis du même avis. On dit souvent qu'un juge ne laisse pas son bon sens à la porte de la salle d'audience avant d'entrer prendre son siège. S'il est donné une autre explication du vol de M. Nesbitt sur le fondement de la preuve présentée, elle ne doit pas être que conjecturale : elle doit constituer une inférence *raisonnable*. Comme il est indiqué dans l'arrêt *Villaroman* :

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.

Il va de soi que la ligne de démarcation entre une « thèse plausible » et une « conjecture » n'est pas toujours facile à tracer. Cependant, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir si la preuve circonstancielle, considérée logiquement et à la lumière de l'expérience humaine et du bon sens, peut étayer une autre inférence que la culpabilité de l'accusé. [par. 37 et 38]

[En italique dans l'original.]

[28] Vu les faits de l'espèce, la conclusion du juge du procès que la *seule* inférence raisonnable était que M. Brown avait commis l'infraction me paraît ne comporter aucune erreur. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

#### D. *Verdict déraisonnable*

[29] Au cours de l'audition de l'appel, l'avocat du ministère public a avancé que M. Brown soutenait essentiellement qu'il avait subi un verdict déraisonnable. Soutenir cet argument en appel est toujours difficile. Le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a expliqué la norme applicable, en matière de verdict déraisonnable, dans l'arrêt *Oland c. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] A.N.-B. n° 288 (QL) (autorisation de pourvoi refusée, [2016] C.S.C.R. n° 188) :

Ma compréhension de la règle applicable est résumée dans l'ouvrage de Penney, Rondinelli et Stribopoulos, intitulé *Criminal Procedure in Canada* (Markham, Ont. : LexisNexis Canada Inc., 2011), aux p. 744 et 745.

[TRADUCTION]

Le critère que le tribunal d'appel doit appliquer sous le régime du ss-al. 686(1)a(i) du *Code* a été établi par la Cour suprême du Canada; il consiste à déterminer si « le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre ». Ce critère s'applique également à un juge qui préside un procès sans jury. Le juge Doherty a souligné dans l'arrêt *R. c. Mars* que lorsque le verdict repose principalement sur une preuve circonstancielle, [TRADUCTION] « la question devient celle-ci : le juge des faits, agissant d'une manière judiciaire, pourrait-il être convaincu que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable susceptible d'être tirée d'après la preuve dans son ensemble? ». Lorsqu'il examine la question de savoir si un verdict est déraisonnable, le tribunal d'appel doit analyser et, dans une certaine mesure, apprécier de nouveau la preuve produite au procès. Le tribunal doit le faire « à la lumière de l'expérience judiciaire » qui est un autre moyen d'éviter les déclarations de culpabilité erronées. Le fardeau dont l'appelant doit s'acquitter pour établir que le verdict est déraisonnable a été qualifié de « lourd » et de « difficile ». Sur le plan pratique, [TRADUCTION] « il s'agit, au bout du compte, d'une décision [que prend le tribunal] et non d'une science exacte. L'évaluation globale de l'affaire comporte toujours un élément subjectif ». [par. 18.6]

[par. 27]

[30] Comme le réaffirmait l'arrêt *Oland*, l'appelant a la charge d'établir le caractère déraisonnable du verdict; M. Brown ne s'est tout simplement pas acquitté de cette charge.

#### IV. Conclusion et dispositif

[31] Je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur donnant lieu à infirmation. Encore qu'ils ne soient pas exhaustifs, ses motifs exposent le fondement

probatoire de sa décision, attestent une application appropriée du droit et permettent un examen valable en appel.

[32] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel.