

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

39-23-CA

JODY OZOLINS

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

Ozolins v. R., 2024 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LeBlanc

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 4, 2023 (conviction)
May 5, 2023 (sentencing)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 18, 2024

Judgment rendered:
January 18, 2024

Reasons delivered:
April 11, 2024

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlanc

JODY OZOLINS

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Ozolins c. R., 2024 NBCA 51

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlanc

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 4 mai 2023 (déclaration de culpabilité)
le 5 mai 2023 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 18 janvier 2024

Jugement rendu :
le 18 janvier 2024

Motifs déposés :
le 11 avril 2024

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlanc

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Ben Reentovich

Pour l'appelant :
Ben Reentovich

For the respondent:
Patrick McGuinty

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty

THE COURT

LA COUR

On January 18, 2024, the Court allowed the appeal, set aside the conviction, and ordered a new trial with reasons to follow. These reasons are set out in the accompanying text.

Le 18 janvier 2024, la Cour a accueilli l'appel, a annulé la déclaration de culpabilité, a ordonné la tenue d'un nouveau procès et a indiqué que les motifs suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLANC, J.A.

I. Overview

[1] Jody Ozolins was convicted of assault causing bodily harm (s. 267(b) of the *Criminal Code*), stemming from a group attack where four assailants invaded a cabin and assaulted the owner and two others. The key issue at trial was establishing Mr. Ozolins' identity as an assailant, which was challenging as none of the victims could identify him or had any prior connection with him.

[2] The only evidence linking Mr. Ozolins to the crime was a pair of eyeglasses, with his DNA on them, found at the scene and surveillance footage showing an assailant wearing eyeglasses, which led the trial judge to infer that Mr. Ozolins dropped his eyeglasses during the commission of the offence.

[3] Initially, Mr. Ozolins appealed both his conviction and sentence. He later abandoned his appeal on sentence but maintained his appeal against conviction, arguing that his trial counsel's ineffectiveness led to a miscarriage of justice warranting a new trial. Prior to the appeal, Mr. Ozolins moved to adduce evidence in accordance with the Court's Protocol for Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance.

II. Amplified Background

[4] At trial, the three victims testified that on October 24, 2020, four masked individuals broke into a cabin and assaulted them. The victims could not identify the assailants, and none had any prior connection with Mr. Ozolins. One of the victims testified that when the assailants left, there was a pair of eyeglasses on the floor. These had not been there before the assailants entered the cabin.

[5] Mr. Ozolins testified he had never been in the cabin and did not know any of the victims. He admitted to wearing prescription eyeglasses like those found at the scene; he also testified that he had recently lent an old pair of his eyeglasses to one of the co-accused, who did not normally wear eyeglasses. He also led evidence that, just prior to the assaults, he had purchased new eyeglasses. A receipt showing a purchase of eyeglasses four days before the assaults was produced as evidence. Mr. Ozolins further testified that he was at home with his fiancée when the assaults occurred.

[6] V.D., Mr. Ozolins' fiancée, testified that she picked up the new eyeglasses around the date they were paid for. She told the judge there were always spare eyeglasses at home because Mr. Ozolins often damaged them; she testified that she would repair his eyeglasses, using spare parts from cheaper eyeglasses. She stated that she would never use tape to repair the arms of the eyeglasses, as was done to the eyeglasses found at the crime scene. V.D. told the court she often gave away eyeglasses to other people. When defence counsel asked her about Mr. Ozolins' whereabouts on the night of the assault, the Crown prosecutor objected, stating that no notice of alibi had been given to the Crown and that V.D. had not previously given a statement to the police. Defence counsel responded "No, she didn't" and pursued another line of questioning.

[7] As previously stated, the only evidence linking Mr. Ozolins to the offence were eyeglasses, found at the scene and surveillance footage showing an assailant wearing eyeglasses. The eyeglasses were seized and, ultimately, swabbed for DNA. The DNA analysis established a single source of DNA that was a statistically significant match to Mr. Ozolins. From the surveillance footage, the judge inferred that Mr. Ozolins dropped his eyeglasses during the commission of the offence.

III. Issues on Appeal

[8] The two issues raised on appeal are:

- (1) Whether the proffered evidence should be admitted; and

- (2) Whether ineffective assistance of counsel was established and, if so, whether counsel's ineffectiveness prejudiced Mr. Ozolins.

IV. Analysis

A. *The motion for leave to adduce evidence*

[9] To establish the soundness of his claim of ineffective representation at trial, Mr. Ozolins filed a motion, with supporting affidavit, for leave to adduce new evidence in accordance with the Court's previously mentioned protocol. Defence counsel, whose conduct is under question, responded to Mr. Ozolins' claims by affidavit, as per the protocol.

[10] In *Boucher v. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] N.B.J. No. 201 (QL), Quigg J.A. outlined the two scenarios where a party typically seeks leave to adduce "fresh" evidence on appeal. The first scenario is where truly "fresh" evidence has come to light, i.e., evidence which may or may not have existed at the time of trial, which is potentially exculpatory and speaks directly to the guilt, or innocence, of the accused. The second scenario arises when an accused seeks to adduce evidence that the trial process was flawed or somehow unfair. Often, this evidence relates to a claim of ineffective assistance of counsel (*Boucher*, paras. 16-19).

