

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

28-23-CA

ERIC HOLDER

ERIC HOLDER

APPELANT

APPELLANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

Holder v. R., 2024 NBCA 61

Holder c. R., 2024 NBCA 61

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Provincial Court:
March 9, 2023 (conviction)

Appel d'une décision de la Cour Provinciale :
le 9 mars 2023 (déclaration de culpabilité)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
November 30, 2023

Appel entendu :
le 30 novembre 2023

Judgment rendered:
April 25, 2024

Jugement rendu :
le 25 avril 2024

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

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

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

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

The motion to admit fresh evidence is denied, and the appeal is dismissed.

LA COUR

La motion en admission de nouveaux éléments de preuve est rejetée, et l'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] Eric Holder was convicted of robbery, for stealing a motor vehicle and using violence to do so (contrary to s. 344(1)(b) of the *Criminal Code*) and dangerous operation of a vehicle (contrary to s. 320.13(1)). He received a two-year global sentence, less time spent on remand. He appeals those convictions.

[2] Mr. Holder contends the trial was a miscarriage of justice because his counsel failed to provide any meaningful assistance. This is his sole ground of appeal. He claims counsel failed to cross-examine the complainant on inconsistencies in her testimony, took away his choice as to whether to testify, and failed to make any closing submissions. To provide the factual basis for this ground of appeal, Mr. Holder followed this Court's protocol for appeals that assert the ineffective assistance of trial counsel. He filed a motion requesting the Court accept as new evidence (1) his affidavit, and (2) a copy of the trial decision in *R. v. Gionet* (unreported), in which his fiancée was acquitted for her participation in the same events.

[3] As contemplated by the protocol, Mr. Holder's trial counsel provided a responding affidavit. In it he explains the circumstances that limited trial strategy. Counsel states he was informed by Mr. Holder that the complainant's statement to the RCMP was truthful. Mr. Holder also advised that she was his drug dealer and Mr. Holder thought there would be drugs in her car, but "they did not find any drugs when they searched the vehicle." Additionally, based on counsel's review of the disclosure, he concluded the evidence would result in a conviction. He explained this to Mr. Holder, and he recommended a guilty plea "as a sign of remorse and to avoid the risk of the complainant testifying that this was a violent drug robbery." Mr. Holder refused to plead guilty since he was confident that the complainant would not cooperate with the RCMP,

attend trial, or testify against him. Despite this expectation, the complainant attended and testified; however, she did not make any reference to dealing drugs to Mr. Holder or otherwise.

[4] Given what he knew from Mr. Holder, counsel states that the decision not to cross-examine the complainant on their relationship was strategic, to avoid the risk of a finding that Mr. Holder and his fiancée sought out their drug dealer and stole the vehicle in an unsuccessful and violent attempt to obtain drugs. Additionally, he states that Mr. Holder did not wish to testify, but had he done so, he would have had to ask to be removed as trial counsel since he could not continue to represent him if his intention was to fabricate his testimony and/or deny involvement in the events that gave rise to the charges. Finally, there were no reasonable arguments that could have been made against conviction.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. The Case Against Mr. Holder

[6] At trial, the complainant testified that Mr. Holder and Ms. Gionet were acquaintances, who she knew for a couple of months and would see “once in a while – once or twice, a couple of times a week.”

[7] Before going further, I highlight the complainant’s limited characterization of her relationship with Mr. Holder and Ms. Gionet since it is the primary focus of his claim that counsel should have cross-examined her. Mr. Holder states that contrary to the complainant’s testimony they knew her for about a year and she “was actually our drug dealer.” This is consistent with what Mr. Holder’s counsel said he was told, and with the finding in *R. v. Gionet*. In that case, as in the present case, the complainant testified that Mr. Holder and Ms. Gionet were acquaintances; however, on cross-examination she provided a more complete account and Ms. Gionet testified that

she and Mr. Holder were addicted to cocaine and had daily visits with the complainant and her boyfriend, who were their exclusive drug suppliers.

