

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

76-21-CA

RANDY BOURGEOIS

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

Bourgeois v. R., 2022 NBCA 62

CORAM:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice French  
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of King's  
Bench:

April 22, 2021 (conviction)

June 25, 2021 (sentencing)

History of Case:

Decision under appeal:

Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

None

Appeal heard:

March 31, 2022

Judgment rendered:

November 3, 2022

Reasons for judgment:

The Honourable Justice French

Concurred in by:

The Honourable Justice Quigg

The Honourable Justice LeBlond

Counsel at hearing:

Randy Bourgeois on his own behalf

RANDY BOURGEOIS

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Bourgeois c. R., 2022 NBCA 62

CORAM :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge French  
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :

le 22 avril 2021 (déclaration de culpabilité)

le 25 juin 2021 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :

inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

aucune

Appel entendu :

le 31 mars 2022

Jugement rendu :

le 3 novembre 2022

Motifs de jugement :

l'honorable juge French

Souscrivent aux motifs :

l'honorable juge Quigg

l'honorable juge LeBlond

Avocats à l'audience :

Randy Bourgeois en son propre nom

For the respondent:  
Patrick McGuinty and Joanne Park

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty et Joanne Park

THE COURT

The appeal and the application for leave to appeal sentence are dismissed.

LA COUR

L'appel et la demande d'autorisation d'appel de la peine sont rejetés.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] Randy Bourgeois was found guilty of several criminal offences for firing a handgun from a vehicle. A central issue at trial was the testimony of three individuals, who all said Mr. Bourgeois was holding a gun out the vehicle's front passenger window, which conflicted with the testimony of Mr. Bourgeois, who said he had an alibi and was not in the vehicle when the shooting occurred. The trial judge rejected the alibi evidence and was satisfied beyond a reasonable doubt that, as the vehicle passed by two of the witnesses, James Brown and Austin Sherwood, Mr. Bourgeois fired a single shot after a heated verbal exchange among them.

[2] Mr. Bourgeois appeals against conviction, contending: (1) the trial judge erred by rejecting his alibi evidence since it was clear the police failed to investigate or obtain evidence that would have proved his alibi; (2) the trial resulted in a miscarriage of justice because his legal counsel was not competent; and (3) the trial judge failed to declare a mistrial despite being advised (by Mr. Bourgeois after he had been found guilty, but prior to his sentencing) that the Crown prosecutor at trial had previously both represented him and worked at the same law firm as his defence counsel (which was raised for the first time on appeal).

[3] Mr. Bourgeois also seeks leave to appeal the seven-and-a-half-year sentence (less time served on remand) imposed by the trial judge.

[4] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal against conviction and the application for leave to appeal sentence.

## II. Background

[5] The shooting occurred at approximately 4:56 p.m. on June 24, 2020, as the vehicle passed by the entrance to Mr. Brown's apartment. The apartment is on the ground floor of a building located at the corner of Ludlow Street and Guilford Street West in Saint John. The entrance is on Guilford Street. The shot was fired as the vehicle was turning right, off Guilford Street and onto Ludlow Street.

[6] Mr. Brown's girlfriend, Dominique Chevarie, also lived in the apartment and was present at the time of the shooting, as was Mr. Brown's five-year-old son, who was visiting them for the afternoon. Mr. Sherwood was also present, having arrived shortly before the shooting occurred.

[7] While Mr. Bourgeois challenges the trial judge's rejection of his alibi evidence and the judge's finding that it was him who had fired the gun, the other facts found by the judge regarding the circumstances of the shooting are not challenged on appeal.

[8] Before summarizing the events, I would highlight two points. First, this is not a case where the offender was identified by strangers. Mr. Brown, Ms. Chevarie and Mr. Sherwood all know Mr. Bourgeois. Similarly, they all know Jason Arbeau, who was identified as the driver of the vehicle.

[9] Second, a surveillance camera captured Mr. Arbeau's vehicle drive up Guilford Street West, toward Ludlow Street, and pass by the entrance to Mr. Brown and Ms. Chevarie's apartment twice, at 4:37 p.m. and again at 4:56 p.m. As will be explained, the judge found the surveillance recording supported the Crown's evidence and was inconsistent with Mr. Bourgeois' testimony since it did not show the vehicle going back down Guilford Street, as Mr. Bourgeois testified was the case. Located in a window of the apartment, the camera was directed at the building's parking area, and it looked out

toward Guilford Street. The portion of the recording in evidence included the period between 3:30 p.m. and the shooting at 4:56 p.m.

[10] Both Mr. Brown and Mr. Sherwood testified that, the first time the vehicle came up Guilford Street, they saw Mr. Arbeau driving, with his girlfriend in the front passenger seat. They also saw Mr. Bourgeois, sitting in the back seat, with his tinted window rolled down by only about two to three inches; however, they made eye contact with him. In his testimony, Mr. Bourgeois admitted he was in the back of Mr. Arbeau's vehicle once as it drove up Guilford Street (toward Ludlow Street), and he saw Mr. Brown and Mr. Sherwood, but he stated he was not in the vehicle when the shot was allegedly fired.

[11] Mr. Brown testified that, after the first drive by, he became concerned trouble might follow and he retrieved a baseball bat from Ms. Chevarie's vehicle, which was parked in the yard beside the building. The recording shows him doing this about two minutes later, at 4:39 p.m.

[12] Less than twenty minutes after the first drive by, Mr. Sherwood stepped back outside the apartment and saw Mr. Arbeau's vehicle parked at the bottom of the hill, facing up Guilford Street. He called for Mr. Brown to come out and watched as the vehicle pulled away from the curb and moved quickly up Guilford Street toward them. He testified he could see Mr. Bourgeois, who was, this time, in the front passenger seat and holding a gun out the window, while wearing a glove. Both Mr. Brown and Mr. Sherwood testified that they could see he was holding a revolver.

[13] Mr. Brown and Mr. Sherwood testified that, as the vehicle passed on this occasion, they exchanged words with Mr. Bourgeois. The commotion caused Ms. Chevarie to step out of her apartment; she testified that she witnessed Mr. Bourgeois in the front passenger seat of the vehicle, holding what she believed to be a gun out its window. She retreated into the apartment and took Mr. Brown's son further back, into a bedroom, to keep him safe. She called the police.

[14] Mr. Brown and Mr. Sherwood also testified that, as Mr. Arbeau's vehicle turned the corner onto Ludlow Street, Mr. Bourgeois fired a single shot, before the vehicle sped away. Mr. Sherwood said that, as he attempted to shield himself behind his parked car, he saw a spark and smoke when the gun was discharged. While another witness thought they might have heard two shots, Mr. Sherwood and Mr. Brown were certain there was only one.

[15] Although the surveillance camera captured Mr. Arbeau's vehicle driving up Guilford Street, the picture is not clear enough to identify those in the vehicle; however, on the second occasion, the front passenger can be seen with an arm out the window and holding what the trial judge found appeared to be a gun. Since the recording did not capture the part of Guilford Street that directly faces the building, it did not record the exchange of words or the shooting.

[16] Three other individuals who were in the area at the time of the shooting also testified at trial. One was walking on Ludlow Street, toward Guilford Street, when she saw the vehicle, with the front passenger holding what she believed to be a gun out the window. Before the vehicle sped away, she heard a sound that caused her to believe the gun had been fired. The others testified regarding the vehicle speeding away on Ludlow Street, and/or the sound of possible gunfire.

[17] Constable Janes was the first officer to arrive after the shooting, at about 5:03 p.m. From the beginning, the police understood Mr. Bourgeois was alleged to be the shooter. Mr. Brown testified that, while speaking with Cst. Janes, he received a call on his cell phone from Mr. Bourgeois. Cst. Janes confirmed that he had witnessed the name "Randy Bourgeois" appear as "caller ID" on Mr. Brown's phone. Minutes later, they watched what they believed to be Mr. Arbeau's vehicle drive quickly past them on Ludlow Street.

[18] Cst. Janes took the memory card from the surveillance camera in the apartment. He noticed a hole in the window panel (of another tenant) in the building, which was thought could have been caused by a bullet; however, this was not confirmed to have been caused by a bullet, and no bullet was ever located.

[19] Mr. Bourgeois and his residence on Waterloo Street were known to the police and, by 5:26 p.m., they arrived and kept his home under surveillance. Mr. Bourgeois was first seen coming out of his home at 5:42 p.m. He was not seen entering. Mr. Bourgeois argued this supported his alibi.

[20] After 6 p.m., Mr. Bourgeois and his girlfriend left his residence and got into a vehicle with Mr. Arbeau and his girlfriend. Soon thereafter, the police stopped the vehicle and arrested Mr. Bourgeois and Mr. Arbeau.

[21] After receiving a tip from a confidential informant about a gun, the next day the police obtained a search warrant for a woman's apartment on Castle Street, which is off Waterloo Street, minutes away from Mr. Bourgeois' residence. They found a revolver hidden under a mattress; it held one spent shell casing and three unused cartridges/bullets. Mr. Bourgeois' DNA was found on the casings, but not on the revolver. Also, it was impossible to determine whether his DNA was on one, more than one or all of the casings since a single swab was taken of the four bullets/casings. At trial, Mr. Bourgeois' lawyer argued strenuously that it was not possible to link Mr. Bourgeois to the bullets, let alone the revolver, because of the possibility of DNA transference. After the revolver was found, the bullets were emptied onto the bed's mattress or box spring, and Mr. Bourgeois testified that he had sexual relations on the bed only days before.

[22] Neither the Crown nor Mr. Bourgeois called as a witness the woman who occupied the apartment where the gun was found. Ultimately, as urged by Mr. Bourgeois' counsel, the judge rejected the Crown's contention that Mr. Bourgeois' DNA evidence, together with the *viva voce* evidence of him holding a revolver in Mr. Arbeau's vehicle,

was sufficient to prove beyond a reasonable doubt that the revolver found in the search was the gun fired by Mr. Bourgeois in the shooting on Guilford Street.

[23] Mr. Bourgeois testified in support of his alibi defence. When questioned by police shortly after his arrest, Mr. Bourgeois denied he was in Mr. Arbeau's vehicle when the shooting occurred. At trial, he testified he was at home with his girlfriend and his son. He testified his girlfriend ordered Kentucky Fried Chicken via Skip the Dishes and she paid using her bank card since he did not have one. Before this Court, he said he paid with his card. The police did not witness any food delivery after 5:26 p.m. Mr. Bourgeois also testified that he had a surveillance camera that would prove he was home and had told the police he could take them to see it; however, it was not retrieved and Mr. Bourgeois testified the recording was stolen days later, when his home was broken into, while he was remanded in jail. Although his direct evidence at trial asserted the break-in occurred three days later, on cross-examination, he indicated it was a week later.

[24] In summary, the trial judge rejected Mr. Bourgeois' alibi evidence and found it did not raise a reasonable doubt in relation to the evidence advanced to establish he was in Mr. Arbeau's vehicle. He found that Mr. Bourgeois fired a gun; however, he did so without having accepted the Crown's claim that the gun located on Castle Street was proven to be the gun used in the shooting. Lastly, the judge concluded the evidence did not establish Mr. Bourgeois fired the gun with the intent to injure Mr. Brown and/or Mr. Sherwood, which was the most serious of the charges brought against him:

That, I have no doubt that the incident took place on the date alleged at Guilford Street in Saint John, New Brunswick and I have no doubt in my mind that Mr. Bourgeois did in fact discharge a firearm, but **the issue becomes was he firing the firearm at James Brown, or was it simply a situation where he was attempting to scare Mr. Brown or intimidate him in some way[...].**

[...]

**[...]my position is that in order to convict Mr. Bourgeois, I would have to come to the conclusion that**



**he intended to endanger his life by firing the revolver at Mr. Brown and I'm left with a reasonable doubt as to that intention.**

[Emphasis added; Transcript, April 9, 2021, p. 35, l. 17 to p. 36, l. 16]

[...]

In this particular case, I come to the conclusion that discharging that firearm as he did was reckless as to the life and safety of another person, **so he is found not guilty under 244, but guilty under section 244.2 of discharging a firearm and being reckless as to the life and safety of another person.**

[Emphasis added; Transcript, April 9, 2021, p. 38, ll. 3-8]

[25] In the end, the trial judge found Mr. Bourgeois guilty of the offences listed below and imposed the sentences indicated, less time served of 341 days:

Offence	Section	Sentence
Discharging firearm	s. 244.2(1)(b)	7 years
Failure to comply with probation order	s. 733.1	6 months consecutive to any other sentence
Assault with a weapon or causing bodily harm	s. 267(a)	1 year concurrent
Pointing a firearm (at Mr. Brown)	s. 87	1 year concurrent
Unauthorized possession of firearm	s. 91(1)	1 year concurrent
Assault with a weapon or causing bodily harm	s. 267(a)	1 year concurrent
Pointing a firearm (at Mr. Sherwood)	s. 87	1 year concurrent
Possession of weapon for dangerous purpose	s. 88	1 year concurrent

### III. Grounds of Appeal

[26] In relation to his convictions, Mr. Bourgeois maintains:

- (1) the judge's assessment of his alibi defence did not properly consider the failure of the police to obtain evidence that would have proved his alibi;
- (2) the ineffective assistance of his legal counsel caused the trial to result in a miscarriage of justice; and

- (3) the judge erroneously failed to declare a mistrial despite his advising the judge (after Mr. Bourgeois had been found guilty, but before he was sentenced) that the prosecutor at trial had previously represented him and, somewhat relatedly, the prosecutor previously worked at the same firm as his trial counsel (which Mr. Bourgeois raised for the first time on appeal).

[27] Mr. Bourgeois seeks leave to appeal sentence on the basis that the seven-and-a-half-year sentence is “way too much time compared to other peoples cases.”

#### IV. The Appeal Against Conviction

##### A. *Assertion respecting the police failure to obtain evidence of alibi*

[28] While the failure of the police to pursue Mr. Bourgeois’ surveillance recordings was a primary focus of his submissions on appeal, he did not identify an error in the trial judge’s consideration of this evidence. I view the essence of his position to be that, since he promptly told the police he had a recording that would prove he was home when the shooting occurred, their failure to retrieve the recording or otherwise investigate his alibi should have precluded the judge from rejecting his alibi or, at the very least, it should have caused the judge to have had a reasonable doubt about whether he was present when the shooting occurred. His counsel made a similar argument at trial.

[29] Concerns over the failure to pursue Mr. Bourgeois’ claims regarding his surveillance camera and/or ordering food from Skip the Dishes were expressed by the trial judge more than once during the trial; however, it would be wrong for Mr. Bourgeois to believe the failure to retrieve the recording or investigate his alibi generally would necessarily result in the Crown being unable to rebut or disprove his alibi evidence and establish the elements of the offences with which he was charged.

[30] In my opinion, the trial judge properly considered the failure to investigate the “lost” recording. He expressly stated that it could prejudice the Crown’s effort to

rebut or disprove Mr. Bourgeois' alibi evidence, namely his testimony that he was home. This is reflected in an exchange with Crown counsel during closing submissions. To address concerns that the judge had raised previously regarding the failure to investigate Mr. Bourgeois' claim to have a surveillance recording, the Crown argued that an adverse inference could not be drawn, and it referred the trial judge to *R. v. Levesque*, 2003 ABCA 349, [2003] A.J. No. 1480 (QL) (as it did in its submission to this Court). However, the Crown properly acknowledged the trial judge's view that a failure to investigate an alibi could increase the "risk" of the Crown failing to disprove the alibi. In *R. v. Levesque*, the court stated:

We reject the appellant's argument that an adverse inference ought to be drawn against the Crown for failing to investigate the alibi evidence. The Crown has the onus of proving its case beyond a reasonable doubt and rebutting any alibi evidence. Failure to investigate the appellant's alibi carried with it a risk to the Crown of failing to disprove the alibi; but it did not prejudice the appellant, who was in a position to benefit from the Crown's failure to disprove the alibi. The defence was in as good a position, if not better than the Crown, to bring additional evidence to support the alibi. [para. 5]

[31] In essence, while the failure to investigate the surveillance recording, or other evidence respecting Mr. Bourgeois' alibi, made it more difficult for the Crown to disprove his alibi, it is not determinative and must be considered in the context of the full evidentiary record.