[11] Quigg J.A. explained that different criteria govern the admission of "fresh" evidence, depending on the scenario giving rise to the application. Evidence arising out of the first scenario may be introduced on appeal only if it meets the oft-cited criteria set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL) (aff'd in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, [1998] S.C.J. No. 91 (QL)), namely: (1) the evidence will generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial, recognizing that this general principle will not be applied as strictly in criminal cases as in civil cases; (2) the evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial; (3) the evidence must be credible in the

sense that it is reasonably capable of belief; and (4) the evidence must be such that, if believed, it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result (*Boucher*, at para. 16).

[12] In this appeal, Mr. Ozolins' motion arises out of the second scenario; he seeks to adduce evidence that the trial process was flawed or unfair, more particularly he alleges that trial counsel's incompetence deprived him of a fair trial, resulting in a miscarriage of justice. Consequently, his fresh evidence will be admitted only if it is established that the evidence is: (a) relevant to an issue before the Court; (b) credible; and (c) sufficient (if uncontradicted) to warrant the making of the order sought (*Boucher*, at para. 19, citing *R. v. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL)).

[13] Crown counsel concedes the proposed evidence meets the relevance threshold. As to the second criterion, Crown counsel concedes the affidavit filed by trial counsel in response to Mr. Ozolins' claim of ineffectiveness does not, in essence, contradict the evidence contained in Mr. Ozolins' affidavit but cautions the Court that Mr. Ozolins' significant criminal record, which contains several crimes of dishonesty and crimes against the administration of justice, may weigh against his credibility, and should be considered by the Court (*R. v. C.(M.)*, 2019 ONCA 502, [2019] O.J. No. 3213 (QL), at para. 56; *R. v. Strathdee*, 2020 ABCA 306, [2020] A.J. No. 913 (QL), at para. 47). As to the third and final criterion, Crown counsel concedes that, if accepted by the Court as truthful and accurate, Mr. Ozolins' affidavit could "potentially" establish the performance component of his claim of ineffectiveness but falls short of establishing the prejudice component, and thus insufficient (if uncontradicted) to warrant the relief sought by the appellant.

[14] The 13 paragraphs in Mr. Ozolins' affidavit relate to different allegations:

- paragraphs 3 to 7 relate to his counsel's failure to provide notice of the alibi defence;

- paragraphs 8 and 9 relate to his counsel's refusal to provide him with a copy of the full disclosure documents; and
- paragraphs 10 to 13 relate to his counsel's failure to subpoena Ross Norris, a co-accused who pled guilty.

Exhibit A to Mr. Ozolins' affidavit is an (improperly sworn) affidavit by Mr. Norris in which he sets out that Mr. Ozolins was not with him during the offence, and that he had Mr. Ozolins' eyeglasses with him while carrying out the offence. The Crown vigorously opposed admission of the Norris affidavit into evidence. While initially unclear whether the Norris affidavit was submitted only for the purpose to show it was made or for the truth of its content, it was confirmed during the hearing that the purpose for its submission was the former.

[15] At paragraphs 8 and 9 of his affidavit, Mr. Ozolins advances an allegation that defence counsel showed him only "certain pages" of the Crown's disclosure and refused to provide him with "a copy" of the "whole disclosure". Defense counsel's affidavit sets out that he reviewed the disclosure with Mr. Ozolins but did not provide a copy to him because Crown disclosure, unredacted, is given to defence counsel on an undertaking that it not be physically released to anyone, including the client. This allegation was not argued during the hearing. Paragraphs 10 to 13 of Mr. Ozolins' affidavit are not relevant as they relate to information provided to defence counsel only after the evidence portion of the trial.

[16] As conceded by the Crown, defence counsel's affidavit, to a great extent, does not contradict some of the facts deposed by Mr. Ozolins. While I acknowledge that a prior criminal record may be used to assess a witness' credibility, it is only one factor amongst others. The fact that Mr. Ozolins has a prior criminal record does not create a presumption that he lacks credibility and should not be believed (*R. v. Strathdee*, para. 47).

[17] I would grant leave to introduce into the appellate record only paragraphs 1 to 7 of Mr. Ozolins' affidavit relating to the alibi defence. The other parts of his affidavit are irrelevant as they do not speak to the issue of competence of defence counsel, which is the sole ground of appeal.

B. *Ineffective assistance of counsel*

(1) The standard of review

[18] In appeals based on ineffective assistance of counsel, the standard of review is reasonableness. In *Vail v. R.*, 2019 NBCA 18, [2019] N.B.J. No. 38 (QL), the Court summarized the framework for an appellate court's assessment of a claim of ineffective counsel:

[...] An appeal court analyzes ineffectiveness on a reasonableness standard. The analysis should proceed on a strong presumption that counsel's conduct fell within a wide range of reasonable professional conduct. The appellant must establish the acts or omissions of counsel that he or she contends are not consistent with reasonable professional judgment. [...] [Emphasis added; para. 7]

See also *Tucker v. R.*, 2018 NBCA 7, [2018] N.B.J. No. 15 (QL), para. 22.