[8] I return to the trial of Mr. Holder. The complainant testified that on the evening of October 11, 2022, while driving home to Sussex from a visit with her parents, she received a text message from Ms. Gionet, which said she “needed to talk to me, she had something to tell me.” While she was then only a 10-15-minute drive from Sussex, she advised Ms. Gionet by text message that she wasn’t home and would be back, but she did not specify when.

[9] However, as she was travelling on a street in Sussex, toward its intersection with the short street where she lived, she was cut off by a white SUV driven by Mr. Holder. Ms. Gionet was in the front passenger seat. Both then approached the complainant’s vehicle and Ms. Gionet got into her front passenger seat while Mr. Holder was at her driver’s window. The complainant testified that during a heated exchange she heard “[g]ive me your car. Give me your stuff.”

[10] The complainant’s evidence was that, with Ms. Gionet still in her car, she drove off and Ms. Gionet started hitting her with her fists. As she went around the white SUV she hit it, damaging the right/passenger side of her vehicle, and breaking her passenger side mirror. Mr. Holder maintains his counsel’s failure to cross-examine the complainant includes a failure to challenge her testimony regarding damage to her vehicle, which he contends was caused by another person.

[11] She testified that after she had turned onto her street and was close to home, the white SUV driven by Mr. Holder struck her vehicle on the driver’s side and it prevented her from opening the driver’s door. At this point, she crawled over Ms. Gionet and out of her vehicle through the passenger door, leaving behind her purse, phone etc. She ran toward her apartment, and she testified that as she did, she could hear Mr. Holder say to Ms. Gionet “take the car.” She added, “and that’s the last – I - after that – I - I was gone. I didn’t look back.” From her apartment window, she could see her car was gone

and she called the police to report the incident. This was not long after midnight on October 12, 2022.

[12] The RCMP officer who arrived at the complainant's apartment took photos of her injuries and a statement from her. The RCMP immediately began searching for Mr. Holder and Ms. Gionet. They located the complainant's abandoned vehicle at Sussex Corner around 3:30 pm on October 12, 2022.

[13] They also located the white Toyota Rav4 SUV that had been rented to Mr. Holder prior to October 12, 2022, and returned after. The rental agency confirmed it was not damaged before it was rented to him, but it was damaged when it was returned.

[14] The RCMP were unable to contact Mr. Holder and Ms. Gionet until October 18, 2022, and they went to the detachment in Sussex as requested. Both were arrested.

[15] At the beginning of the trial, Crown counsel informed the judge that, by agreement, stated facts would be put into evidence. She explained this was evidence that would have been otherwise offered by the police officers or others involved and Mr. Holder's lawyer and "his client only wish to hear from the complainant." To appreciate the evidence that formed part of the Crown's case, in addition to the complainant's testimony, I will reproduce the trial judge's summary of the agreed facts, as stated in his reasons for decision:

Prior to trial, the parties agreed to the following facts, that, one, the RCMP were called on October 12th, 2022, with respect to a vehicle, owned by [the complainant], being stolen by the accused and M[s.] Gionet. Two, during the theft, the [complainant] was assaulted. Three, the police attended [the complainant's] home where - where they met her and took photos of facial injuries sustained by her which were entered into evidence as Exhibit C-1. Four, Exhibit C-1 depicts facial injuries sustained by [the complainant]. Five, the accused, and M[s.] Gionet, are -

were later arrested. Six, there was no charter violations alleged by the accused. Seven, the accused provided no statements to the police. Eight, [the complainant's] motor vehicle was later located and photos of damage, thereto, were taken, also included in Exhibit C-1. Nine, a vehicle rented by the accused was later located. This vehicle was damaged and cost \$4629.85 to repair. And, ten, this rental vehicle was rented prior to October 12th, 2022, and was not damaged before it was rented to the accused. The Crown called one witness at trial, being the complainant[.]

III. Analysis

A. *The Ineffectiveness of Counsel – Principles and Approach*

[16] The principles applicable to a claim of ineffective assistance of counsel were recently summarized in *Smith-Kingsley v. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] N.B.J. No. 296 (QL). Drapeau J.A., writing for the Court, stated:

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 resumption of professional competence will stand

unrebutted 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. [para. 22]

[17] Although an appellant's assertion of ineffective assistance of counsel may be grounded in the record, it is commonly accompanied by a request to permit the admission of fresh evidence to establish facts that are not part of the record. This is such a case.