[32] After considering all the evidence, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Bourgeois was in the vehicle at the time of the shooting. This determination was grounded in the judge's assessment of inconsistencies in Mr. Bourgeois' alibi evidence and the strength of the other evidence to the contrary. The judge's assessment began with his summary of Mr. Bourgeois' testimony, which he went on to reject:

The next witness to testify was Mr. Bourgeois. He indicated he's 32 years of age and resides at 254 Waterloo

Street with his son who is now eleven. He says on the day in question, he got up around noon – apparently he'd been playing PlayStation 4 all night long – and had a bite to eat. **He said at 3:00 that day, some mail came apparently that contained some checks for one Cody Martin,** who apparently was using or living with Mr. Bourgeois, and these COVID relief checks apparently appeared and he said Cody Martin had been missing for a few days and he understood that maybe he'd moved to Guilford Street. He said he had two CERB checks in the amount of \$2,000 each for Mr. Martin. He said Martin didn't have a phone, so he decided to go over to Guilford. **He said at 3:20 – 3:30 Jason Arbeau showed up and off they went. He said he was in the back of the vehicle which the other Crown witnesses indicated he was, and they left, went over to Guilford Street and went up Guilford Street to give Mr. Martin his checks.** He said he went to check and nobody was there and he simply had told Mr. Martin's cousin that he has the checks for him. **At that point they left, then they went back down Guilford Street through the intersection at Ludlow and he said he realized that there were three people there. He recognized James Brown but didn't know who the other people were. He said going up, he saw two people there and he said he told Mr. Arbeau not to stop.** He was aware of course that Mr. Brown had been charged with shooting his mother's house, but he told him not to stop and keep on going. **He said they didn't stop, they went down to Market Place, got on the Harbour Bridge, went to Garden Street, down past Waterloo Street where he got dropped off. He said he was dropped off around 4:10 – 4:15.** He said Mr. Arbeau was going to go to the mall to drop off his girlfriend or get his girlfriend. **He said his son wanted Kentucky Fried Chicken, so they ordered Kentucky Fried Chicken and he said it arrived around 5:00 and indicated he was there again, eating chicken with his son from 5:00.** Later that evening his girlfriend wanted to go to the mall to get some cosmetics, so he called Arbeau and he says he showed up. He says they got as far as Richmond Street when the police arrested them. He said he was arrested by the police and told them he didn't have any guns. He says he was taken to the police station where he divulged what is referred to as an alibi in this case, saying that he had video surveillance on his house and they should go to his house and retrieve the video surveillance, and he was requesting gunshot residue tests apparently. **The**

**upshot of his evidence of course is that he was only in the area on two occasions; the first when he drove up Guilford Street to try and deliver these checks, and secondly, he came back down and told Arbeau not to stop. He said they at no time did they go on Ludlow Street and he says he never had a gun pointed outside the window.** When questioned as to the gun that was found at Kelsey Gillis' residence, he says he knows her and he met her in a bar and seen her around a bit. She says – he said out of the blue a few days earlier she'd Facebooked him. He went up to her place, again, a couple of minutes from his. They had a few drinks, ended up sleeping together and having sex in the double bed. She was only there three or four hours and then he left. **He says he knows Mr. Sherwood, which again simply confirms Mr. Sherwood's evidence. He said he doesn't really know Natalie(sic) Chevarie that well.** He was questioned on cross-examination as to whether he was upset with Mr. Brown having shot at his mother's house and whether he wanted quote unquote "revenge" and he said he just apparently got custody of his child, he's had him for a few years and didn't want to involve himself in anything that would jeopardize that and he certainly never tried to approach Mr. Brown about that incident because again, he did not want to jeopardize his personal situation with his son. **In the course of cross examination, he was adamant that he only went up Guilford Street to try and deliver the checks and then came straight back down and, at this point, the video of Guilford Street during the time in question was played, and there's no question that you can see the Ford Escape go up the street and at no time does the vehicle come back down. The vehicle is seen again at 4:56 coming up the street, having been seen once in the video as going up at 4:37.** So it went up on two occasions, the first time without incident, the second time with someone hanging out the window with a gun in their hand. So, his position of course is that he wasn't there and didn't do it. He drove by once and – or twice, and, but no incident took place as described by the Crown witnesses.

[Emphasis added; Transcript, April 9, 2021, p. 21, l. 20 to p. 25, l. 12]

[33] Explaining his reasons for finding Mr. Bourgeois' testimony regarding his alibi to be not credible, the trial judge stated:

You see it's a lot of testimony, but a lot of it is ancillary to the main issue that has to be determined here which essentially is whether Mr. Bourgeois was the passenger in the vehicle that drove by the Guilford Street Ludlow intersection with someone discharging a firearm. Now, considering the evidence of Mr. Brown and Mr. Sherwood, it's clear that from the evidence of Constable Janes that when he first arrived there both were extremely upset and the Constable says he saw Mr. Bourgeois' name on the phone and could hear yelling back and forth, which is exactly what Brown says happened. Further Brown and Sherwood say that this Ford drove by again a short time after the incident and the officer confirmed that. They did in fact see the vehicle drive by fast on Ludlow Street. Considering the evidence of Mr. Brown and Sherwood as to whether it was Mr. Bourgeois who drove by the first time and looked at them, which Mr. Bourgeois essentially says he did, although the times are a bit off. It makes no sense for Mr. Arbeau(sic) [Mr. Brown?] to go get a bat if he didn't have some concern that something was going to happen between he and Bourgeois after the vehicle went by the-the residence the first time. It's also clear from the evidence from the police who attended the scene that both Brown and Sherwood were extremely upset, given what was testified to that would be reasonable, and in terms of identifying Mr. Bourgeois, both these individuals know him and know him well. This is not a case of eyewitness identification by people who are not familiar with somebody. Admittedly the chance to observe here was short, which is certainly something considered when we look at eyewitness evidence, but on the other hand, familiarity with the person you're looking at is a significant factor that would tend to give them credibility. Given that the time stamp of 4:56 is being the time when the vehicle drove by with the person with their arm out the window with what appears to be a gun, the fact that Mr. Bourgeois is back at home at 5:26 is not, in my respectful opinion, a significant factor since it's but a few minutes to drive from Market Place across the Harbour Bridge, up Garden Street and then drop down to Waterloo Street. It's a very, very short drive and the incident is alleged to have happened at – shortly before five, and clearly there would be more than enough time for Mr. Bourgeois, having left the scene in a hurry, as described

**by the civilian witnesses. He certainly could've got – been home by the time the police arrived to surveil his place at 5:26 and thereafter see him outside the house at 5:42.** Considering the other evidence that would tend to corroborate that of Mr. Brown and Mr. Sherwood, **we have Ms. Chevarie who admittedly is Mr. Brown's girlfriend, but on the other side of the coin, she has no issue with Mr. Bourgeois. She testified in a straightforward and reasonable fashion and struck me as being extremely forthright in her evidence to the Court. Her evidence is quite simply that she saw Mr. Bourgeois, who she knows, with a gun. At that point, her reaction was to take young Charlie to safety in the back of the residence which obviously she would not have done if she had not seen the gun in question.** The other aspect of her evidence which I think is of significance here is when she's shown the photograph of the gun, she-she doesn't say that's the gun or identified it as being the weapon in question, she just said it looks like a gun that he had in his hand. And, certainly from my perspective having observed her and all the other witnesses, she was perhaps the most impartial of the three; Brown, Sherwood and her, in terms of what did or didn't happen. She was pretty straightforward. She saw Bourgeois with a gun in his hand and that was it, she grabbed the young fella and headed to the back of the apartment. **Now, Mr. Bourgeois' evidence. It's clear-clearly contradicted by the video of what transpired on Guilford Street that afternoon. The video itself shows Arbeau's car come up the street twice and never showed it going back down as described by Mr. Bourgeois. Therefore, at 4:37 he was in a vehicle that went up Guilford Street as testified to by Brown and Sherwood and he couldn't have been home at 4:30 as he says. The video also indicates that at 4:39 the bat was retrieved by Brown, fearing some altercation and then the vehicle at 4:56 is seen coming up again with someone with their arm out the window.**

[Emphasis added; Transcript, April 9, 2021, p. 25, l. 12 to p. 28, l. 20]

[34] The trial judge also explained why Mr. Bourgeois' testimony did not raise a reasonable doubt in relation to the evidence advanced by the Crown to establish he was in Mr. Arbeau's vehicle and discharged the revolver. He stated:

In this case, Mr. Bourgeois indicated that he was not there. I've indicated the reasons why I find his evidence unacceptable and I don't accept his explanation as to what did or didn't happen on that day and I am of the opinion that the evidence of the two complainants, as well as the civilian witnesses is-is an accurate representation of what transpired. This of course gives rise to the issue of *W.D.* since I do not accept the evidence of Mr. Bourgeois and it does not leave me with a reasonable doubt. **I have been careful, having disbelieved the alibi, not to consider this in assessing either his credibility under the second stage of the *W.D.* analysis and more importantly, whether or not the Crown has established it's case beyond a reasonable doubt.** Having not accepted his evidence and not being left with a reasonable doubt by it, **I have to consider all of the evidence that the – that it was Mr. Bourgeois in that vehicle who discharged the firearm as described by Brown, Chevarie and Ms. Wilcox, and I come to that conclusion beyond a reasonable doubt. He was the passenger in that vehicle, and he did in fact discharge the firearm on the date in question at the corner of Ludlow and Guilford,** as described by the witnesses.

[Emphasis added; Transcript, April 9, 2021, p. 34, l. 8 to p. 35, l. 6]

[35] In my opinion, there is no error in the judge's assessment of the evidence or his findings. As the Crown highlighted in its submissions to this Court, Mr. Bourgeois' testimony was both internally inconsistent, and demonstratively inconsistent with other accepted evidence. Having testified on direct examination that Mr. Arbeau had dropped him off at home between 4:10 p.m. and 4:15 p.m. and his food order was delivered by 5 p.m., he varied this account on cross-examination to being dropped off by 5:00 p.m. and the food being delivered by 5:20 p.m. Mr. Bourgeois also testified he was in Mr. Arbeau's vehicle only once when it went up Guilford Street, and he stated, emphatically, that they drove back down Guilford Street, explaining that, when they did so, he saw Mr. Brown and told Mr. Arbeau to keep driving. The surveillance recording of Guilford Street (which covered the period from 3 p.m. to 5 p.m.) shows Mr. Arbeau's vehicle going up Guilford Street on only two occasions, twenty minutes apart (at 4:37 p.m. and 4:57 p.m.), and not returning down the street at any time.



[36] Moreover, as the Crown also emphasizes, despite Mr. Bourgeois' complaints regarding the failure of the police to secure evidence that he says would have proved his alibi, the evidence to which he refers, including receipts of the food delivery and testimony of Mr. Arbeau and his girlfriend (who he said was with him and his son at the time of the shooting), was available to Mr. Bourgeois and, indeed, he was in the best position to secure and produce this evidence.

[37] I would dismiss this ground of appeal.

B. *Assertion that counsel was not competent*

[38] In *Gardiner v. R.*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, Richard J.A., as he then was, explained the basis for appellate intervention in response to a claim of ineffective assistance of counsel at trial:

It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, **a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the “effective assistance” of that counsel.** This proposition goes to the very heart of the adversarial system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of Canada recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is “derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada, and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (para. 24). **It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.**

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

[...]

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

[39] Recently, in *Smith-Kingsley v. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] N.B.J. No. 296 (QL), *per* Drapeau J.A., the Court reiterated the applicable principles:

The law on counsel ineffectiveness as a basis for appellate intervention is settled, at least for our present purposes. I distill the following principles from the jurisprudence emanating from the Supreme Court of Canada and this Court: (1) **the appellant bears the burden of demonstrating defence counsel's performance was incompetent in material respects (the performance component)**. This condition is only met if the representation is shown to be outside the realm of reasonable professional judgment; perfection is not the benchmark. Where it is determined there was no miscarriage of justice, the Court will often refrain from delving into the performance component. That said, the Court may do so where it considers the allegation of incompetence is bereft of merit and unfair to trial counsel; (2) **the appellant also bears the burden of demonstrating a miscarriage of justice occurred as a result of counsel's incompetence (the prejudice component)**; (3) a miscarriage of justice may take many forms, including procedural unfairness or verdict unreliability. **A verdict will be deemed unreliable where the Court concludes it may have been different had counsel acted competently**; (4) in assessing an allegation of ineffectiveness, **the Court must bear in mind the presumption of professional competence will stand un rebutted absent compelling evidence of malpractice.**

**Relatedly, and in the absence of evidence of that nature, the Court must abstain from second-guessing defence counsel's strategic decisions;** and (5) trial counsel is expected to provide the Court with a fulsome response to the appellant's allegation of incompetent representation in first instance. **See *Boucher v. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] N.B.J. No. 201 (QL), at paras. 14-19, where the leading cases are collected.** [Emphasis added; para. 22]

[40] Mr. Bourgeois' claim that his lawyer's assistance at trial was deficient is premised on a number of assertions. In my opinion, at least one is patently inconsistent with the record. The others do not establish there was either procedural unfairness or verdict unreliability, nor do they indicate his lawyer was incompetent in any material respect.

[41] Mr. Bourgeois advances the broad assertion that, on March 30, 2021, his lawyer would not call additional, necessary evidence in support of his defence because he was suspended from practicing law, beginning April 1, 2021. Nothing in the record supports this allegation; indeed, in my view, it is refuted by the record.

[42] After five days of trial, on March 8, 2021, the Crown closed its case, and defence counsel advised that one additional day would be required for up to potentially three defence witnesses. Court was adjourned to Monday, March 15, 2021. On March 15, Mr. Bourgeois testified, and counsel asked to call one more defence witness, on March 16. This was a police officer who had previously testified for the Crown, but was unavailable on March 15. After the officer's brief testimony on March 16, the parties made their closing submissions, and the judge reserved his decision, until March 30. The Crown submitted post-trial submissions on March 17, 2021, and March 22, 2021. Mr. Bourgeois' counsel filed his written submission on March 24, 2021.

[43] I pause here to note the post-trial submissions highlight the live issues the judge was required to consider. In its submissions, the Crown addressed the court's ability to draw an inference that a gun was fired, even if the court could not conclude the gun recovered by the search warrant was used in the shooting, and/or the absence of a

bullet to indicate a gun had been fired. The Crown also addressed the role of DNA evidence and the required analysis consistent with *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL). In the submission filed by his counsel, Mr. Bourgeois also addressed the DNA transference and the weakness in the evidence to establish that a gun had been fired. He also made submissions regarding the duty of the police to investigate and the consequences of the police's failure to do so in relation to his alibi.

[44] On March 30, the judge advised that a health issue had intervened, and it was necessary for him to adjourn to April 9, 2021. Mr. Bourgeois' trial counsel advised he could not attend on April 9, but another lawyer would be present for the decision.

[45] Nothing in this supports Mr. Bourgeois' assertion that his counsel's upcoming temporary suspension (as of April 1, 2021) had any bearing on the evidence called in his defence on March 15 or 16, 2021. On the contrary, it indicates his lawyer was not constrained by time in calling evidence or in making submissions that included a post-hearing brief.

[46] Mr. Bourgeois also asserts his lawyer was ineffective at trial because he would not:

- a) call as witnesses: (i) his mother; (ii) his co-accused, Mr. Arbeau, or (iii) Morgan Colton (he did not make the same assertion about his girlfriend, who did not testify);
- b) inquire about the police having evidence that Mr. Arbeau, his co-accused, was shopping at Marshall's at 5:15 p.m.;
- c) cross-examine police officers about: (i) testifying at a bail hearing that a bullet had been found and sent away for ballistics when this was not the case; (ii) their contaminating DNA evidence; and (iii) not following up with alibi evidence; or

- d) cross-examine Mr. Brown and Mr. Sherwood on their long criminal records or to prove they lied since the video evidence showed that Mr. Brown grabbed a weapon before Mr. Arbeau's vehicle drove past a second time (at 4:56 p.m., when the shooting occurred).