(2) The law

[19] The law relating to counsel ineffectiveness is well settled. In *Gardiner v. R.*, 2010 NBCA 46, [2010] N.B.J. No. 289 (QL), Richard J.A., as he then was, wrote:

[...] 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. [...] [paras. 1-2]

[20] In *Smith-Kingsley v. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] N.B.J. No. 296 (QL), Drapeau J.A., further expanded on the performance and prejudice components. He wrote:

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. [...]. [para. 22]

(3) The allegations

[21] In his written submissions, Mr. Ozolins raised three distinct circumstances alleging ineffective assistance by defence counsel: (1) his failure to give notice of an alibi

defence, thereby depriving Mr. Ozolins of a fair trial and resulting in a miscarriage of justice; (2) his failure to point out surveillance footage inconsistent with the Crown theory that the eyeglasses found at the crime scene, with Mr. Ozolins' DNA thereon, were dropped by one of the assailants; and (3) his failure to communicate to Mr. Ozolins why he chose not to call a witness, thereby depriving him of the ability to make full answer and defence.

[22] Appellate counsel essentially abandoned the third allegation during the hearing, acknowledging that the evidence in support of this allegation related to information provided to defence counsel only after the evidence portion of the trial, making it unnecessary for the Court to deal with this allegation.

(a) *Failure to give notice of an alibi defence*

[23] The Crown conceded that trial counsel failed in his duty to provide notice of an alibi defence and further concedes this was "a patent display of ineffectiveness." The record shows that during V.D.'s direct examination, defence counsel asked her about Mr. Ozolins' whereabouts on the night of the assault. The Crown prosecutor immediately objected, stating that no notice of alibi had been given to the Crown and that V.D. had not previously given a statement to the police. Defence counsel responded "No, she didn't" and pursued another line of questioning.

[24] Beyond the concessions as to ineffectiveness, the Crown submits that Mr. Ozolins was not prejudiced by defence counsel's failure to provide notice of the alibi. The Crown argues that, while V.D. did not testify regarding the alibi, Mr. Ozolins provided "a fulsome exculpatory spin" on the charge before the court and the judge conducted a detailed analysis, and explained why she rejected Mr. Ozolins' evidence in its entirety. The Crown submits that the judge's rejection of Mr. Ozolins' evidence was not isolated to the fact counsel gave no notice of an alibi defence and that context matters.

[25] In *Picot v. R.*, 2013 NBCA 26, 402 N.B.R. (2d) 390, Richard J.A. (as he then was), writing for the Court applied the statement of the law from *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175, [1995] S.C.J. No. 73 (QL). He wrote:

In law, there is therefore no obligation on an accused person to disclose an alibi defence to the prosecution. The trial judge initially recognized this as he reviewed the decision of this Court in *R. v. G.P.M.* (1996), 171 N.B.R. (2d) 311, [1996] N.B.J. No. 4 (QL), which applies *Cleghorn*. [...]

In my view, there was no such duty on defence counsel. As the statement of law from *Cleghorn* demonstrates, the failure to give timely and sufficiently detailed notice of the alibi might have serious consequences in assessing the value of the defence. It does not, however, make the evidence inadmissible. It follows that there is no duty to disclose. [...] [Emphasis added; paras. 33-34]

[26] I agree with the Crown that the judge conducted a fulsome and detailed analysis of the DNA evidence, and its probative value, and a complete credibility analysis. I also agree that context matters. That said, in my view, the failure to provide notice of the alibi defence was further compounded by defence counsel's failure to voice to the judge that lack of notice does not preclude admissibility of the alibi evidence, it only goes to weight in assessing the value of the defence. Defence counsel should have raised this and should have further questioned V.D. to establish a clear record of the alibi evidence for the judge's consideration.

[27] There are sound reasons for reliance on third parties for alibi evidence. This point is amply illustrated by Crown counsel's caution, on the issue of Mr. Ozolins' credibility relating to the affidavit in support of the motion for leave to adduce fresh evidence, pointing out that Mr. Ozolins' significant criminal record, peppered with crimes of dishonesty and crimes against the administration of justice, may weigh against his credibility.

[28] The ineffective counsel allegation relating to alibi evidence is substantiated on the trial record alone. That said, Mr. Ozolins' affidavit evidence is that V.D. would have provided evidence that when the offence was committed, he was at home with her. He also states that V.D. was prevented from testifying that they have a rottweiler dog who barks whenever someone comes to the house, including him, and that "there was never a night that I came home early in the morning, while [V.D.] was still sleeping, and without my glasses".

[29] The judge, because of defence counsel's failure to properly address the admissibility of the alibi evidence, did not get the opportunity to hear V.D.'s evidence on this issue. As previously referenced, a miscarriage of justice may take many forms, including an unreliable verdict where a court concludes it may have been different had counsel acted competently. This is one of those cases.

(b) *Failure to highlight "key evidence"*

[30] Mr. Ozolins alleges his defence counsel was incompetent by reason of his failure to highlight a potential exculpatory video clip, allegedly showing an assailant leaving the scene wearing eyeglasses.

[31] Exhibit C-8 of the trial record consists of various video clips depicting the assailants' arrival upon and entrance into the premises as well as their exit therefrom. Still photos taken from the clips are found in both parties' written submissions. Neither the stills nor the video clips are of good quality. They depict different individuals who have glare in their eyes at different times. At the hearing, both parties agreed that the still photo shown at paragraph 42 of the Crown's written submission shows the assailants exiting the premises.

[32] As previously stated, there was no direct evidence establishing that Mr. Ozolins was one of the assailants. Recognizing this, the judge considered whether the Crown had discharged its burden based on the circumstantial evidence put before her. In her decision, the judge states that the quality of the recordings in Exhibit C-8 was very

scratchy but that, from her perspective, did show one of the assailants was wearing eyeglasses. Further in her decision, the judge writes:

The question then becomes whether the DNA evidence in this case is of sufficient probative value to prove the Crown's case beyond a reasonable doubt in spite of the denial evidence presented by the accused. [...] There is no doubt that DNA evidence can be very powerful evidence with respect to identity. [...] [However], in order for DNA evidence to be probative there must be other evidence which establishes that the accused was in contact with that object at the relevant time and place. In other words, some collateral evidence. In this case, as I have emphasized, it is only the accused DNA that was found on the eyeglasses discovered in the residence. These eyeglasses were not present in the camp before the assailants broke into the residence. This is important as this fact increases the probative value of the DNA evidence, connects the accused to the scene of the crime and supports the inference that he left his eyeglasses in the cabin. [Emphasis added.]

[33] Another issue is that at no point during the trial did defence counsel point out that an assailant is seen entering the premises and purportedly wearing eyeglasses, as found by the judge, and an assailant is later seen in a different videoclip exiting while still appearing to wear eyeglasses. Mr. Ozolins argues that the inference drawn by the judge that he left his eyeglasses in the cabin is inconsistent with the evidence on the record. I agree that it could be inconsistent.

[34] The Crown argues that the still photos and video clips show glare in the eyes of several individuals which made it difficult to determine whether an assailant is seen exiting the location while wearing eyeglasses. That may be the case, but the fact that an assailant with glare in his eyes was exiting the location was never pointed out to the judge. Had it been presented as such, the judge could have assessed the quality of the still photo or video clip and made her own assessment of what inference, if any, could be drawn from the evidence.

[35] Mr. Ozolins has met the two-part test of ineffective counsel. First, on the evidence before the Court, defence counsel's conduct in this matter does not fall within the range of reasonable professional conduct. Second, a miscarriage of justice has been established since the judge's decision may have been compromised because it was based on circumstantial evidence that might potentially have been refuted by competent representation.

V. Disposition

[36] It is for these reasons that, on January 18, 2024, I joined my colleagues in allowing the appeal, setting aside the conviction, and ordering a new trial.

LA JUGE LEBLANC

I. Aperçu

[1] Jody Ozolins a été déclaré coupable de voies de fait infligeant des lésions corporelles (al. 267b) du *Code criminel*) par suite de l'attaque que quatre agresseurs ont perpétrée dans un chalet. Après s'y être introduits, ils se sont livrés à des voies de fait sur les trois occupants, dont l'un était propriétaire du chalet. Le procès soulevait avant tout la question de l'identité : il était ardu d'établir que M. Ozolins était l'un des agresseurs, car aucune des victimes ne pouvait l'identifier ou n'avait de lien antérieur avec lui.

[2] Les seules preuves rattachant M. Ozolins au crime se résumaient à des lunettes découvertes sur les lieux, qui présentaient son ADN, et à des images de vidéosurveillance dans lesquelles apparaissait un agresseur portant des lunettes. La juge du procès en a inféré que M. Ozolins avait perdu ses lunettes pendant la perpétration de l'infraction.

[3] À l'origine, M. Ozolins appelait à la fois de sa déclaration de culpabilité et de sa peine. Par la suite, il a abandonné l'appel interjeté de la peine, mais a poursuivi l'appel formé contre la déclaration de culpabilité. Il a soutenu en appel que l'inefficacité de son avocat s'était soldée par une erreur judiciaire qui justifiait la tenue d'un nouveau procès. Il avait déposé, avant l'appel, une motion en présentation de preuves, comme le prévoit le protocole de notre Cour relatif aux appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat en première instance.

II. Contexte détaillé

[4] Au procès, les trois victimes ont témoigné que, le 24 octobre 2020, quatre individus masqués s'étaient introduits par effraction dans le chalet et s'y étaient livrés à des voies de fait sur leurs personnes. Les victimes n'ont pu identifier les agresseurs et

aucune n'avait de lien antérieur avec M. Ozolins. L'une d'elles a témoigné que, après le départ des agresseurs, il y avait des lunettes sur le plancher. Elles ne s'y trouvaient pas avant que les agresseurs s'introduisent dans le chalet.

[5] M. Ozolins a témoigné que jamais il n'était allé à ce chalet et qu'il ne connaissait aucune des victimes. Il a reconnu qu'il portait des lunettes prescrites comme celles qui avaient été découvertes sur les lieux du crime; il a témoigné en outre qu'il avait récemment prêté une vieille paire de lunettes à l'un des coaccusés, qui ne portait pas de lunettes en temps normal. Il a aussi fait valoir en preuve qu'il avait acheté de nouvelles lunettes peu avant les voies de fait. Un reçu constatant l'achat de lunettes quatre jours avant le crime a été produit en preuve. M. Ozolins a enfin témoigné qu'il se trouvait chez lui, en compagnie de sa fiancée, au moment où les voies de fait ont eu lieu.