[47] Mr. Bourgeois' trial counsel filed an affidavit responding to the allegations of ineffective counsel and conflict of interest. He explained he was not Mr. Bourgeois' first lawyer and that another lawyer had represented him when he elected a trial in Provincial Court and entered a plea.

[48] His lawyer deposed generally that "each aspect of this case was addressed. Each witness that was [germane] and could testify was examined and cross examined. Even though some aspects of the case were important to Mr. Bourgeois, decisions had to be made in a tactical and strategic manner, contrary to Mr. Bourgeois' understanding. Mr. Bourgeois criticized me for not calling his mother, whom I spoke to and who had no positive [evidentiary] value."

[49] More specifically, in relation to the evidence of Mr. Bourgeois' alibi, counsel emphasized that Mr. Bourgeois' surveillance recording was lost due to a break-in before he was retained. In relation to Mr. Bourgeois' claim that there was video evidence of Mr. Arbeau being at a mall at around 5:15 p.m., which would also prove he was at home when the shooting occurred, counsel swears that all "evidence was reviewed, and this timeline was in evidence, and explored[;] this alibi defense was unable to be corroborated as Mr. Bourgeois would not permit calling Mr. Arbeau nor Mr. Bourgeois' girlfriend as witnesses. The importance and potential value of this evidence was emphasized to no avail." This later statement contradicted Mr. Bourgeois' assertion regarding his girlfriend and Mr. Arbeau.

[50] Mr. Bourgeois did not reply to this, nor did he provide any evidence from either Mr. Arbeau or his then girlfriend to indicate the essence of their evidence and

whether it would be supportive of his position, as he suggested would be the case. Mr. Bourgeois suggested his lawyer did not want to call Mr. Arbeau because he had previously represented him. His lawyer acknowledged having done so a few years before in relation to a family matter; however, it is not apparent why the prior representation would be problematic, especially since Mr. Bourgeois said that Mr. Arbeau should have been called as a defence witness, who would be helpful to his case and would not be adverse to him. Regardless, Mr. Bourgeois has not established that trial counsel was incompetent for not calling Mr. Bourgeois' girlfriend or Mr. Arbeau. Without more, in the context of the record before this Court and trial counsel's efforts on Mr. Bourgeois' behalf, it is simply not reasonable to accept the suggestion that counsel would not have made the effort to call witnesses who ostensibly were prepared to say Mr. Bourgeois was somewhere else at the time of the shooting.

[51] Mr. Bourgeois argued that Ms. Colton was not called as a witness by the Crown because she was going to lie, and he had evidence to prove it. While, at trial, Ms. Colton was identified as the mother of Mr. Brown's son, Mr. Bourgeois gave no indication how her evidence, if called, would have helped his case.

[52] Trial counsel responded to additional issues raised by Mr. Bourgeois, which counsel described as Mr. Bourgeois being concerned over "the details of the event, [and] what was said and what was not said at trial." I take this as a reference to Mr. Bourgeois' various claims that certain witnesses made statements during their testimony that were mistaken or conflicted with other evidence, which Mr. Bourgeois contends should have caused his lawyer to prove these witnesses were wrong, either by conducting a more thorough cross-examination or, in some instances, calling additional evidence. Trial counsel states that, by focusing on such minor inconsistencies in testimony at trial, Mr. Bourgeois "ignores the evidence" from the surveillance video that "corroborated the Crown evidence respecting the travel route of [Mr. Arbeau's] vehicle rather than the evidence of Mr. Bourgeois."

[53] I agree that many of the inconsistencies asserted by Mr. Bourgeois would not, even if made out, have a material bearing on the judge's findings of fact in relation to the elements of the offences with which he was convicted. For example, additional cross-examination of police officers about ballistics, the contamination of DNA evidence or the failure to investigate alibi evidence could not reasonably be expected to change the outcome of the trial. Regardless of what Mr. Bourgeois understood from a bail hearing about ballistics, the evidence at trial was that no bullet was found. The lack of a bullet was an acknowledged weakness in the Crown's case; however, it forced the Crown to otherwise prove, beyond a reasonable doubt, Mr. Bourgeois fired a gun. Additionally, the officers were cross-examined regarding the DNA evidence and the lack of an effort to secure the surveillance video before it was alleged to have been stolen. Again, both were acknowledged to be weaknesses in the Crown's case. The first caused the judge to reject the suggestion the gun recovered by search warrant (which had Mr. Bourgeois' DNA on the shell casings) was the gun fired at Guilford and Ludlow Streets. The second, as addressed above, was acknowledged to increase the risk of the Crown not being able to disprove the alibi.

[54] In sum, in relation to these issues, trial counsel largely succeeded in emphasizing or establishing weaknesses in the Crown's case; Mr. Bourgeois' assertions that trial counsel should have done more regarding them appears to reflect a belief that, if more had been done, the trial judge would have had a reasonable doubt about guilt. Based on the other evidence, that is not so.

[55] Similarly, additional cross-examination of Mr. Brown and Mr. Sherwood on their long criminal records would not have given rise to a materially increased level of scrutiny of their evidence. Mr. Brown plainly admitted his checkered history with Mr. Bourgeois and his conviction for firing a gun at Mr. Bourgeois' mother's home. The judge expressly noted they were both unsavoury witnesses:

I'm also mindful of the fact that Mr. Brown and Mr. Sherwood might be what one would consider unsavoury witnesses, again, to be polite. They both presented as

cocky, street-smart and self-assured, bordering on arrogant to some extent and I've considered that, but on the other side of the coin that brings with it the fact that they are familiar with firearms and they happen to know Mr. Bourgeois quite well. So while they may be of questionable character in some respects, it doesn't mean automatically that their evidence is not to be believed and that of course applies to everyone who testified, particularly the accused.

[Transcript, April 9, 2021, p. 33, ll. 12 to 25]

[56] The same may be said of Mr. Bourgeois' assertion that trial counsel should have caught Mr. Brown and/or Mr. Arbeau in a lie over when Mr. Brown grabbed the bat from Ms. Chevarie's vehicle. It was clear from the surveillance video this occurred after Mr. Arbeau's vehicle drove past the first time and was the finding made by the judge. Any inconsistency in the evidence of either of these witnesses was obvious to the trial judge.

[57] I will now address two other assertions made by Mr. Bourgeois. First, he maintains his trial counsel told him, "it didn't matter if [he] took a two-year plea deal because [his] co-accused (Mr. Arbeau) was only sentenced to one year and [he said] sentences must be [in] the same range;" but, "after trial he said he had it wrong because [his] co-accused pled out to a lesser charge." Mr. Bourgeois also states that this can be proved since "all lawyer call[s] are recorded on jail phones."

[58] Trial counsel swore in his affidavit that Mr. Bourgeois was "facing more serious charges" than Mr. Arbeau, and he explained that Mr. Bourgeois' previous lawyer had proposed a plea deal of two and a half years, less time served, with which he (trial counsel) and the Crown agreed; however, Mr. Bourgeois had "no interest" in a resolution "until the DNA results became available at which time [Mr. Bourgeois] advised he would accept a resolve of 2.5 years less time served but at that point the Crown (due to evidence) increased their resolve to 4 years (less time served) which Mr. Bourgeois rejected."



[59] Before us, Mr. Bourgeois implicitly suggests the advice and expectation that he could get a one-year sentence, like Mr. Arbeau, deprived him of the chance to take the two-and-a-half-year plea deal. Stated simply, this is self-serving and not credible. When the two-and-a-half-year plea deal was offered, it was apparent he was facing more serious charges, which included a five-year minimum sentence. The idea that, through a conviction following a trial, his sentence would or could align with Mr. Arbeau's one-year plea deal is contrary to common sense and, further, is contrary to the evidence of trial counsel. If Mr. Arbeau was to receive less than a five-year sentence, it would necessarily be based on a plea deal to a lesser charge. It may be that Mr. Bourgeois now wishes he took the deal, but I do not accept that he did not take it because he was given advice that following a conviction at trial his risk was a sentence similar to Mr. Arbeau's plea deal. It may have been that Mr. Bourgeois concluded he should hold out for a plea deal similar to that offered to Mr. Arbeau, but that is a different thing. Regardless, Mr. Bourgeois has not established the factual basis to support his position.

[60] Second, Mr. Bourgeois asserts his lawyer "didn't argue the mandatory minimum sentence was unconstitutional." This is advanced as a bald assertion, without any suggestion as to his basis for implicitly asserting his counsel was incompetent for not raising a constitutional challenge to the five-year minimum. Trial counsel does not comment on the issue, presumably because he did not address sentence. Moreover, the trial judge sentenced Mr. Bourgeois to seven years after considering the sentence imposed on similar offenders in similar circumstances over the minimum. The minimum sentence was not in play in Mr. Bourgeois' case.

C. *Refusal to declare a mistrial based on the Crown prosecutor having previously represented Mr. Bourgeois*

[61] After Mr. Bourgeois had been found guilty (on April 9, 2021), but before he was sentenced, his lawyer notified the judge (by letter dated April 20, 2021) that Mr. Bourgeois had recently realized the Crown prosecutor at his trial had represented him previously, in 2019, and he asserted the prosecutor had been in a conflict of interest

during his trial. The sentencing hearing was scheduled for April 22, 2021. As noted, beginning in April 2021, Mr. Bourgeois was represented by another lawyer from his trial counsel's firm.

[62] At the hearing on April 22, 2021, a different prosecutor appeared for the Crown, and Mr. Bourgeois' lawyer pressed the conflict issue. The judge decided a mistrial was not warranted based on the alleged conflict, and he denied a request for an adjournment to permit a *Charter* application to be made in relation to the alleged conflict. Mr. Bourgeois argues on appeal that the conflict meant the trial was not fair and the judge erred.

[63] Before going further, I pause to address a couple of other issues that arose at the hearing on April 22, 2021. After ruling on the alleged conflict, the judge adjourned the sentencing hearing to June 25, 2021, to give Mr. Bourgeois an opportunity to both obtain a presentence report and retain new legal counsel. Previously, on April 9, 2021, Mr. Bourgeois advised the judge he did not want a presentence report since he thought the report from his sentencing in 2019 would suffice; however, after raising the conflict issue, he requested a fresh presentence report. Additionally, he expressed a desire to choose a new lawyer, and not continue with the lawyer from his trial counsel's firm who had been provided in his place. When the matter returned for sentencing, on June 25, 2021, Mr. Bourgeois advised he had been unable to secure new counsel through legal aid, but he was prepared to proceed by continuing with the lawyer who had represented him since his trial counsel's involvement ended.

[64] When the alleged conflict was raised before the judge on April 22, 2021, neither Mr. Bourgeois nor the Crown introduced affidavit evidence; however, both stipulated to the pertinent circumstances regarding the prosecutor's representation of Mr. Bourgeois in 2019. Prior to joining the Crown, he appeared as duty counsel at Mr. Bourgeois' sentencing hearing. Mr. Bourgeois had previously pled guilty to offences, including possessing counterfeit money, with the involvement of another lawyer.

[65] Mr. Bourgeois' counsel maintained before the trial judge that the conflict had been raised as soon as possible; he explained that Mr. Bourgeois did not remember having been represented in 2019 by the Crown prosecutor. Even though the trial in the within matter began on February 17, 2021, and continued over more than seven days, with appearances into April 2021, he explained it was Mr. Bourgeois' brother who made the connection with the prosecutor, after seeing his name in a newspaper report of Mr. Bourgeois' conviction on April 9, 2021.

[66] Mr. Bourgeois expressed concern over the use of information the prosecutor would have obtained regarding his 2019 guilty plea and/or information relevant to his sentencing for that offence, including the 2019 presentence report. Although he was unable to identify what or how any such information may have been used at the trial by the prosecutor to his prejudice (in obtaining the conviction in the present matter), Mr. Bourgeois argued that the judge must infer from the prosecutor's representation that confidential information respecting his background and character had passed and was misused, citing *R. v. Lindskog*, [1997] S.J. No. 449 (QL).

[67] The judge decided the circumstances did not justify an inference that confidential information had been shared with the prosecutor and he concluded that no such relevant information had been used to the prejudice of Mr. Bourgeois. This was based on his assessment of both the prosecutor's limited representation in 2019 and the prosecutor's cross-examination of Mr. Bourgeois in the trial before him:

Would a reasonable person, looking at the circumstances of this case, feel that some how Mr. Pollabauer was in a conflict and Mr. Bourgeois could not get a fair trial with him conducting the case on behalf of the Crown. And, as I say, a fleeting involvement in Provincial Court, current Court, to speak to sentence after he's already pleaded guilty is such a fleeting involvement, if you will, with Mr. Bourgeois that it does not in my mind raise any apprehension of bias, or the possibility of bias, or the appearance, more importantly, of bias, and it's not something I'm prepared to consider at this point.

[...]

[...] the point is, that his involvement with you, in my respectful opinion, was so fleeting, that it does not give rise to an appearance of a conflict of interest, nor does it give rise for his having any information that he could use to your detriment, in the course of the trial, or more importantly on cross examining you. Heck, he didn't even question you on your record, for God's sake. I mean let's think about it for a minute here. I listened to this whole case, and I'll be perfectly candid, [the prosecutor's] here as senior Crown, I've seen better cases than this one. Certainly reached the standard proof beyond a reasonable doubt, for the offences by which you were convicted, but there's –this wasn't prosecuted with any vigor, that would give rise to any inference on my part that there was some kind of animosity, rightly or wrongly, towards you.

[Transcript April 22, 2021, p. 13, ll. 12-23 and p. 18, ll. 12 to p. 19, l. 4]

[68] The judge also observed that it was incumbent upon Mr. Bourgeois to raise the potential conflict before his trial.

[69] On appeal, the Crown maintains the judge properly concluded the circumstances did not provide a basis for inferring the prosecutor received confidential information and it emphasizes that such conflicts must generally be raised at the earliest opportunity, referencing this Court's recent explanation of the basis for the necessity of doing so, in *St. Pierre v. R.*, 2021 NBCA 48, [2021] N.B.J. No. 283 (QL):

Finally, Mr. St. Pierre claimed the Crown prosecutor had represented him in the past. If Mr. St. Pierre had concerns about this, he had an obligation to raise the issue at trial. Mr. St. Pierre did present a pre-trial motion asking the judge to recuse herself based on an apprehension of bias. The motion was denied. The fact that he is raising the prosecutor's bias for the first time on appeal, after receiving a lengthy sentence of incarceration, indicates he is displeased with the sentence and is raising this argument in an attempt to obtain a more lenient sentence.

The onus of demonstrating bias on appeal rests with the individual who asserts it (*M.A.(L.)B. v. T.J.L.*, 2021 NBCA 5, [2021] N.B.J. No. 24 (QL); and *Vautour et al. v. Her Majesty the Queen in right of the Province of New*

*Brunswick et al.*, 2021 NBCA 4, [2021] N.B.J. No. 18 (QL)). In our view, based on the jurisprudence on point, there is no evidence to support Mr. St. Pierre's contention the Crown prosecutor was biased against him.

[paras. 15-16]

[70] Lawyers have a fiduciary obligation that imposes a duty of confidentiality that is owed toward not only current clients but also former clients. Any information obtained from a client in confidence may only be used for the client's benefit. A lawyer cannot use such information against a former client. In *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649, McLachlin C.J. stated (citing *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, [1990] S.C.J. No. 41 (QL)):

[...] A lawyer cannot act in a matter where he may use confidential information obtained from a former or current client to the detriment of that client. A two-part test is applied to determine whether the new matter will place the lawyer in a conflict of interest: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of that client?: *Martin*, at p. 1260. If the lawyer's new retainer is "sufficiently related" to the matters on which he or she worked for the former client, a rebuttable presumption arises that the lawyer possesses confidential information that raises a risk of prejudice: p. 1260. [para. 24]

[71] Speaking to the issue of whether two retainers are related, Cromwell J.A. stated the following, in *Brookville Carriers Flatbed GP Inc. v. Blackjack Transport Ltd.*, 2008 NSCA 22, [2008] N.S.J. No. 94 (QL):

Whether two retainers are related must be considered in light of the underlying purpose of the inquiry. In the *MacDonald Estate* analysis, the focus is on protection of the client's confidential information. In that context, two matters will be sufficiently related to trigger the principle if, as Goudge J.A. put it in *Chapters* at para. 30, "... it is reasonably possible that the lawyer acquired confidential information pursuant to the first retainer that could be relevant to the current matter." The issue is not so much whether the subject-matter of the two retainers is the same,

but whether confidential information learned in one would be relevant to the other. Ultimately, the “overriding policy” must be “that the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur.”: *MacDonald Estate*, p. 1260. [para. 50]

[72] In my view, the trial judge did not err in concluding that, in the circumstances of this case, there was no rebuttable presumption the prosecutor acquired confidential information that was relevant to the pursuit of a conviction in the current matter. Said differently, he concluded the prosecutor did not receive relevant confidential information, which was at risk of being misused, or was in fact used, in the trial before him.

[73] Further, and perhaps more importantly, the issue of a mistrial could not be assessed by merely asking whether there was a disqualifying conflict, as though it had been raised before the trial began. Even in *Lindskog*, which Mr. Bourgeois relied upon, the court acknowledged “that the onus must be on the accused to raise any objection prior to the commencement of the trial” (at para. 21) and, on that basis, it distinguished *R. v. Foster*, [1997] B.C.J. No. 1112 (C.A.) (QL). In *Foster*, the court concluded there was no merit on appeal to an assertion that a prosecutor’s prior representation of the offender was a conflict of interest that resulted in a miscarriage of justice at trial, which the accused raised for the first time on appeal.

[74] While the issue of a conflict arising from a prior representation is almost always raised in advance of a trial and the assessment of whether there is a disqualifying conflict is made prospectively, in this case, the judge concluded, with the benefit of hindsight, that the prosecutor’s prior representation did not result in an unfair trial nor was it in the interests of justice to declare a mistrial. Even though he raised the issue after a trial that resulted in his conviction, Mr. Bourgeois was unable to identify, even speculatively, how the prosecutor’s prior representation resulted in a prejudice at the trial. As the judge noted, with the benefit of hindsight and in light of the record upon which Mr. Bourgeois was convicted, it is not at all apparent how that representation resulted in an unfair trial, or that an injustice occurred. I would dismiss this ground of appeal.

[75] Finally, Mr. Bourgeois raised with this Court, for the first time on appeal, that the Crown prosecutor had previously worked at the same firm as his trial counsel. In his affidavit, trial counsel swore the Crown prosecutor was with his firm from June 16, 2015, to May 19, 2017. Trial counsel also explained that, when the Crown prosecutor was with his firm, neither of them represented Mr. Bourgeois. Mr. Bourgeois does not identify any matter of concern arising from this connection, nor was he a client of the firm to whom a duty of loyalty was owed (see *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, at paras. 17-19).

V. Leave to Appeal Sentence

[76] Mr. Bourgeois is also seeking leave to appeal his sentence.

[77] The standard for establishing that a sentence is “demonstrably unfit” reflects the “very high threshold that applies to appellate courts when determining whether they should intervene after reviewing the fitness of a sentence” (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 52). Recently, this Court in *Frigault v. R.*, 2022 NBCA 32, [2022] N.B.J. No. 149 (QL), reaffirmed that leave to appeal a sentence “will not be granted where it is clear there is no reasonable prospect of success” (see also *Lapointe v. R.*, 2021 NBCA 46, [2021] N.B.J. No. 281 (QL), at para. 6; *St. Pierre v. R.*, 2021 NBCA 48, [2021] N.B.J. No. 283 (QL), at para. 17).

[78] The sentencing judge explained that the minimum sentence for the offence with which Mr. Bourgeois is accused is five years. However, he went on to explain the following:

[Individual] can't run around the streets of Saint John, with guns, and pull them out, and yap at people, and shoot in an attempt to scare them, or whatever. Just simply can't happen and it can't be tolerated. Now, you've got a record here that's not pretty, 7 pages, or 6 I guess, basically. There's a lot of motor vehicle things on there and a few bylaws, but there's a little bit of everything there, and it – you just don't seem to understand the situation. **So, clearly**

**the issue of public safety rears its head when we talk about the issue of sentence as well.** I agree with Mr. Bourgeois that he as he noted that in *MacKenzie*, which was a decision of Judge Rideout, made the comments I've just referred to about unbelievability of this type of crime. There was clearly a shot intentionally delivered toward somebody. In this case, as I say I found that you didn't [intend] to shoot towards them with the intent to endanger their lives, but certainly, it constitutes the offence as – as you were convicted of. It was reckless as to the safety of others that were there.

[Emphasis added; Transcript, June 25, 2021, p. 16, l. 24 to p. 17, l. 19]

[79] Moreover, in deciding a seven-year sentence was fit in the circumstances, the sentencing judge referred to three decisions that imposed a similar or a higher sentence for the same offence (see *R. v. Fredericks*, 2017 NBQB 30, [2017] N.B.J. No. 53 (QL), at para. 59; *R. v. Mackenzie*, 2006 NBQB 75, 299 N.B.R. (2d) 252, at para. 25; and *R. v. Dhaliwal*, 2018 ONSC 303, [2018] O.J. No. 278 (QL), at para. 67).

[80] The sentence imposed was demonstrably justified, and Mr. Bourgeois failed to convince me his intended appeal has any reasonable prospect of success.

## VI. Disposition

[81] For these reasons, I would dismiss the appeal and the application for leave to appeal sentence.

---



LE JUGE FRENCH

I. Introduction

- [1] Randy Bourgeois a été reconnu coupable de plusieurs infractions criminelles parce qu'il a tiré un coup de feu d'une arme de poing depuis un véhicule. Une question essentielle au procès visait le témoignage de trois personnes, qui affirmaient toutes que M. Bourgeois tenait une arme à l'extérieur de la vitre du passager avant, ce qui contredisait le témoignage de M. Bourgeois, qui soutenait qu'il avait un alibi et qu'il ne se trouvait pas dans le véhicule lorsque le coup de feu a été tiré. Le juge de première instance a rejeté la preuve d'alibi et était convaincu hors de tout doute raisonnable que, lorsque le véhicule a passé devant deux des témoins, soit James Brown et Austin Sherwood, M. Bourgeois a tiré un coup de feu à la suite d'un échange verbal animé entre eux.
- [2] M. Bourgeois interjette appel de la déclaration de culpabilité, soutenant que : (1) le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a rejeté sa preuve d'alibi parce que la police a manifestement omis de vérifier son alibi ou d'obtenir des éléments de preuve qui l'auraient étayé; (2) le procès a donné lieu à une erreur judiciaire parce que son conseiller juridique n'était pas compétent; et (3) le juge de première instance n'a pas annulé le procès même s'il avait été avisé (par M. Bourgeois après sa déclaration de culpabilité, mais avant la détermination de sa peine) que le procureur du ministère public au procès l'avait représenté auparavant et avait travaillé pour le même cabinet d'avocats que son avocat de la défense (question qui a été soulevée pour la première fois en appel).
- [3] En outre, M. Bourgeois demande l'autorisation d'appeler de la peine de sept ans et demi (moins la durée de la détention préventive) infligée par le juge de première instance.

[4] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité et la demande d'autorisation d'appel de la peine.

## II. Contexte

[5] Le coup de feu a été tiré vers 16 h 56 le 24 juin 2020 lorsque le véhicule passait devant l'entrée de l'appartement de M. Brown. L'appartement est situé au rez-de-chaussée d'un immeuble sis à l'intersection des rues Ludlow et Guilford Ouest à Saint John. L'entrée donne sur la rue Guilford. Le coup de feu a été tiré lorsque le véhicule a tourné à droite, quittant la rue Guilford pour s'engager dans la rue Ludlow.

[6] La petite amie de M. Brown, Dominique Chevarie, demeurait aussi dans l'appartement et s'y trouvait lorsque le coup de feu a été tiré, tout comme le fils de M. Brown qui avait cinq ans et qui passait l'après-midi avec eux. M. Sherwood s'y trouvait aussi et était arrivé peu avant que le coup de feu soit tiré.

[7] Bien que M. Bourgeois s'oppose au fait que le juge de première instance a rejeté sa preuve d'alibi et à la conclusion de ce dernier selon laquelle il a tiré le coup de feu, les autres faits auxquels le juge a conclu quant aux circonstances du coup de feu n'ont pas été contestés en appel.

[8] Je souligne deux faits avant de résumer les événements. D'abord, il ne s'agit pas d'un cas où des étrangers ont identifié le contrevenant. M. Brown, M<sup>me</sup> Chevarie et M. Sherwood connaissent tous M. Bourgeois. De même, ils connaissent tous Jason Arbeau, qui a été identifié comme étant le conducteur du véhicule.

[9] Ensuite, une caméra de surveillance a capté le véhicule de M. Arbeau qui montait la rue Guilford Ouest, en direction de la rue Ludlow; ce véhicule est passé devant l'entrée de l'appartement de M. Brown et de M<sup>me</sup> Chevarie à deux reprises, soit à 16 h 37, puis à 16 h 56. Comme nous le verrons ci-dessous, le juge a conclu que l'enregistrement

de surveillance étayait la preuve du ministère public et contredisait le témoignage de M. Bourgeois parce qu'il ne montrait pas que le véhicule a redescendu la rue Guilford, comme M. Bourgeois l'affirmait. La caméra se trouvait dans une fenêtre de l'appartement et était orientée en direction du parc de stationnement de l'immeuble avec vue sur la rue Guilford. La partie de l'enregistrement qui a été produite en preuve visait la période entre 15 h 30 et le coup de feu à 16 h 56.

[10] MM. Brown et Sherwood ont tous deux déclaré que la première fois que le véhicule a monté la rue Guilford, ils ont vu que M. Arbeau était au volant et sa petite amie se trouvait dans le siège du passager. Ils ont aussi vu M. Bourgeois; ce dernier était assis à l'arrière, sa vitre teintée était entrouverte d'environ deux ou trois pouces seulement, mais ils ont croisé son regard. Pendant son témoignage, M. Bourgeois a admis qu'il était assis à l'arrière du véhicule de M. Arbeau une fois lorsqu'il montait la rue Guilford (en direction de la rue Ludlow), et il a déclaré avoir vu MM. Brown et Sherwood, mais il a dit qu'il n'était pas dans le véhicule lorsque le coup de feu aurait été tiré.

[11] M. Brown a déclaré qu'après avoir vu la voiture passer une première fois, il craignait qu'il puisse y avoir une dispute et il est allé chercher un bâton de baseball dans le véhicule de M<sup>me</sup> Chevarie qui était garé dans la cour à côté de l'immeuble. Il avertit de l'enregistrement qu'il a fait cela environ deux minutes plus tard, soit à 16 h 39.

[12] Moins de 20 minutes après que le véhicule est passé la première fois, M. Sherwood est ressorti de l'appartement et a remarqué que le véhicule de M. Arbeau était garé au bas de la côte et qu'il était orienté vers le haut de la rue Guilford. Il a demandé à M. Brown de sortir et il a vu le véhicule s'éloigner du trottoir et s'avancer très rapidement vers le haut de la rue Guilford en leur direction. Il a déclaré qu'il pouvait voir M. Bourgeois, qui était maintenant assis dans le siège du passager, qui portait un gant et qui tenait une arme à l'extérieur de la vitre. MM. Brown et Sherwood ont déclaré qu'ils pouvaient voir qu'il tenait un revolver.

[13] MM. Brown et Sherwood ont dit qu'ils ont échangé des mots avec M. Bourgeois lorsque le véhicule est passé à ce moment-là. M<sup>me</sup> Chevarie est sortie de son appartement pour voir ce qui causait le vacarme; elle a déclaré avoir vu M. Bourgeois dans le siège du passager du véhicule qui braquait ce qu'elle croyait être une arme à l'extérieur de la vitre. Elle est retournée dans l'appartement et a amené le fils de M. Brown dans une chambre à coucher vers l'arrière de l'appartement pour qu'il soit en sécurité. Elle a appelé la police.

[14] De même, MM. Brown et Sherwood ont affirmé que M. Bourgeois a tiré un seul coup de feu lorsque le véhicule de M. Arbeau a tourné le coin pour s'engager sur la rue Ludlow avant de s'enfuir à toute vitesse. M. Sherwood soutient que, lorsqu'il tentait de se mettre à l'abri derrière sa voiture garée, il a vu une étincelle et de la fumée lorsque l'arme a été déchargée. Bien qu'un autre témoin croie avoir entendu deux coups de feu, MM. Sherwood et Brown étaient convaincus qu'il n'y en eut qu'un.

[15] Même si la caméra de surveillance a capté le véhicule de M. Arbeau qui montait la rue Guilford, l'image floue ne nous permet pas d'identifier les personnes qui s'y trouvaient. Cependant, nous constatons lors du deuxième passage de la voiture que le bras du passager avant est à l'extérieur et qu'il tient ce que le juge de première instance a déclaré être une arme. Comme le tronçon de la rue Guilford qui fait directement face à l'immeuble n'est pas compris dans l'enregistrement, l'échange de mots et le coup de feu n'ont pas été filmés.

[16] Trois autres personnes qui se trouvaient dans le secteur lorsque le coup de feu a été tiré ont aussi témoigné au procès. L'une d'entre elles marchait sur la rue Ludlow, en direction de la rue Guilford, lorsqu'elle a vu le véhicule et le passager avant qui braquait ce qu'elle croyait être une arme à l'extérieur de la vitre. Avant que le véhicule s'enfuit, elle a entendu un bruit qui l'a portée à croire qu'un coup de feu avait été tiré. Le témoignage des autres personnes portait sur le véhicule qui s'est enfui à toute vitesse sur la rue Ludlow et le fait qu'elles croyaient avoir entendu un coup de feu.

[17] Le gendarme Janes est le premier policier qui est arrivé sur les lieux après le coup de feu, soit vers 17 h 03. Dès le début, la police a compris que M. Bourgeois était prétendument le tireur. M. Brown a déclaré avoir reçu sur son téléphone cellulaire un appel de M. Bourgeois lorsqu'il parlait avec le gendarme Janes. Ce dernier a confirmé que le nom « Randy Bourgeois » s'est affiché comme [TRADUCTION] « identification de l'appelant » sur le téléphone cellulaire de M. Brown. Quelques minutes plus tard, ils ont vu ce qu'ils croyaient être le véhicule de M. Arbeau passer devant eux à toute vitesse sur la rue Ludlow.

[18] Le gendarme Janes a retiré la carte à mémoire de la caméra de surveillance dans l'appartement. Il a remarqué qu'il y avait un trou dans le panneau fenêtre (d'un autre locataire) de l'immeuble, trou qui, a-t-il pensé, aurait pu être causé par une balle. Cela n'a toutefois pas été confirmé et aucune balle n'a été trouvée.

[19] M. Bourgeois et sa résidence sise rue Waterloo étaient connus des policiers; ceux-ci sont arrivés sur les lieux dès 17 h 26 et ont surveillé sa résidence. Ils ont d'abord vu M. Bourgeois quitter sa résidence à 17 h 42. Ils ne l'ont pas vu entrer. M. Bourgeois soutient que cela étaye son alibi.

[20] Après 18 h, M. Bourgeois et sa petite amie ont quitté sa résidence et ils sont montés dans un véhicule avec M. Arbeau et sa propre petite amie. Peu après, la police a arrêté le véhicule et a appréhendé MM. Bourgeois et Arbeau.