[6] V.D., la fiancée de M. Ozolins, a témoigné qu'elle s'était rendue chercher les lunettes neuves vers la date à laquelle elles avaient été payées. Elle a relaté à la juge que, parce que M. Ozolins endommageait souvent ses lunettes, il y avait toujours des lunettes de rechange à la maison. Elle a témoigné qu'elle réparait les lunettes au moyen de pièces prélevées sur des montures meilleur marché. Elle a déclaré que jamais elle ne réparait les branches à l'aide de ruban adhésif, procédé qui avait été employé pour rafistoler la paire de lunettes découverte sur les lieux du crime. V.D. a affirmé à la Cour qu'il n'était pas rare qu'elle fasse don de lunettes. Lorsque l'avocat de la défense a demandé à V.D. où se trouvait M. Ozolins la nuit du crime, le ministère public a élevé une objection. Il a fait valoir qu'il n'avait pas reçu avis de la défense d'alibi et que V.D. n'avait pas fait de déposition à la police auparavant. L'avocat de la défense a répondu : [TRADUCTION] « Non, en effet », puis a amené l'interrogatoire sur un autre sujet.

[7] Nous avons vu que les seules preuves rattachant M. Ozolins au crime sont des lunettes découvertes sur les lieux et des vidéos de surveillance dans lesquelles on voit un agresseur qui en porte. Les lunettes découvertes ont été saisies, puis des échantillons en ont été prélevés en vue d'une analyse génétique. Elle a révélé une source unique d'ADN présentant une correspondance statistiquement significative avec celui de

M. Ozolins. La juge a inféré de la vidéo de surveillance que M. Ozolins avait perdu ses lunettes pendant la perpétration de l'infraction.

III. Questions en litige en appel

[8] Les deux questions que soulève l'appel sont les suivantes :

- (1) Y a-t-il lieu d'admettre la preuve offerte?
- (2) L'aide inefficace de l'avocat à M. Ozolins est-elle établie et, le cas échéant, cette inefficacité lui a-t-elle porté préjudice?

IV. Analyse

B. *Motion en autorisation de présentation de preuves*

[9] Dans le dessein d'établir le bien-fondé de son allégation de représentation inefficace au procès, M. Ozolins a déposé une motion en autorisation de présentation de nouvelles preuves, suivant le protocole susmentionné de notre Cour, accompagnée d'un affidavit à l'appui. L'avocat de la défense dont la conduite est en cause a répondu par affidavit aux prétentions de M. Ozolins, comme le veut ce protocole.

[10] Dans *Boucher c. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] A.N.-B. n° 201 (QL), la juge Quigg a résumé les deux scénarios qui, ordinairement, amènent une partie à demander l'autorisation de présenter des « nouvelles » preuves en appel. Dans le premier scénario, des preuves véritablement « nouvelles » ont été découvertes : ces preuves, qui existaient ou non au moment du procès, peuvent être disculpatoires et intéressent directement la culpabilité, ou l'innocence, de l'accusé. Dans le second scénario, l'accusé veut produire des preuves qui montrent que le procès même aurait été vicié ou aurait été inéquitable d'une manière ou d'une autre. Ces preuves, bien souvent, seront associées à une allégation d'aide inefficace de l'avocat (*Boucher*, par. 16 à 19).

[11] La juge d'appel Quigg a expliqué que des critères différents s'appliquent à l'admission de « nouvelles » preuves, selon celui des scénarios qui donne lieu à la demande. Si le premier scénario se présente, les preuves ne pourront être introduites, en appel, qu'à la condition qu'elles répondent aux critères fréquemment invoqués énoncés dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL) (conf. dans *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, [1998] A.C.S. n° 91 (QL)). Ces critères sont les suivants : (1) on n'admettra généralement pas une preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, mais il est reconnu que ce principe général n'est pas appliqué de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles; (2) la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès; (3) la preuve doit être plausible, en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi; (4) elle doit être telle que, si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres preuves produites au procès elle aurait influé sur le résultat (*Boucher*, par. 16).

[12] Dans le présent appel, la motion de M. Ozolins relève du second scénario : il demande à produire des preuves qui montreront que le procès même était vicié ou inéquitable. M. Ozolins avance, plus précisément, qu'il a été privé d'un procès équitable en raison de l'incompétence de son avocat et qu'il en est résulté une erreur judiciaire. De ce fait, une nouvelle preuve ne sera admise que s'il est établi ce qui suit : a) elle est pertinente quant à une question dont la cour est saisie, b) elle est plausible; c) elle suffit (si elle n'est pas contredite) pour justifier l'octroi de l'ordonnance sollicitée (*Boucher*, par. 19, citation de *R. c. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL)).