[21] Après avoir reçu un tuyau d'un informateur confidentiel au sujet d'une arme, la police a obtenu un mandat de perquisition le lendemain; ce mandat visait l'appartement d'une femme situé sur la rue Castle, près de la rue Waterloo, à quelques minutes de la résidence de M. Bourgeois. Les policiers ont trouvé un revolver sous un matelas; il contenait une cartouche vide et trois cartouches/balles inutilisées. L'ADN de M. Bourgeois se trouvait sur les cartouches, mais pas sur le revolver. Il a été impossible d'établir si son ADN se trouvait sur une cartouche, plus d'une cartouche ou toutes les cartouches parce qu'un seul prélèvement a été effectué des quatre balles/cartouches. Au

procès, l'avocat de M. Bourgeois a affirmé vigoureusement qu'il n'était pas possible d'établir un lien entre M. Bourgeois et les balles, et encore moins avec le revolver, en raison d'une possibilité de transfert d'ADN. Lorsque le revolver a été trouvé, les balles ont été vidées sur le matelas ou le sommier du lit et M. Bourgeois a déclaré qu'il avait eu des rapports sexuels dans le lit quelques jours plus tôt.

[22] Ni le ministère public ni M. Bourgeois n'a appelé la locataire de l'appartement où le revolver a été trouvé à témoigner. À la demande de l'avocat de M. Bourgeois, le juge a fini par rejeter l'argument du ministère public selon lequel la preuve génétique de M. Bourgeois, de concert avec le témoignage de vive voix établissant qu'il tenait un revolver dans le véhicule de M. Arbeau, suffisaient pour établir hors de tout raisonnable que le revolver trouvé dans le cadre de la perquisition était l'arme que M. Bourgeois a déchargée sur la rue Guilford.

[23] M. Bourgeois a témoigné à l'appui de sa défense d'alibi. Lorsque les policiers l'ont interrogé peu après son appréhension, M. Bourgeois a nié qu'il se trouvait dans le véhicule de M. Arbeau lorsque le coup de feu a été tiré. Au procès, il a déclaré qu'il était à la maison avec sa petite amie et son fils. Il a dit que sa petite amie avait commandé du Poulet Frit Kentucky par l'intermédiaire de Skip the Dishes et qu'elle a utilisé sa carte bancaire pour payer parce que lui n'en avait pas. Il a affirmé devant notre Cour qu'il avait payé avec sa carte. La police n'a pas été témoin de la livraison de nourriture après 17 h 26. De même, M. Bourgeois a déclaré qu'il avait une caméra de surveillance qui pouvait prouver qu'il était à la maison et qu'il avait dit aux policiers qu'il pouvait la leur montrer. Elle n'a toutefois pas été récupérée et M. Bourgeois a déclaré que l'enregistrement a été volé quelques jours plus tard lors d'une introduction par effraction commise chez lui pendant qu'il était détenu provisoirement en prison. Bien qu'il ait dit pendant son interrogatoire principal au procès que l'introduction par effraction a été commise trois jours plus tard, il a affirmé pendant le contre-interrogatoire qu'elle a été commise une semaine plus tard.

[24] Bref, le juge de première instance a rejeté la preuve d'alibi de M. Bourgeois et a conclu qu'elle ne soulevait pas de doute raisonnable quant à la preuve produite pour démontrer qu'il se trouvait dans le véhicule de M. Arbeau. Il a conclu que M. Bourgeois a tiré un coup de feu; il a toutefois tiré cette conclusion sans retenir l'affirmation du ministère public selon laquelle il a été établi que l'arme trouvée sur la rue Castle était l'arme qui a été déchargée. Enfin, le juge a conclu que la preuve ne démontre pas que M. Bourgeois a tiré un coup de feu avec l'intention de blesser M. Brown ou M. Sherwood, ou les deux, soit l'accusation la plus grave portée contre lui :

[TRADUCTION]

Il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'incident a eu lieu à la date alléguée sur la rue Guilford à Saint John, au Nouveau-Brunswick, et il n'y a aucun doute dans mon esprit que M. Bourgeois a effectivement tiré le coup de feu, mais **la question qui se pose est celle de savoir s'il avait pris James Brown pour cible ou s'agissait-il plutôt d'une situation où il tentait d'effrayer M. Brown ou de l'intimider en quelque sorte [...]**

[...]

**[...] à mon avis, pour déclarer M. Bourgeois coupable, il faudrait que j'en arrive à la conclusion qu'il avait l'intention de mettre sa vie en danger en déchargeant le revolver braqué sur M. Brown, et j'ai un doute raisonnable quant à cette intention.**

[Soulignement et gras ajoutés; transcription, 9 avril 2021, p. 35, l. 17 à p. 36, l. 16]

[...]

Dans le cas qui nous occupe, j'en arrive à la conclusion que le fait d'avoir déchargé l'arme comme il a fait était insouciant et posait un risque à la vie et à la sécurité d'autrui; **il est donc déclaré non coupable de l'infraction prévue à l'art. 244, mais coupable de l'infraction prévue à l'art. 244.2, soit d'avoir déchargé une arme à feu sans se soucier de la vie ou la sécurité d'autrui.**

[Soulignement et gras ajoutés; transcription, 9 avril 2021, p. 38, l. 3-8]

[25] Le juge de première instance a fini par reconnaître M. Bourgeois coupable des infractions énumérées ci-dessous et a infligé les peines indiquées, moins la période purgée de 341 jours :

<b>Infraction</b>	<b>Disposition</b>	<b>Peine</b>
Décharger une arme à feu	al. 244.2(1)b)	7 ans
Défaut de se conformer à une ordonnance de probation	art. 733.1	6 mois, à purger après toute autre peine
Agression armée ou infliction de lésions corporelles	al. 267a)	Peine concurrente d'un an
Braquer une arme à feu (sur M. Brown)	art. 87	Peine concurrente d'un an
Possession non autorisée d'une arme à feu	par. 91(1)	Peine concurrente d'un an
Agression armée ou infliction de lésions corporelles	al. 267a)	Peine concurrente d'un an
Braquer une arme à feu (sur M. Sherwood)	art. 87	Peine concurrente d'un an
Port d'arme dans un dessein dangereux	art. 88	Peine concurrente d'un an

### III. Moyens d'appel

[26] M. Bourgeois affirme ce qui suit à l'égard de ses déclarations de culpabilité :

- (1) l'évaluation que le juge a faite de sa défense d'alibi n'a pas dûment tenu compte de l'omission de la police d'obtenir des éléments de preuve qui auraient étayé son alibi;
- (2) l'aide inefficace de son avocat a fait en sorte que le procès s'est soldé par une erreur judiciaire;
- (3) le juge a omis à tort de déclarer la nullité du procès même s'il l'a avisé (après sa déclaration de culpabilité, mais avant la détermination de sa peine) que le procureur au procès l'avait représenté par le passé et, dans la même veine, que le procureur avait travaillé par le passé pour le même cabinet d'avocats que son avocat au procès (question que M. Bourgeois a soulevée pour la première fois en appel).



[27] M. Bourgeois demande l'autorisation d'appeler de la peine au motif que la peine de sept ans et demi représente [TRADUCTION] « vraiment beaucoup trop de temps comparativement aux cas d'autres personnes ».

IV. Appel de la déclaration de culpabilité

A. *Assertion selon laquelle la police n'a pas obtenu une preuve d'alibi*

[28] Bien que l'omission de la police de récupérer les enregistrements de surveillance de M. Bourgeois ait été le sujet principal des observations de ce dernier en appel, M. Bourgeois n'a pas relevé d'erreur dans l'analyse menée par le juge de première instance quant à cette preuve. J'estime que l'essentiel de son argument est que, compte tenu de la rapidité avec laquelle il a avisé la police qu'il possédait un enregistrement qui prouverait sa présence à la maison lorsque le coup de feu a été tiré, le défaut de la police de récupérer cet enregistrement ou de vérifier par ailleurs son alibi aurait dû empêcher le juge de rejeter son alibi ou, à tout le moins, aurait dû susciter des doutes raisonnables chez le juge quant à la question de savoir si M. Bourgeois était présent lorsque le coup de feu a été tiré. Son avocat a avancé un argument semblable au procès.

[29] Le juge de première instance a exprimé à plusieurs reprises pendant le procès des préoccupations quant à l'omission de faire suite aux allégations de M. Bourgeois relatives à sa caméra de surveillance et à la commande passée auprès de Skip the Dishes. M. Bourgeois aurait toutefois tort de croire que la non-récupération de l'enregistrement ou le défaut de vérifier son alibi de façon générale empêcherait automatiquement le ministère public de réfuter ou de contredire sa preuve d'alibi et de démontrer les éléments des infractions reprochées.

[30] J'estime que le juge de première instance a examiné comme il se devait l'omission d'enquêter sur l'enregistrement [TRADUCTION] « perdu ». Il a dit explicitement que cela pourrait porter atteinte aux efforts déployés par le ministère public

pour réfuter ou contredire la preuve d'alibi de M. Bourgeois, notamment son témoignage selon lequel il était à la maison. Cela ressort d'un échange avec le procureur du ministère public pendant les observations finales. Pour répondre aux préoccupations que le juge avait soulevées auparavant quant à l'omission de vérifier l'allégation de M. Bourgeois selon laquelle il avait un enregistrement de surveillance, le ministère public a soutenu qu'on ne pouvait pas en tirer d'inférence défavorable, et il a renvoyé le juge de première instance à l'affaire *R. c. Levesque*, 2003 ABCA 349, [2003] A.J. No. 1480 (QL) (tout comme il l'a fait dans le mémoire déposé devant notre Cour). Cependant, le ministère public a reconnu à juste titre l'avis du juge de première instance selon lequel l'omission de vérifier l'alibi pourrait accroître le [TRADUCTION] « risque » que le ministère public ne réussisse pas à contredire l'alibi. La Cour a fait la déclaration suivante dans *R. c. Levesque* :

[TRADUCTION]

Nous rejetons l'argument de l'appelant selon lequel une inférence défavorable devrait être tirée à l'encontre du ministère public pour avoir omis de vérifier la preuve d'alibi. Il incombe au ministère public de prouver ses allégations hors de tout doute raisonnable et de réfuter toute preuve d'alibi. Le ministère public courait le risque de ne pas pouvoir contredire l'alibi de l'appelant s'il ne le vérifiait pas. Cela n'a toutefois pas porté atteinte à l'appelant, qui pouvait bénéficier de l'omission du ministère public de ne pas contredire l'alibi. La défense se trouvait dans une position aussi bonne, voire dans une meilleure position que le ministère public, pour produire des éléments de preuve supplémentaires pour étayer l'alibi.

[par. 5]

[31] Essentiellement, bien que l'omission de vérifier l'enregistrement de surveillance ou d'autres éléments de preuve concernant l'alibi de M. Bourgeois ait eu comme effet de rendre la tâche du ministère public de contredire l'alibi de M. Bourgeois plus difficile, cela n'est pas déterminant et doit être apprécié à la lumière du dossier de preuve dans son ensemble.

[32] Après avoir apprécié l'ensemble de la preuve, le juge de première instance était convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Bourgeois se trouvait dans le véhicule lorsque le coup de feu a été tiré. Cette conclusion reposait sur l'appréciation qu'a faite le juge des incohérences dans la preuve d'alibi de M. Bourgeois et la force probante des autres éléments de preuve établissant le contraire. L'appréciation du juge a commencé par un sommaire du témoignage de M. Bourgeois, qu'il a ensuite rejeté :

[TRADUCTION]

M. Bourgeois était le prochain témoin. Il a déclaré qu'il a 32 ans et qu'il demeure au 254, rue Waterloo avec son fils qui est maintenant âgé de 11 ans. Il affirme que le jour en question, il s'est levé vers midi – il aurait joué sur sa console PlayStation 4 toute la nuit – et il a mangé. **Il prétend avoir reçu du courrier vers 15 h ce jour-là et qu'il y avait quelques chèques pour un dénommé Cody Martin**, qui utilisait censément M. Bourgeois ou vivait censément avec lui; ces chèques de prestations liées à la COVID seraient arrivés et il a dit que Cody Martin manquait depuis quelques jours et il croyait savoir que M. Martin avait peut-être déménagé sur la rue Guilford. Il a déclaré avoir deux chèques de la PCU de 2 000 \$ chacun pour M. Martin. Il a affirmé que M. Martin n'avait pas de téléphone et qu'il a donc décidé de se rendre sur la rue Guilford. **Il a dit que Jason Arbeau est arrivé vers 15 h 20 – 15 h 30 et qu'ils sont partis. Il a déclaré qu'il était assis à l'arrière du véhicule, comme les autres témoins à charge l'ont dit; ils sont partis, ils se sont rendus sur la rue Guilford et l'ont montée pour remettre les chèques à M. Martin.** Il a dit qu'il est allé pour vérifier et que personne ne s'y trouvait; il a tout simplement dit au cousin de M. Martin qu'il avait ses chèques. **Ils sont partis à ce moment-là, puis ils ont redescendu la rue Guilford et ont traversé l'intersection à la rue Ludlow; il a dit avoir remarqué que trois personnes se trouvaient là. Il a reconnu James Brown, mais il ne connaissait pas les autres personnes. Lorsqu'ils montaient, a-t-il dit, il a vu deux personnes et il a dit à M. Arbeau de ne pas arrêter.** Il savait évidemment que M. Brown avait été accusé d'avoir fait feu sur la maison de sa mère, mais il lui a dit de ne pas arrêter et de continuer. **Il a dit qu'ils n'ont pas arrêté, ils sont descendus jusqu'à la place Market, ont franchi le pont Harbour, sont allés à la rue Garden et ont dépassé la**

**rue Waterloo, où il est descendu de la voiture. Il a déclaré qu'il s'y est fait déposer vers 16 h 10 – 16 h 15.** Il a affirmé que M. Arbeau allait au centre commercial pour y déposer sa petite amie ou pour aller la chercher. **Il a dit que, comme son fils voulait du Poulet Frit Kentucky, ils en ont commandé et la commande a été livrée vers 17 h; il a dit qu'il était de retour et qu'il mangeait du poulet avec son fils à compter de 17 h.** Plus tard ce soir-là, sa petite amie voulait aller acheter des produits cosmétiques au centre commercial; il a donc appelé Arbeau et il dit que ce dernier est venu. Il prétend qu'ils se sont rendus à la rue Richmond lorsque la police les a appréhendés. Il a déclaré qu'il a été appréhendé par la police à qui il a dit qu'il n'avait pas d'armes. Il affirme qu'il a été transporté au poste de police où il a divulgué ce qu'on appelle un alibi en l'espèce, soutenant qu'il avait une surveillance vidéo sur sa maison et que les policiers devraient aller chez lui pour la récupérer; il aurait aussi réclamé des tests de détection de résidus de tir. **Bien entendu, le résultat de son témoignage est qu'il s'est seulement trouvé dans le secteur à deux reprises : la première fois quand il a monté la rue Guilford pour tenter de livrer les chèques et la deuxième fois lorsqu'il est redescendu et qu'il a dit à Arbeau de ne pas arrêter. Il a déclaré qu'ils ne sont jamais allés sur la rue Ludlow et qu'il n'a jamais braqué d'arme à l'extérieur de la vitre.** Lorsqu'il a été interrogé au sujet de l'arme qui a été trouvée chez Kelsey Gillis, il a dit qu'il la connaît, qu'il l'a rencontrée dans un bar et qu'il la voyait à l'occasion dans les parages. Elle dit – il a dit qu'elle lui avait envoyé un message sur Facebook quelques jours plus tôt, ce à quoi il ne s'attendait pas. Il est allé chez elle, à quelques minutes de chez lui. Ils ont bu quelques verres, ils ont couché ensemble et ont eu des rapports sexuels dans le lit à deux places. Elle a seulement été là pendant trois ou quatre heures et il est parti. **Il a dit qu'il connaît M. Sherwood, ce qui, une fois de plus, confirme tout simplement le témoignage de M. Sherwood. Il a déclaré qu'il ne connaît pas tellement Natalie [sic] Chevarie.** Pendant le contre-interrogatoire, on lui a demandé s'il était fâché contre M. Brown pour avoir fait feu sur la maison de sa mère et s'il voulait se [TRADUCTION] « venger »; il a répondu qu'il venait censément de se faire octroyer la garde de son enfant, qu'il l'avait eu pendant quelques années et qu'il ne voulait pas s'associer à des choses qui pourraient compromettre cela, et qu'il va sans dire qu'il n'a jamais tenté de parler à

M. Brown au sujet de cet incident, encore une fois parce qu'il ne voulait pas mettre sa situation personnelle avec son fils en péril. **Pendant le contre-interrogatoire, il a affirmé fermement qu'il a seulement monté la rue Guilford pour tenter de remettre les chèques, puis il est redescendu directement et, à ce stade-ci, on a joué l'enregistrement de la rue Guilford pendant la période en cause et il ne fait aucun doute que nous voyons le Ford Escape qui monte la rue, mais nous ne le voyons pas redescendre. Nous voyons le véhicule remonter la rue à 16 h 56, la vidéo l'ayant capté une première fois lorsqu'il montait à 16 h 37.** Il est donc monté à deux reprises, la première fois sans incident, la deuxième fois avec une personne brandissant une arme à l'extérieur de la vitre. Bien entendu, il soutient qu'il n'était pas là et qu'il n'a pas tiré le coup de feu. Il est passé une fois et – ou deux, et, mais aucun incident décrit par les témoins à charge n'a eu lieu.

[Soulignement et gras ajoutés; transcription, 9 avril 2021,  
p. 21, l. 20 à p. 25, l. 12]

[33] Le juge de première instance a expliqué ainsi les motifs pour lesquels il a conclu que le témoignage de M. Bourgeois n'était pas crédible :

[TRADUCTION]

Vous voyez qu'il s'agit d'un témoignage considérable, mais il est en grande partie accessoire à **la question principale qui doit être tranchée en l'espèce, qui consiste essentiellement à déterminer si M. Bourgeois était le passager du véhicule qui est passé par l'intersection des rues Guilford et Ludlow et dont un passager a déchargé une arme à feu.** Compte tenu du témoignage de MM. Brown et Sherwood, il appert manifestement du témoignage du gendarme Janes que ces deux hommes étaient fort ébranlés lorsqu'il est arrivé sur les lieux **et qu'il a vu le nom de M. Bourgeois s'afficher sur le téléphone et pouvait entendre l'échange de cris, ce qui confirme exactement ce que M. Brown a décrit. Qui plus est, MM. Brown et Sherwood ont dit que ce véhicule Ford est passé de nouveau peu de temps après l'incident, et le gendarme a confirmé cela.** Ils ont effectivement vu le véhicule rouler à haute vitesse sur la rue Ludlow. **À la lumière du témoignage de MM. Brown et Sherwood quant à la question de savoir s'il s'agissait de M. Bourgeois qui est passé en voiture la première**

fois et les a regardés, ce que M. Bourgeois a foncièrement confirmé, bien que le temps ne corresponde pas exactement[, il] est illogique que M. Arbeau [sic] [M. Brown?] aille chercher un bâton s'il ne pensait pas que la situation entre lui et M. Bourgeois pouvait s'envenimer après que le véhicule est passé devant la – la résidence la première fois. De même, il ressort clairement du témoignage des policiers qui se trouvaient sur les lieux que MM. Brown et Sherwood étaient tous deux fort ébranlés, compte tenu du témoignage relatif à ce qui serait raisonnable et, pour ce qui est de l'identification de M. Bourgeois, ces deux hommes le connaissent et le connaissent bien. Il ne s'agit pas ici d'une identification par témoin oculaire par des personnes qui ne connaissent pas la personne visée. Il faut reconnaître qu'ils ont eu peu de temps pour observer, fait que nous devons manifestement prendre en considération lorsque nous apprécions la déposition d'un témoin oculaire, mais la connaissance de la personne que vous voyez revêt une importance qui tend à étayer leur crédibilité. Comme la marque de l'horodateur de 16 h 56 est l'heure à laquelle le véhicule est passé avec la personne dont le bras se trouvait à l'extérieur de la vitre avec ce qui semblait être une arme, le fait que M. Bourgeois était de retour chez lui à 17 h 26 n'est pas, à mon humble avis, un facteur important puisqu'il ne faut que quelques minutes pour aller de la place Market, traverser le pont Harbour, monter la rue Garden puis aller à la rue Waterloo. Il s'agit d'un trajet très, très court et l'incident est réputé être survenu à – peu avant 17 h, et c'est manifestement plus qu'assez de temps pour M. Bourgeois, qui a quitté les lieux à toute vitesse, tel qu'il appert du témoignage des témoins civils. Il va de soi qu'il aurait pu – pu être à la maison lorsque les policiers sont arrivés pour surveiller sa résidence à 17 h 26 et qu'ils l'auraient vu par la suite à l'extérieur de la maison à 17 h 42. Pour ce qui est des autres éléments de preuve qui tendent à corroborer les témoignages de MM. Brown et Sherwood, nous avons le témoignage de M<sup>me</sup> Chevarie qui, bien qu'elle soit la petite amie de M. Brown, n'a rien à reprocher à M. Bourgeois. Elle a livré un témoignage direct et raisonnable et elle m'a semblé être très franche lorsqu'elle a témoigné devant la Cour. Elle a tout simplement déclaré qu'elle a vu M. Bourgeois, qu'elle connaît, avec une arme. À ce moment-là, sa réaction a été de ramener le jeune

**Charlie vers l'arrière de la résidence pour qu'il soit en sécurité; elle n'aurait manifestement pas agi ainsi si elle n'avait pas vu l'arme en question.** L'autre volet de son témoignage que j'estime être important est sa réaction à la photo de l'arme, elle – elle ne dit pas que c'est l'arme et elle n'a pas indiqué qu'il s'agissait de l'arme en question; elle a simplement dit qu'elle ressemblait à l'arme qu'il tenait dans la main. De mon point de vue, l'ayant observée et ayant observé tous les autres témoins, elle était peut-être la plus impartiale des trois, soit elle, M. Brown et M. Sherwood, quant aux faits qui se sont produits ou non. Elle a été pas mal franche. Elle a vu M. Bourgeois avec une arme dans la main et c'est tout; elle a agrippé le jeune garçon et est retournée vers l'arrière de l'appartement. **Passons maintenant au témoignage de M. Bourgeois. La vidéo des événements qui ont eu lieu l'après-midi en cause sur la rue Guilford contredit claire – catégoriquement ce témoignage. La vidéo montre la voiture de M. Arbeau monter la rue deux fois, mais elle ne la montre jamais redescendre comme l'affirme M. Bourgeois. En conséquence, il se trouvait à 16 h 37 dans une voiture qui a monté la rue Guilford, comme le soutiennent MM. Brown et Sherwood, et il ne pouvait pas être à la maison à 16 h 30 comme il le prétend. De même, il appert de la vidéo que M. Brown est allé chercher le bâton à 16 h 39, craignant qu'une altercation survienne; nous voyons ensuite que le véhicule remonte la rue à 16 h 56 avec une personne qui a le bras à l'extérieur de la vitre.**

[Soulignement et gras ajoutés; transcription, 9 avril 2021, p. 25, l. 12 à p. 28, l. 20]

[34] Le juge de première instance a aussi expliqué pourquoi le témoignage de M. Bourgeois n'a pas suscité de doute raisonnable quant à la preuve produite par le ministère public pour démontrer qu'il se trouvait dans le véhicule de M. Arbeau et qu'il a déchargé le revolver. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

En l'espèce, M. Bourgeois a affirmé qu'il n'y était pas. J'ai donné les raisons pour lesquelles je trouve que son témoignage ne peut être retenu et je rejette ses explications relatives aux événements qui ont eu lieu ou non ce jour-là. J'estime que le témoignage des deux plaignants, ainsi que des témoins civils, est – est un exposé exact des faits qui se

sont produits. Cela soulève bien entendu la question de l'arrêt *W.D.* parce que je ne retiens pas le témoignage de M. Bourgeois et il ne laisse dans mon esprit aucun doute raisonnable. **J'ai pris soin, n'ayant pas cru l'alibi, de ne pas prendre cela en considération pour apprécier sa crédibilité à la deuxième étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *W.D.* et, plus important encore, la question de savoir si le ministère public a prouvé ou non ses allégations hors de tout doute raisonnable.** Ayant rejeté son témoignage qui n'a laissé dans mon esprit aucun doute raisonnable, **je dois tenir compte de tous les éléments de preuve selon lesquels le – que c'est M. Bourgeois dans ce véhicule qui a déchargé l'arme à feu comme l'ont indiqué M. Brown, M<sup>me</sup> Chevarie et M<sup>me</sup> Wilcox, et je tire cette conclusion hors de tout doute raisonnable. Il était le passager de ce véhicule et il a effectivement déchargé l'arme à feu à la date en question à l'intersection des rues Ludlow et Guilford,** comme les témoins l'ont décrit.

[Soulignement et gras ajoutés; transcription, 9 avril 2021,  
p. 34, l. 8 à p. 35, l. 6]

[35] À mon avis, le juge n'a commis aucune erreur dans son appréciation de la preuve ou dans ses conclusions. Comme le ministère public l'a signalé dans les observations qu'il a faites devant notre Cour, le témoignage de M. Bourgeois était incohérent sur le plan interne et manifestement incompatible avec d'autres éléments de preuve retenus. Il a déclaré lors de l'interrogatoire principal que M. Arbeau l'avait déposé à la maison entre 16 h 10 et 16 h 15 et que la nourriture qu'il avait commandée avait été livrée au plus tard à 17 h; il a modifié ses réponses lors du contre-interrogatoire, affirmant qu'il avait été déposé avant 17 h et que la nourriture avait été livrée au plus tard à 17 h 20. De plus, M. Bourgeois a déclaré qu'il n'était dans le véhicule de M. Arbeau qu'une fois lorsqu'il a monté la rue Guilford, et il a déclaré énergiquement qu'ils ont redescendu la rue Guilford, expliquant qu'il a vu M. Brown à ce moment-là et qu'il a dit à M. Arbeau de ne pas arrêter. Selon l'enregistrement de surveillance de la rue Guilford (qui vise la période allant de 15 h à 17 h), le véhicule de M. Arbeau n'a monté la rue Guilford qu'à deux reprises, à 20 minutes d'intervalle (soit à 16 h 37 et à 16 h 57); le véhicule n'a jamais redescendu la rue.



[36] Qui plus est, comme le ministère public le souligne aussi, malgré les plaintes de M. Bourgeois quant à l'omission de la police d'obtenir une preuve qui, selon ses dires, aurait prouvé son alibi, il avait accès à la preuve à laquelle il fait référence, notamment les reçus faisant état de la livraison de nourriture et le témoignage de M. Arbeau et de sa petite amie (qui, selon ses prétentions, était avec lui et son fils lorsque le coup de feu a été tiré) et, effectivement, il était le mieux placé pour obtenir et produire ces éléments de preuve.

[37] Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Assertion selon laquelle l'avocat n'était pas compétent*

[38] Dans *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 179, le juge Richard, tel était alors son titre, a expliqué le fondement de l'intervention en appel en réponse à l'allégation d'assistance inefficace de l'avocat au procès :

Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, **une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat.** Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 24). **Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.**

Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, **l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice).** Une

intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis. Tel est le cas en l'espèce.

[...]

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

[39] Récemment, dans l'affaire *Smith-Kingsley c. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] A.N.-B. n° 296 (QL), motifs du juge Drapeau, la Cour a réitéré les principes applicables :

Le droit concernant la représentation inefficace de l'avocat comme motif d'intervention en appel est établi, du moins pour nos besoins actuels. Je tire les principes suivants de la jurisprudence émanant de la Cour suprême du Canada et de notre Cour : 1) **il incombe à l'appelant de démontrer que le travail de l'avocat de la défense dénotait son incompétence à des égards importants (volet examen du travail de l'avocat)**. Cela exige d'établir que l'avocat n'a pas fait preuve de jugement professionnel raisonnable, la perfection n'étant pas le critère recherché. En l'absence d'erreur judiciaire, la Cour s'abstient souvent d'examiner le volet travail. Cela dit, la Cour peut le faire lorsqu'elle estime que l'allégation d'incompétence est dénuée de fondement et injuste à l'égard de l'avocat au procès; 2) **il incombe également à l'appelant de démontrer qu'une erreur judiciaire a résulté de l'incompétence de l'avocat (volet appréciation du préjudice)**; 3) une erreur judiciaire peut prendre diverses formes, notamment lorsque l'équité procédurale ou la fiabilité du verdict sont compromises. **Un verdict sera considéré comme non fiable si la Cour**

**conclut qu'il aurait pu être différent si l'avocat avait agi avec compétence**; 4) en évaluant une allégation de représentation inefficace, **la Cour doit garder à l'esprit que la présomption de compétence professionnelle ne sera pas réfutée en l'absence de preuve convaincante de faute professionnelle. Dans le même ordre d'idées, et en l'absence d'une telle preuve, la Cour doit s'abstenir de remettre en question les décisions stratégiques de l'avocat de la défense**; 5) on s'attend de l'avocat au procès qu'il fournisse à la Cour une réponse complète à l'allégation de représentation incompétente de l'appelant en première instance. **Voir Boucher c. R., 2021 NBCA 36, [2021] A.N.-B. n° 201 (QL), par. 14 à 19, où sont rassemblés les principaux arrêts.** [Soulignement et gras ajoutés; par. 22]

[40] L'allégation de M. Bourgeois selon laquelle l'assistance de son avocat au procès laissait à désirer repose sur nombre d'assertions. J'estime qu'au moins l'une d'entre elles est manifestement incompatible avec le dossier. Les autres n'établissent pas d'iniquité procédurale ou de non-fiabilité du verdict, et ne démontrent pas que son avocat a été incompétent à un égard important.

[41] M. Bourgeois affirme de façon générale que son avocat a refusé, le 30 mars 2021, de produire d'autres éléments de preuve nécessaires pour étayer sa défense parce qu'il a fait l'objet d'une suspension l'empêchant d'exercer le droit à compter du 1<sup>er</sup> avril 2021. Rien au dossier n'étaye cette allégation. J'estime plutôt que le dossier la réfute.

[42] Le 8 mars 2021, après cinq jours de procès, le ministère public a déclaré sa preuve close et l'avocat de la défense a annoncé qu'une journée supplémentaire serait requise pour entendre jusqu'à trois témoins de la défense. L'audience a été ajournée au lundi 15 mars 2021. M. Bourgeois a témoigné le 15 mars et son avocat a demandé de convoquer un autre témoin de la défense le 16 mars. Ce témoin était un policier qui avait témoigné auparavant pour le compte du ministère public, mais il n'était pas disponible le 15 mars. Après le bref témoignage du policier le 16 mars, les parties ont présenté leurs observations finales et le juge a mis sa décision en délibéré jusqu'au 30 mars. Le

ministère public a soumis des mémoires postérieurs au procès les 17 et 22 mars 2021. L'avocat de M. Bourgeois a déposé son mémoire le 24 mars 2021.

[43] Je m'arrête ici pour signaler que les mémoires postérieurs au procès mettent en valeur les questions litigieuses sur lesquelles le juge devait se pencher. Dans ses mémoires, le ministère public a traité de la capacité de la Cour d'inférer qu'une arme avait été déchargée, même si la Cour ne pouvait pas conclure que l'arme récupérée dans l'exécution du mandat de perquisition était celle qui avait été déchargée en l'espèce ou en l'absence d'une balle établissant qu'une arme avait été tirée. De plus, le ministère public s'est penché sur le rôle de la preuve génétique et l'analyse requise suivant *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL). M. Bourgeois a aussi abordé le transfert d'ADN et la faiblesse de la preuve étayant le coup de feu tiré d'une arme dans le mémoire produit par son avocat. En outre, il a présenté des arguments sur l'obligation de la police de vérifier son alibi et les répercussions de cette omission sur son alibi.