[13] L'avocat du ministère public concède que les preuves qu'entend produire M. Ozolins satisfont à l'exigence préliminaire de pertinence. Pour ce qui est du deuxième critère, il concède que le contenu de l'affidavit de M. Ozolins ne se trouve pas contredit, en substance, par l'affidavit que l'avocat qui le représentait au procès a déposé contre l'allégation d'inefficacité, mais il met en garde la Cour que le casier judiciaire chargé de M. Ozolins, qui fait état de plusieurs crimes de malhonnêteté et de plusieurs crimes contre l'administration de la justice, peut jouer contre sa crédibilité et qu'il doit être pris

en considération par la Cour (*R. c. C.(M.)*, 2019 ONCA 502, [2019] O.J. No. 3213 (QL), par. 56; *R. c. Strathdee*, 2020 ABCA 306, [2020] A.J. No. 913 (QL), par. 47). Pour ce qui concerne le troisième et dernier critère, le ministère public concède que l'affidavit de M. Ozolins, si la Cour l'admettait pour véridique et exact, pourrait [TRADUCTION] « éventuellement » satisfaire au volet examen du travail de l'avocat, dans l'analyse que requiert l'allégation d'inefficacité, mais qu'il ne satisferait pas au volet appréciation du préjudice, et donc ne suffirait pas (s'il n'est pas contredit) pour justifier l'octroi de la mesure que demande l'appelant.

[14] Les treize paragraphes de l'affidavit de M. Ozolins correspondent à des allégations distinctes :

- les paragraphes 3 à 7 portent sur le défaut de son avocat de donner avis de la défense d'alibi;
- les paragraphes 8 et 9 portent sur le refus de son avocat de lui remettre une copie de tous les documents communiqués par le ministère public;
- les paragraphes 10 à 13 portent sur le défaut de son avocat de citer à comparaître Ross Norris, un coaccusé ayant plaidé coupable.

La pièce A de l'affidavit de M. Ozolins est un affidavit (fait sous serment de manière irrégulière) de M. Norris. Ce dernier y affirme que Jody Ozolins ne se trouvait pas avec lui pendant la perpétration de l'infraction et qu'il avait sur sa personne les lunettes de M. Ozolins tandis qu'il se livrait au crime. Le ministère public s'est opposé vigoureusement à l'admission en preuve de l'affidavit de M. Norris. Au départ, il n'était pas clair si cet affidavit avait été présenté à seule fin de montrer qu'il avait été fait ou s'il avait été présenté afin d'établir la véracité de son contenu, mais il a été confirmé, à l'audience, qu'il avait été présenté à cette première fin.

[15] Aux paragraphes 8 et 9 de son affidavit, M. Ozolins allègue que l'avocat de la défense ne lui a présenté que [TRADUCTION] « certaines pages » des documents communiqués par le ministère public et a refusé de lui donner [TRADUCTION] « une

copie » de [TRADUCTION] « toutes les pièces communiquées ». L'affidavit de l'avocat de la défense indique qu'il a examiné avec M. Ozolins les pièces communiquées, mais ne lui en a pas donné de copie parce que les documents, non caviardés, que communique le ministère public sont remis à l'avocat de la défense contre son engagement de ne les transmettre à personne, y compris au client. Cette allégation n'a pas été débattue lors de l'audience. Quant aux par. 10 à 13 de l'affidavit de M. Ozolins, ils ne sont pas pertinents, car ils portent sur des renseignements que l'avocat de la défense a obtenus seulement une fois la présentation de la preuve au procès achevée.

[16] Le ministère public concède que l'affidavit de l'avocat de la défense, dans une large mesure, ne contredit pas les déclarations de M. Ozolins sur certains faits. Si je reconnais que des antécédents criminels peuvent être pris en compte dans l'appréciation de la crédibilité d'un témoin, ils demeurent un facteur parmi d'autres. Le casier judiciaire de M. Ozolins ne fait pas naître la présomption que sa crédibilité fait défaut et qu'il est indigne de foi (*R. c. Strathdee*, par. 47).

[17] Je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'incorporer au dossier d'appel les seuls par. 1 à 7 de l'affidavit de M. Ozolins, qui portent sur la défense d'alibi. Les autres parties de son affidavit ne sont pas pertinentes, car elles ne touchent pas la question de la compétence de l'avocat de la défense, unique moyen d'appel en l'espèce.

B. *Aide inefficace de l'avocat*

(1) Norme de contrôle

[18] Dans un appel interjeté sur le fondement de l'aide inefficace d'un avocat, la norme de contrôle est celle du caractère raisonnable. Dans *Vail c. R.*, 2019 NBCA 18, [2019] A.N.-B. n° 38 (QL), notre Cour a tracé le cadre de l'évaluation, par un tribunal d'appel, d'une allégation d'inefficacité de l'avocat :

[...] Une cour d'appel analyse l'inefficacité au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de

l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de la conduite professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne sont pas compatibles avec l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. [...] [Soulignement ajouté; par. 7]

Voir aussi *Tucker c. R.*, 2018 NBCA 7, [2018] A.N.-B. n° 15 (QL), par. 22.

(2) Droit

[19] En matière de représentation inefficace, le droit est bien établi. Dans *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, [2010] A.N.-B. n° 289 (QL), le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) a écrit ce qui suit :

[...] 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. [...] [par. 1 et 2]

[20] Dans *Smith-Kingsley c. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] A.N.-B. n° 296 (QL), le juge d'appel Drapeau a apporté des précisions sur les volets examen du travail de l'avocat et appréciation du préjudice :

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. [...]
[par. 22]

(3) Allégations

[21] Dans son mémoire, M. Ozolins allègue une aide inefficace de l'avocat de la défense dans trois cas distincts : (1) il n'a pas donné avis de la défense d'alibi, ce qui a privé M. Ozolins d'un procès équitable et suscité une erreur judiciaire; (2) il n'a pas attiré l'attention sur des images de vidéosurveillance inconciliables avec la thèse du ministère public voulant que les lunettes découvertes sur les lieux du crime, qui portaient l'ADN de M. Ozolins, aient été perdues par un des agresseurs; (3) il n'a pas donné à M. Ozolins les raisons pour lesquelles il n'avait pas appelé un témoin à la barre, le privant ainsi de la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

[22] L'avocat qui représente M. Ozolins en appel a essentiellement abandonné la troisième allégation lors de l'audience : il a reconnu que les preuves à l'appui étaient liées à une information qui n'avait été communiquée à l'avocat de la défense qu'une fois

achevée la présentation de la preuve au procès. Il n'a pas été nécessaire, ainsi, que la Cour se penche sur cette troisième allégation.

(a) *Défaut de donner avis d'une défense d'alibi*

[23] Le ministère public a concédé que l'avocat de M. Ozolins avait manqué à son obligation de donner avis de la défense d'alibi. Il concède, également, qu'il s'est agi d'une [TRADUCTION] « démonstration patente d'inefficacité ». Le dossier indique que l'avocat de la défense a demandé à V.D., au cours de son interrogatoire principal, où se trouvait M. Ozolins la nuit des voies de fait. Le ministère public, aussitôt, a élevé une objection, faisant valoir qu'aucun avis n'avait été donné au ministère public de la défense d'alibi et que V.D. n'avait pas fait de déposition à la police auparavant. L'avocat de la défense a répondu : [TRADUCTION] « Non, en effet », puis a amené l'interrogatoire sur un autre sujet.

[24] Ses concessions sur l'inefficacité mises à part, le ministère public soutient que le défaut de l'avocat de la défense de donner avis de l'alibi n'a pas porté préjudice à M. Ozolins. Il affirme que, malgré que V.D. n'ait pas témoigné sur l'alibi, la défense a pu présenter, au procès, [TRADUCTION] « une interprétation disculpatoire complète » à l'égard des accusations dont la cour était saisie. Il ajoute que la juge a procédé à une analyse détaillée et expliqué pourquoi elle rejetait intégralement la preuve offerte par M. Ozolins. Le ministère public soutient que le rejet par la juge de la preuve apportée par M. Ozolins ne tenait pas au seul défaut de son avocat de donner avis de la défense d'alibi et que le contexte compte.

[25] Dans *Picot c. R.*, 2013 NBCA 26, 402 R.N.-B. (2^e) 390, le juge d'appel Richard (tel était alors son titre), auteur des motifs de la Cour, a appliqué l'énoncé du droit donné dans *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175, [1995] A.C.S. n^o 73 (QL) :

En droit, donc, l'accusé n'a pas d'obligation de communiquer une défense d'alibi à la poursuite. Le juge du procès a reconnu cette absence d'obligation au départ, dans son analyse de *R. c. G.P.M.* (1996), 171 R.N.-B. (2^e) 311,

[1996] A.N.-B. n° 4 (QL), arrêt où notre Cour a appliqué *Cleghorn*. [...]

À mon sens, l'avocat de la défense n'avait pas d'obligation semblable. L'énoncé de droit de l'arrêt *Cleghorn* établit que le défaut de donner en temps opportun un avis suffisamment détaillé de l'alibi pourrait avoir d'importantes conséquences en ce qui concerne l'appréciation de la valeur de la défense. Il ne rend toutefois pas la preuve inadmissible. Il n'y avait pas, donc, obligation de communication. [...] [Soulignement ajouté; par. 33 et 34]

[26] Je conviens avec le ministère public que la juge a procédé à une analyse complète et détaillée de la preuve génétique et de sa valeur probante et à une analyse tout aussi complète de la crédibilité. Je conviens en outre que le contexte compte. Cela dit, je constate que s'ajoute au défaut de donner avis de la défense d'alibi le défaut de l'avocat de la défense de signaler à la juge du procès que l'absence d'avis n'était pas un obstacle à l'admissibilité d'une preuve d'alibi : l'absence d'avis n'a d'incidence que sur la valeur prêtée à la preuve, dans le contexte de l'appréciation de la valeur de la défense. L'avocat de M. Ozolins aurait dû l'indiquer et interroger davantage V.D. de sorte que la juge dispose d'un dossier lui présentant clairement la preuve d'alibi.

[27] Il existe des motifs légitimes de se fonder sur des tiers pour ce qui est de la preuve d'un alibi, ce que montre parfaitement la mise en garde de l'avocat du ministère public sur la crédibilité de M. Ozolins relativement à l'affidavit présenté à l'appui de sa motion en autorisation de présenter des nouvelles preuves. Il a avancé que le casier judiciaire chargé de M. Ozolins, parsemé de crimes de malhonnêteté et de crimes contre l'administration de la justice, pouvait jouer contre sa crédibilité.