[44] Le 30 mars, le juge a déclaré qu'il devait ajourner l'audience jusqu'au 9 avril 2021 en raison d'un trouble de santé. L'avocat de M. Bourgeois au procès a indiqué qu'il ne pouvait pas être présent ce jour-là, mais qu'un autre avocat y serait pour le prononcé de la décision.

[45] Rien de cela n'étaye l'allégation de M. Bourgeois selon laquelle la suspension temporaire prochaine (dès le 1<sup>er</sup> avril 2021) de son avocat influait de quelque façon que ce soit sur la preuve produite à l'appui de sa défense le 15 ou le 16 mars 2021. Au contraire, cela démontre que son avocat n'était pas contraint par le temps pour produire une preuve ou présenter des observations, dont un mémoire postérieur au procès.

[46] Qui plus est, M. Bourgeois soutient que son avocat était inefficace au procès parce qu'il ne voulait pas :

- a) convoquer les témoins suivants : (i) sa mère; (ii) son coaccusé, M. Arbeau, ou (iii) Morgan Colton (il n'a pas fait cette allégation au sujet de sa petite amie, qui n'a pas témoigné);
- b) vérifier que la police avait des éléments de preuve établissant que M. Arbeau, son coaccusé, faisait des courses chez Marshalls à 17 h 15;
- c) contre-interroger les policiers au sujet de : (i) leur témoignage à l'enquête sur cautionnement selon lequel une cartouche avait été récupérée et envoyée pour une analyse balistique alors que ce n'était pas le cas; (ii) leur contamination de la preuve génétique; et (iii) leur omission de faire un suivi relativement à la preuve d'alibi;
- d) contre-interroger MM. Brown et Sherwood au sujet de leurs casiers judiciaires volumineux ou pour prouver qu'ils avaient menti puisque la vidéo montrait que M. Brown s'était emparé d'une arme avant que le véhicule de M. Arbeau passe la seconde fois (à 16 h 56, lorsque le coup de feu a été tiré).

[47] L'avocat de M. Bourgeois au procès a produit un affidavit pour donner suite aux allégations de représentation inefficace et de conflit d'intérêts. Il a expliqué qu'il n'était pas le premier avocat de M. Bourgeois et qu'un autre avocat l'avait représenté lorsqu'il a choisi un procès devant la Cour provinciale et a inscrit un plaidoyer.

[48] Son avocat a déclaré de façon générale que [TRADUCTION] « chaque volet de la présente affaire a été abordé. Chaque témoin [pertinent] qui pouvait témoigner a été interrogé puis contre-interrogé. Même si certains volets de l'affaire étaient importants pour M. Bourgeois, des décisions devaient être prises de façon tactique et stratégique, ce que M. Bourgeois ne comprenait pas. M. Bourgeois m'a critiqué parce que

je n'ai pas convoqué sa mère, à qui j'ai parlé et qui n'apportait aucune valeur [probante] favorable. »

[49] Plus particulièrement, en ce qui a trait à la preuve relative à l'alibi de M. Bourgeois, l'avocat a fait valoir que l'enregistrement de surveillance de M. Bourgeois a été perdu lors d'une introduction par effraction commise avant que ses services soient retenus. S'agissant de l'allégation de M. Bourgeois quant à l'existence d'une vidéo montrant que M. Arbeau se trouvait à un centre commercial vers 17 h 15, ce qui établirait aussi qu'il était à la maison lorsque le coup de feu a été tiré, l'avocat déclare sous serment que [TRADUCTION] « tous les éléments de preuve ont été examinés et cette chronologie a été soumise en preuve et étudiée[;] cette défense d'alibi n'a pu être corroborée parce que M. Bourgeois ne nous a pas autorisés à convoquer sa petite amie ou M. Arbeau à témoigner. L'importance et la valeur éventuelle de ces témoignages ont été invoquées en vain. » Cette dernière déclaration contredit l'affirmation de M. Bourgeois relativement à sa petite amie et à M. Arbeau.

[50] M. Bourgeois n'a pas donné suite à cela et il n'a pas produit d'éléments de preuve provenant de M. Arbeau ou de sa petite amie à l'époque quant à l'essentiel de leur témoignage et à la question de savoir s'il étayerait sa position, comme il le laissait entendre. M. Bourgeois a laissé entendre que son avocat ne voulait pas appeler M. Arbeau à témoigner parce qu'il l'avait représenté dans le passé. Son avocat a admis qu'il l'avait représenté quelques années auparavant dans le cadre d'une affaire familiale. Nous ne voyons toutefois pas pourquoi la représentation antérieure poserait problème, surtout que M. Bourgeois a affirmé que M. Arbeau aurait dû être convoqué comme témoin de la défense, ce qui l'aurait aidé et ne lui aurait pas nuï. Quoi qu'il en soit, M. Bourgeois n'a pas démontré que l'avocat au procès était incompétent parce qu'il n'a pas convoqué la petite amie de M. Bourgeois ou M. Arbeau. En l'absence d'autres renseignements et à la lumière du dossier déposé auprès de notre Cour et des efforts que l'avocat au procès a déployés pour le compte de M. Bourgeois, il est tout simplement déraisonnable de retenir l'allégation que l'avocat ne se serait pas efforcé de convoquer

des témoins qui étaient prétendument disposés à déclarer que M. Bourgeois se trouvait ailleurs lorsque le coup de feu a été tiré.

[51] M. Bourgeois fait valoir que le ministère public n'a pas convoqué M<sup>me</sup> Colton à témoigner parce qu'elle allait mentir et qu'il en avait la preuve. Même si M<sup>me</sup> Colton a été identifiée au procès comme étant la mère du fils de M. Brown, M. Bourgeois n'a pas démontré comment son témoignage l'aurait aidé si elle avait été convoquée.

[52] L'avocat au procès a donné suite à d'autres questions que M. Bourgeois a soulevées, que l'avocat a décrites comme étant des préoccupations de son client quant aux [TRADUCTION] « détails relatifs à l'incident [et] à ce qui a été dit, ou non, au procès ». Je considère cela comme une référence aux diverses allégations de M. Bourgeois selon lesquelles certains témoins ont fait dans le cadre de leur témoignage des déclarations qui étaient erronées ou qui contredisaient d'autres éléments de preuve; selon M. Bourgeois, cela aurait dû inciter son avocat à prouver que ces témoins avaient tort, soit en se livrant à un contre-interrogatoire plus approfondi, soit, dans certains cas, en produisant d'autres éléments de preuve. L'avocat au procès prétend que M. Bourgeois, qui s'attache à ces contradictions mineures des témoignages au procès, [TRADUCTION] « fait abstraction de la preuve » provenant de la vidéo de surveillance qui [TRADUCTION] « corrobore la preuve du ministère public quant à la route qu'a emprunté le véhicule de [M. Arbeau] plutôt que la preuve de M. Bourgeois ».

[53] Je reconnais que bon nombre des contradictions que M. Bourgeois a soulevées n'auraient pas influé considérablement, même si elles étaient bien fondées, sur les conclusions de fait du juge relativement aux éléments des infractions dont il a été reconnu coupable. Par exemple, on ne pourrait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'un contre-interrogatoire plus approfondi des policiers au sujet de l'analyse balistique, de la contamination de la preuve génétique ou de l'omission de vérifier la preuve d'alibi modifie l'issue du procès. Peu importe ce que M. Bourgeois a compris à l'enquête sur cautionnement au sujet de l'analyse balistique, il ressort de la preuve produite au procès

qu'aucune balle n'a été récupérée. On a reconnu que l'absence de balle constituait une faiblesse de la preuve du ministère public. Cela a toutefois obligé le ministère public à s'efforcer de prouver autrement, hors de tout doute raisonnable, que M. Bourgeois a déchargé une arme. En outre, les policiers ont été contre-interrogés au sujet de la preuve génétique et de l'absence d'efforts déployés pour récupérer la vidéo de surveillance avant qu'elle soit volée. Une fois de plus, on a reconnu qu'il s'agissait de faiblesses de la preuve du ministère public. En raison de la première faiblesse, le juge a rejeté la prétention que l'arme récupérée de l'exécution du mandat de perquisition (et dont les cartouches contenaient l'ADN de M. Bourgeois) était l'arme qui a été déchargée à l'intersection des rues Guilford et Ludlow. Comme je l'ai indiqué précédemment, la deuxième faiblesse a augmenté le risque que le ministère public ne réussisse pas à contredire l'alibi.

[54] En résumé, l'avocat au procès a en grande partie réussi à signaler ou à établir des faiblesses dans la preuve du ministère public à l'égard de ces questions. Les allégations de M. Bourgeois selon lesquelles l'avocat au procès aurait dû en faire davantage à cet égard semblent refléter sa croyance que, s'il en avait fait davantage, le juge de première instance aurait eu un doute raisonnable quant à la culpabilité. Compte tenu des autres éléments de preuve, ce n'est pas le cas.

[55] De même, un contre-interrogatoire approfondi de MM. Brown et Sherwood au sujet de leurs casiers judiciaires volumineux n'aurait pas donné lieu à un examen considérablement plus rigoureux de leurs témoignages. M. Brown a clairement reconnu entretenir une relation houleuse avec M. Bourgeois et avoir une déclaration de culpabilité pour avoir tiré un coup de feu en direction de la maison de la mère de M. Bourgeois. Le juge a expressément déclaré qu'ils étaient tous deux des témoins douteux :

[TRADUCTION]

Je garde aussi à l'esprit le fait que MM. Brown et Sherwood pourraient être ce que l'on considère comme étant des témoins douteux, pour être poli. Ils sont tous deux prétentieux, futés et sûrs d'eux-mêmes, arrogants à la



limite, et j'en ai tenu compte, mais, d'un autre côté, ils connaissent les armes à feu et ils connaissent très bien M. Bourgeois. Alors, bien qu'ils aient un caractère douteux à certains égards, cela ne signifie pas nécessairement que leur témoignage n'est pas crédible et cela s'applique, bien entendu, à tous ceux qui ont témoigné, particulièrement l'accusé. [Transcription, 9 avril 2021, p. 33, l. 12 à 25]

[56] Il en est de même pour l'assertion de M. Bourgeois selon laquelle l'avocat au procès aurait dû prendre M. Brown ou M. Arbeau, ou les deux, à mentir au sujet du moment où M. Brown est allé prendre le bâton dans le véhicule de M<sup>me</sup> Chevarie. Il appert clairement de la vidéo de surveillance que cela est survenu après que le véhicule de M. Arbeau est passé la première fois et il s'agit de la conclusion que le juge a tirée. Toute contradiction dans le témoignage de l'un ou l'autre de ces témoins était évidente aux yeux du juge de première instance.

[57] Je me penche maintenant sur deux autres assertions faites par M. Bourgeois. D'abord, il prétend que son avocat au procès lui a dit qu'il [TRADUCTION] « importait peu s'[il] acceptait une peine de deux ans en échange d'un plaidoyer de culpabilité parce que [son] coaccusé (M. Arbeau) a seulement été condamné à une peine d'un an et [il a dit] que les peines doivent être [dans] la même fourchette; » mais [TRADUCTION] « après le procès il a dit qu'il s'était trompé parce que [son] coaccusé a plaidé coupable à une accusation moindre ». M. Bourgeois a aussi déclaré que cela peut être prouvé parce que [TRADUCTION] « tous les appels avec les avocats sont enregistrés en prison ».

[58] L'avocat au procès a déclaré sous serment dans son affidavit que M. Bourgeois [TRADUCTION] « faisait face à des accusations plus graves » que M. Arbeau, et il a expliqué que l'avocat antérieur de M. Bourgeois avait proposé de négocier un plaidoyer de culpabilité en échange d'une peine de deux ans et demi, moins la période purgée, et lui (l'avocat au procès) et le ministère public étaient d'accord; cependant, M. Bourgeois n'était [TRADUCTION] « aucunement intéressé » à un règlement [TRADUCTION] « avant que les résultats de l'analyse génétique soient

disponibles et, à ce moment-là, [M. Bourgeois] a déclaré qu'il accepterait un règlement de deux ans et demi, moins la période purgée, mais à ce stade-là le ministère public a augmenté (en raison de la preuve) son offre de règlement à quatre ans (moins la période purgée), peine que M. Bourgeois a rejetée ».

[59]                   Devant nous, M. Bourgeois laisse entendre que les conseils reçus et l'attente qu'il obtienne une peine d'un an comme M. Arbeau l'ont privé de l'occasion d'accepter la proposition d'une peine de deux ans et demi en échange d'un plaidoyer de culpabilité. Très simplement, il s'agit d'une déclaration intéressée qui n'est pas crédible. Lorsque la peine de deux ans et demi en échange d'un plaidoyer de culpabilité lui a été offerte, il était évident qu'il faisait face à des accusations plus graves qui comportaient une peine minimale de cinq ans. L'idée que la peine infligée à la suite d'une déclaration de culpabilité à l'issue d'un procès concorderait, ou pourrait concorder, avec la peine négociée d'un an de M. Arbeau est contraire au bon sens et, qui plus est, va à l'encontre du témoignage de l'avocat au procès. Si une peine de moins de cinq ans devait être infligée à M. Arbeau, elle serait nécessairement fonction de la négociation d'un plaidoyer relativement à une accusation moins grave. Il se peut que M. Bourgeois souhaite maintenant avoir accepté la peine proposée en échange d'un plaidoyer de culpabilité, mais je ne retiens pas l'argument voulant qu'il l'ait refusé parce qu'il a reçu des conseils selon lesquels il pouvait se faire imposer, à la suite d'une déclaration de culpabilité à l'issue du procès, une peine semblable à celle négociée par M. Arbeau. Il se peut que M. Bourgeois ait conclu qu'il devrait attendre qu'on lui offre une peine semblable à celle offerte à M. Arbeau, mais cela n'est pas la même chose. Quoi qu'il en soit, M. Bourgeois n'a pas démontré le fondement factuel pour étayer sa thèse.

[60]                   Deuxièmement, M. Bourgeois affirme que son avocat [TRADUCTION] « n'a pas soutenu que la peine minimale obligatoire n'est pas constitutionnelle ». Il s'agit d'une simple assertion; il n'a avancé aucun fondement pour laisser entendre que son avocat était incompetent parce qu'il n'a pas soulevé de contestation constitutionnelle de la peine minimale de cinq ans. L'avocat au procès n'a pas fait d'observation à cet égard, vraisemblablement parce qu'il n'a pas abordé la peine. De plus, le juge de première

instance a infligé une peine de sept ans à M. Bourgeois après avoir pris en considération la peine infligée à des délinquants semblables dans des circonstances semblables en sus du minimum. La peine minimale n'était pas engagée dans le cas de M. Bourgeois.

C. *Refus de déclarer la nullité du procès parce que le procureur du ministère public avait déjà représenté M. Bourgeois*

[61] Après que M. Bourgeois a été reconnu coupable le 9 avril 2021, mais avant le prononcé de sa peine, l'avocat de M. Bourgeois a avisé le juge dans une lettre datée du 20 avril 2021 que son client avait récemment constaté que le procureur du ministère public qui a participé à son procès l'avait représenté en 2019; il soutient que le procureur du ministère public était en situation de conflit d'intérêts pendant le procès. L'audience de détermination de la peine avait été fixée au 22 avril 2021. Comme nous l'avons signalé, à compter du mois d'avril 2021, M. Bourgeois était représenté par un autre avocat du cabinet de son avocat au procès.

[62] À l'audience tenue le 22 avril 2021, un autre procureur a comparu pour le ministère public et l'avocat de M. Bourgeois a insisté sur la question du conflit d'intérêts. Le juge a conclu qu'une déclaration de nullité du procès n'était pas justifiée en raison du prétendu conflit et il a rejeté la demande d'ajournement pour qu'une demande fondée sur la *Charte* puisse être présentée à l'égard du prétendu conflit. M. Bourgeois soutient en appel que le conflit signifiait que le procès n'était pas équitable et que le juge avait commis une erreur.