[28] L'allégation de représentation inefficace, pour ce qui est de la preuve d'alibi, est corroborée au vu du seul dossier d'instruction. Cela dit, selon la preuve par affidavit de M. Ozolins, V.D. aurait relaté qu'il se trouvait à la maison en sa compagnie au moment où le crime a été commis. Il affirme également que V.D. a été empêchée de témoigner que leur rottweiler jappe chaque fois que quelqu'un se présente à la maison, lui

y compris, et qu'il ne lui était [TRADUCTION] « jamais arrivé de rentrer aux premières heures du matin, tandis [qu'elle] dormait, et sans [s]es lunettes ».

[29] La juge, parce que l'avocat de la défense n'a pas su plaider l'admissibilité de la preuve d'alibi, n'a pu entendre le témoignage de V.D. sur ce point. Nous avons vu qu'une erreur judiciaire peut prendre diverses formes, notamment la forme d'un verdict non fiable dans le cas où un tribunal conclut que le verdict aurait pu être différent si l'avocat avait agi avec compétence. Le cas se présente ici.

(b) *Défaut d'insister sur une « preuve clé »*

[30] M. Ozolins soutient que son avocat s'est montré incompetent, au procès, parce qu'il n'a pas insisté sur une séquence vidéo qui aurait pu le disculper. La séquence est censée montrer le départ des lieux d'un agresseur qui porte des lunettes.

[31] La pièce C-8 du dossier d'instruction consiste en diverses séquences vidéo qui présentent l'arrivée des agresseurs sur les lieux, leur entrée dans le chalet, puis leur sortie. Les mémoires des deux parties contiennent des images fixes extraites des vidéos. Ni ces images ni les séquences vidéo ne sont de bonne qualité. Dans les unes et les autres, des éclats lumineux apparaissent à la hauteur des yeux de certains individus à différents moments. À l'audience, les deux parties ont convenu que l'image fixe du par. 42 du mémoire du ministère public présente les agresseurs à leur sortie du chalet.

[32] Comme je l'ai indiqué ci-dessus, aucune preuve directe n'établissait que M. Ozolins était l'un des agresseurs. La juge l'a reconnu et a examiné si le ministère public, vu les preuves circonstancielles soumises, s'était acquitté du fardeau qui lui incombait. Dans sa décision, elle a fait observer que les enregistrements de la pièce C-8 étaient de qualité très irrégulière, mais qu'ils montraient, de son point de vue, qu'un des agresseurs portait des lunettes. Plus loin, elle a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La question devient celle de savoir si la valeur probante de la preuve génétique, en l'espèce, est suffisante pour que le ministère public ait prouvé l'accusation hors de tout doute raisonnable malgré les dénégations de l'accusé. [...] Il ne fait aucun doute que la preuve génétique peut se révéler une preuve spécialement puissante en matière d'identité. [...] [Cependant], pour que la preuve génétique soit probante, d'autres preuves doivent établir que l'accusé s'est trouvé en contact avec l'objet à l'endroit et au moment pertinents. Il faut donc, en d'autres termes, des preuves accessoires. En l'espèce, comme je l'ai souligné, l'ADN de l'accusé est le seul qui ait été prélevé sur les lunettes découvertes dans le domicile. Ces lunettes ne se trouvaient pas à l'intérieur du camp avant que les agresseurs y entrent par effraction. Le détail est important, car ce fait ajoute à la valeur probante de la preuve génétique, rattache l'accusé aux lieux du crime et étaye l'inférence voulant qu'il ait laissé ses lunettes dans le chalet. [Soulignement ajouté.]

[33] Un autre problème se présente : jamais l'avocat de la défense n'a signalé, au cours du procès, qu'encre qu'on voie entrer dans les locaux un agresseur qui semble porter des lunettes, comme l'a constaté la juge, on en voit ensuite sortir, dans une autre séquence vidéo, un agresseur qui paraît toujours porter des lunettes. M. Ozolins en argue que l'inférence de la juge, qui a conclu qu'il avait laissé ses lunettes dans le chalet, est incompatible avec la preuve au dossier. Je conviens d'une incompatibilité possible.

[34] Le ministère public fait valoir que, dans les images fixes et les séquences vidéo, des éclats lumineux apparaissent à la hauteur des yeux de plusieurs personnes, de sorte qu'il est difficile de déterminer si un agresseur qu'on voit sortir des lieux porte des lunettes. Il se peut que ce soit le cas, mais il reste que le fait que sortait des lieux un agresseur chez qui apparaissaient, à la hauteur des yeux, des éclats lumineux n'a pas été porté à l'attention de la juge. Si cela lui avait été présenté ainsi, la juge aurait pu évaluer la qualité de la photo ou de la séquence vidéo et déterminer d'elle-même quelle inférence pouvait être tirée, le cas échéant, de la preuve offerte.

[35] M. Ozolins a satisfait aux deux volets du critère d'inefficacité d'un avocat. Premièrement, compte tenu des preuves dont dispose la Cour, la conduite de l'avocat de la défense, dans l'affaire qui nous occupe, ne se situe pas à l'intérieur de l'éventail de la conduite professionnelle raisonnable. Deuxièmement, la démonstration d'une erreur judiciaire est faite, au sens où la décision de la juge du procès pourrait avoir été compromise, car elle est fondée sur des preuves circonstanciées qui, si la représentation de M. Ozolins avait été compétente, auraient pu éventuellement être réfutées.

V. Dispositif

[36] Ces motifs sont ceux pour lesquels, le 18 janvier 2024, mes collègues et moi avons accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.