[63] Avant d'aller plus loin, je vais prendre quelques instants pour traiter de quelques questions qui ont été soulevées à l'audience tenue le 22 avril 2021. Après s'être prononcé sur le prétendu conflit, le juge a ajourné l'audience de détermination de la peine au 25 juin 2021 pour permettre à M. Bourgeois d'obtenir un rapport présentiel et de retenir les services d'un nouvel avocat. M. Bourgeois avait dit au juge le 9 avril 2021 qu'il ne voulait pas de rapport présentiel parce qu'il croyait que le rapport lié à la détermination de sa peine en 2019 serait suffisant. Cependant, il a demandé un nouveau

rapport présentenciel après avoir soulevé la question du conflit d'intérêts. En outre, M. Bourgeois a déclaré vouloir retenir les services d'un nouvel avocat et ne pas continuer à se faire représenter par l'avocat remplaçant du même cabinet que son avocat au procès. Lors de la détermination de la peine le 25 juin 2021, M. Bourgeois a déclaré qu'il n'avait pas réussi à retenir les services d'un nouvel avocat par l'aide de l'aide juridique, mais qu'il était prêt à continuer avec l'avocat qui l'avait représenté depuis la fin de la relation avec son avocat au procès.

[64] Lorsque le prétendu conflit a été soulevé devant le juge le 22 avril 2021, ni M. Bourgeois ni le ministère public n'a produit de preuve par affidavit; les deux parties ont toutefois parlé des circonstances pertinentes concernant les services de l'avocat dispensés à M. Bourgeois en 2019. Avant de se joindre au ministère public, il avait comparu à titre d'avocat de service à l'audience de détermination de la peine de M. Bourgeois. Ce dernier avait plaidé coupable auparavant à des infractions, dont la possession de monnaie contrefaite, avec l'aide d'un autre avocat.

[65] L'avocat de M. Bourgeois a affirmé devant le juge de première instance que le conflit a été signalé le plus tôt possible; il a dit que M. Bourgeois ne se souvenait pas d'avoir été représenté par le procureur du ministère public en 2019. Même si le procès en l'espèce a commencé le 17 février 2021 et s'est déroulé pendant plus de sept jours, avec des comparutions en avril 2021, il soutient que c'est le frère de M. Bourgeois qui a fait le lien avec le procureur lorsqu'il a vu son nom dans un article de journal faisant état de la déclaration de culpabilité de M. Bourgeois le 9 avril 2021.

[66] M. Bourgeois s'est dit préoccupé par l'utilisation de renseignements que le procureur aurait obtenus quant à son plaidoyer de culpabilité en 2019 ou à des renseignements relatifs à la peine qui lui a été infligée pour cette infraction, notamment le rapport présentenciel de 2019. Bien qu'il n'ait pas pu préciser de quels renseignements il s'agissait ou indiquer comment le procureur aurait pu utiliser ces renseignements à son détriment au procès (pour qu'il soit reconnu coupable en l'espèce), M. Bourgeois a soutenu que le juge doit inférer de la représentation du procureur que des renseignements

confidentiels concernant ses antécédents et sa moralité avaient été obtenus et fait l'objet d'un mauvais usage, invoquant l'affaire *R. c. Lindskog*, [1997] S.J. No 449 (QL).

[67] Le juge a conclu que les circonstances ne justifiaient pas de tirer une inférence selon laquelle des renseignements confidentiels avaient été communiqués au procureur et qu'aucun renseignement pertinent n'avait été utilisé au détriment de M. Bourgeois. Ces conclusions reposent sur son appréciation de la représentation limitée du procureur en 2019 et du contre-interrogatoire auquel le procureur a assujéti M. Bourgeois dans le procès qui s'est déroulé devant lui :

[TRADUCTION]

Est-ce qu'une personne raisonnable, qui examine les circonstances de l'espèce, estimerait dans une certaine mesure que M. Pollabauer se trouverait dans une situation de conflit d'intérêts et que M. Bourgeois ne bénéficierait pas d'un procès équitable si M. Pollabauer dirigeait l'affaire pour le compte du ministère public ? Et, comme je l'affirme, une participation brève devant la Cour provinciale, notre Cour, pour se prononcer sur la peine après qu'il a plaidé coupable est une participation si brève, si vous le voulez, auprès de M. Bourgeois que cela ne soulève pas dans mon esprit de crainte de partialité, ou la possibilité de partialité ou, plus important encore, l'apparence de partialité, et ce n'est pas quelque chose que je suis disposé à examiner à ce stade-ci.

[...]

[...] ce que je dis, c'est que son rôle à votre égard était, à mon humble avis, si bref qu'il n'entraîne pas d'apparence de conflit d'intérêts et ne fait pas en sorte qu'il ait des renseignements qu'il pourrait utiliser à votre détriment dans le cadre du procès ou, plus important encore, lorsqu'il vous contre-interroge. En fait, il ne vous a même pas posé de questions au sujet de votre casier judiciaire, pour l'amour du ciel. Pensons-y un instant. J'ai entendu toute l'affaire et je vais être très honnête, [le procureur] est ici en tant que procureur principal du ministère public, j'ai vu de meilleures affaires que celle-ci. Il a manifestement satisfait à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable à l'égard des infractions dont vous avez été reconnu coupable, mais il y a – ce n'était pas une poursuite acharnée, qui donnerait lieu à une inférence de ma part

selon laquelle il y avait une animosité, à tort ou à raison, à votre égard.

[Transcription, 22 avril 2021, p. 13, l. 10-23 et p. 18, l. 12 à p. 19, l. 4]

[68] De même, le juge a déclaré qu'il incombait à M. Bourgeois de soulever la question du conflit d'intérêts éventuel avant le procès.

[69] En appel, le ministère public soutient que le juge a conclu à juste titre que les circonstances ne permettaient pas d'inférer que le procureur avait obtenu des renseignements confidentiels et fait valoir que de tels conflits d'intérêts doivent généralement être soulevés dès que possible, invoquant l'explication que notre Cour a donnée récemment quant à la nécessité d'agir ainsi dans *St. Pierre c. R.*, 2021 NBCA 48, [2021] A.N.-B. n° 283 (QL) :

Finale­ment, M. St. Pierre a soutenu que la substitut du procureur général l'avait représenté dans le passé. Si M. St. Pierre avait des préoccupations à ce sujet, il avait l'obligation de soulever cette question au procès. M. St. Pierre a présenté une motion préalable au procès sollicitant la récusation de la juge en raison d'une crainte de partialité. La motion a été rejetée. Le fait qu'il soulève la partialité de la poursuivante pour la première fois en appel, après s'être vu infliger une lourde peine d'emprisonnement, indique qu'il est mécontent de la peine et qu'il soulève cet argument afin d'obtenir une peine plus légère.

Il incombe à la partie qui allègue la partialité en appel de la démontrer (*M.A.(L.)B. c. T.J.L.*, 2021 NBCA 5, [2021] A.N.-B. n° 24 (QL); et *Vautour et autre c. Sa Majesté la Reine du chef de la Province du Nouveau-Brunswick et autre*, 2021 NBCA 4, [2021] A.N.-B. n° 18 (QL)). À notre avis, compte tenu de la jurisprudence pertinente, il n'y a aucune preuve pour appuyer l'allégation de M. St. Pierre selon laquelle la substitut du procureur général était partielle envers lui. [par. 15 et 16]

[70] Les avocats ont une obligation fiduciaire qui leur impose un devoir de confidentialité non seulement envers leurs clients actuels, mais aussi envers leurs anciens clients. Les renseignements obtenus de manière confidentielle d'un client ne peuvent être

utilisés qu'à son avantage. Un avocat ne peut pas utiliser ces renseignements au détriment d'un ancien client. Dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649, la juge en chef McLachlin a affirmé ce qui suit (citant *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, [1990] A.C.S. n° 41 (QL)) :

[...] Un avocat ne peut agir dans un dossier dans lequel il peut utiliser des renseignements confidentiels obtenus d'un ancien client ou d'un client actuel au détriment de ce client. On applique un critère à deux volets pour déterminer si le nouveau dossier placera l'avocat en situation de conflit d'intérêts : (1) L'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? (2) Y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? : *Martin*, p. 1260. L'existence d'une « connexité suffisante » entre le nouveau mandat de l'avocat et les dossiers auxquels il a travaillé pour le compte de l'ancien client fait intervenir une présomption réfutable que l'avocat dispose de renseignements confidentiels susceptibles de causer un préjudice : p. 1260. [par. 24]

[71] Pour ce qui est de la question de savoir si deux contrats de services juridiques sont liés, le juge Cromwell s'est ainsi exprimé dans *Brookville Carriers Flatbed GP Inc. c. Blackjack Transport Ltd.*, 2008 NSCA 22, [2008] N.S.J. No. 94 (QL) :

[TRADUCTION]

La question de savoir si deux contrats de services juridiques sont liés doit être examinée à la lumière de l'objet sous-jacent de l'enquête. Dans l'analyse de l'affaire *Succession MacDonald*, l'accent est mis sur la protection des renseignements confidentiels du client. Dans ce contexte, deux questions seront suffisamment liées pour donner lieu à l'application du principe si, comme le juge Goudge l'a dit au par. 30 de l'affaire *Chapters*, « ... il est raisonnablement possible que l'avocat ait acquis des renseignements confidentiels dans le cadre du premier contrat de services juridiques qui pourraient être pertinents en l'espèce ». La question n'est pas tant celle de savoir si l'objet des deux contrats de services juridiques est le même que celle de savoir si les renseignements confidentiels obtenus dans une affaire seraient pertinents dans l'autre. En

dernier ressort, la « ligne directrice primordiale » doit être qu'« une personne raisonnablement informée [sera convaincue] qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » : *Succession MacDonald*, p. 1260. [par. 50]

[72] J'estime que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu qu'il n'y avait pas, dans les circonstances de l'espèce, de présomption réfutable selon laquelle le procureur avait obtenu des renseignements confidentiels qui étaient pertinents pour obtenir une déclaration de culpabilité dans le cas qui nous occupe. Autrement dit, il a conclu que le procureur n'a pas obtenu de renseignements confidentiels pertinents qui risquaient de faire l'objet d'un mauvais usage ou qui ont effectivement été employés dans le cadre du procès tenu devant lui.

[73] De plus, et un fait sans doute plus important encore, la question de la nullité du procès ne pouvait pas être appréciée tout simplement en demandant s'il y avait ou non un conflit d'intérêts emportant l'incapacité, comme s'il avait été soulevé avant le début du procès. Même dans l'affaire *Lindskog*, que M. Bourgeois a invoquée, la Cour a reconnu que [TRADUCTION] « le fardeau incombe à l'accusé de soulever toute opposition avant le début du procès » (par. 21) et, pour cette raison, il a opéré une distinction avec l'affaire *R. c. Foster*, [1997] B.C.J. No. 1112 (C.A.) (QL). Dans l'arrêt *Foster*, la Cour a conclu que l'assertion selon laquelle la représentation antérieure du contrevenant par le procureur constituait un conflit d'intérêts donnant lieu à une erreur judiciaire au procès, que l'accusé a soulevée pour la première fois en appel, n'était pas fondée en appel.

[74] Bien que la question d'un conflit d'intérêts découlant d'une représentation antérieure soit presque toujours soulevée avant la tenue du procès et que l'appréciation de la question de savoir s'il y a un conflit d'intérêts emportant l'incapacité soit effectuée par la suite, le juge en l'espèce a conclu, avec l'avantage du recul, que la représentation antérieure du procureur n'a pas donné lieu à un procès inéquitable et qu'il n'était pas dans l'intérêt de la justice de déclarer la nullité du procès. Même s'il a soulevé la question après le procès qui a donné lieu à sa déclaration de culpabilité, M. Bourgeois n'a



pu indiquer, même en avançant des hypothèses, comment la représentation antérieure du procureur a entraîné un préjudice au procès. Comme le juge l'a signalé, avec l'avantage du recul et à la lumière du dossier sur le fondement duquel M. Bourgeois a été déclaré coupable, on verrait mal comment cette représentation a abouti à un procès inéquitable ou une erreur judiciaire a été commise. Je rejette ce moyen d'appel.

[75] Enfin, M. Bourgeois a soulevé auprès de la Cour, pour la première fois en appel, le fait que le procureur du ministère public avait travaillé auparavant au sein du même cabinet d'avocats que son avocat au procès. Dans son affidavit, l'avocat au procès a déclaré sous serment que le procureur du ministère public avait travaillé auprès de son cabinet du 16 juin 2015 au 19 mai 2017. L'avocat au procès a aussi affirmé que ni lui ni le procureur du ministère public n'avait représenté M. Bourgeois lorsque le procureur travaillait au sein de son cabinet. M. Bourgeois n'a pas soulevé de sujet de préoccupation découlant de ce lien et il n'était pas un client du cabinet qui bénéficiait d'une obligation de loyauté (voir *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, par. 17 à 19).

V. Demande d'autorisation d'appel de la peine

[76] M. Bourgeois demande aussi l'autorisation d'appeler de sa peine.

[77] La norme appliquée pour établir qu'une peine est « manifestement non indiquée » reflète le « seuil très élevé que doivent respecter les cours d'appel afin de déterminer si elles doivent intervenir suivant leur examen de la justesse d'une peine » (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 52). Notre Cour a récemment réitéré, dans *Frigault c. R.*, 2022 NBCA 32, [2022] A.N.-B. n° 149 (QL), que l'autorisation d'appeler d'une peine « ne sera pas accordée lorsqu'il est évident qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que l'appel soit accueilli » (voir aussi *Lapointe c. R.*, 2021 NBCA 46, [2021] A.N.-B. n° 281 (QL), par. 6; *St. Pierre c. R.*, 2021 NBCA 48, [2021] A.N.-B. n° 283 (QL), par. 17).

[78] Le juge chargé de déterminer la peine a expliqué que la peine minimale pour l'infraction dont M. Bourgeois est accusé est de cinq ans. Il a toutefois affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

[Un particulier] ne peut pas se promener dans les rues de Saint John avec des armes et les sortir en jacassant puis en faisant feu sur des gens pour tenter de les effrayer, ou peu importe. Cela ne peut tout simplement pas se produire et ne peut pas être toléré. Bon, vous avez un casier judiciaire qui n'est pas négligeable, 7 pages ou 6 je suppose. Il y a bien des choses liées à des véhicules à moteur et quelques arrêtés, mais il contient un peu de tout et il – vous ne semblez tout simplement pas comprendre la situation. **Donc, la question de la sécurité publique surgit manifestement lorsque nous abordons aussi la question de la peine.** Je suis d'accord avec M. Bourgeois pour dire que, comme il l'a signalé dans l'affaire *MacKenzie*, décision du juge Rideout, il a fait les commentaires auxquels j'ai fait référence quant à l'in vraisemblance de ce type de crime. De toute évidence, un coup de feu a été tiré intentionnellement vers quelqu'un. En l'espèce, comme j'ai dit, j'ai conclu que vous n'aviez pas [l'intention] de faire feu sur eux dans le but de mettre leur vie en danger, mais cela constitue nettement l'infraction dont – dont vous avez été reconnu coupable. Vous ne vous souciez pas de la vie ou de la sécurité des autres qui s'y trouvaient.

[Soulignement et gras ajoutés; transcription, 25 juin 2021, p. 16, l. 24 à p. 17, l. 19]

[79] Qui plus est, lorsqu'il a décidé qu'une peine de sept ans était indiquée dans les circonstances, le juge chargé de déterminer la peine a renvoyé à trois décisions dans lesquelles une peine semblable ou plus sévère a été infligée pour la même infraction (voir *R. c. Fredericks*, 2017 NBBR 30, [2017] A.N.-B. n° 53 (QL), par. 59; *R. c. Mackenzie*, 2006 NBQB 75, 299 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 252, par. 25; et *R. c. Dhaliwal*, 2018 ONSC 303, [2018] O.J. No. 278 (QL), par. 67).

[80] La peine infligée était manifestement justifiée, et M. Bourgeois n'a pas réussi à me convaincre qu'il existe une possibilité raisonnable que l'appel éventuel soit accueilli.

VI. Dispositif

[81] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel et la demande d'autorisation d'appel de la peine.