[18] The decision whether to admit the fresh evidence is typically reserved until after the parties have made their submissions on the appeal, as this provides the best opportunity to assess whether the evidence could reasonably affect the outcome of the appeal. This is the approach described by the Supreme Court in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, [1988] S.C.J. No. 20 (QL), following *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL).

[19] However, unlike the criteria for admitting fresh evidence that pertains to an issue addressed in the decision under appeal, as was the case in *Palmer* and *Stolar*, where the fresh evidence goes to a ground of appeal that challenges the validity of the trial process itself, as in a claim of ineffective assistance of counsel, the admission of the evidence depends upon the moving party establishing that it is relevant, credible, and sufficient (if uncontradicted) to justify the order sought. As explained in *Boucher v. R.* 2021 NBCA 36, [2021] N.B.J. No. 201 (QL), per Quigg J.A.:

[...] As Hoyt C.J.N.B. said: "The *Palmer* test does not [...] apply where, as in this case, the new evidence seeks to challenge the validity of the trial process. In such a case, where the purpose of the new evidence is to establish a ground of appeal, the trial process itself is put in question"

(see *R. v. Connors (C.)* (1997), 194 N.B.R. (2d) 91, [1997] N.B.J. No. 469 (QL) (C.A.), at para. 3).

More recently, in *R. v. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), Richards C.J.S. made a similar observation and suggested an approach, which I adopt:

[...] Mr. Dreaver's submission on this wing of his appeal is about whether the trial process itself involved a miscarriage of justice. The test for determining whether fresh evidence of this kind should be admitted is not the familiar one set out in *R. v. Palmer*, [1980] 1 SCR 759. **Rather, the governing authorities indicate that evidence of the sort in issue here should be admitted if it is (a) relevant to an issue before the Court, (b) credible, and (c) sufficient (if uncontradicted) to warrant the making of the order sought.** See: *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21 at para 45, [2001] 1 SCR 616; *R v S.G.T.*, 2011 SKCA 4 at paras 39-40, 265 CCC (3d) 550. [paras. 33-34] [Emphasis added; paras. 18-19]

[20] The Crown takes no issue with Mr. Holder's request to admit the trial decision in *R. v. Gionet*.

[21] However, the Crown objects to the admission of Mr. Holder's affidavit. While conceding it is relevant to his only ground of appeal, and if believed, would be sufficient to allow the appeal, it maintains Mr. Holder's key assertions are not credible and are a fabrication made to secure a new trial. The Crown submits caution is justified when assessing post conviction claims that trial counsel was ineffective, particularly claims to have been denied the opportunity to testify (citing *R. v. McKenzie*, 2007 ONCA 470, [2007] O.J. No. 3222 (QL), at para. 68, *R. v. Archer*, [2005] O.J. No. 4348 (QL) (C.A.), at para. 141; *R. v Le (T.D.)*, 2011 MBCA 83, [2011] M.J. No. 318 (QL), at para. 176). As stated in *R. v McKenzie*:

Trial counsel maintains that he advised the appellant against testifying in the strongest terms, but made it clear to him that this decision was his to make.

The law is clear:

If the appellant can show that it was trial counsel and not the appellant who decided that the appellant would not testify, and that the appellant would have testified had he understood that it was his decision, it seems to me that it must be accepted that his testimony could have affected the result, thereby establishing that a miscarriage of justice occurred ... The crucial question becomes – who made the decision? (*Archer, supra* at 102.)

I must, however, consider that the appellant has a very strong motive to fabricate the claim that he was denied the right to decide whether to testify. As this court noted in *Archer* at p. 102:

The appellant is no longer presumed innocent. He makes his allegation against trial counsel as a convicted felon facing a lengthy penitentiary term. No doubt, the appellant understands that if he can convince the court that his own lawyer denied him the opportunity to testify, he will receive a new trial. Common sense dictates a cautious approach to allegations against trial lawyers made by convicted persons who are seeking to avoid lengthy jail terms. It must also be recognized that the confidential nature of the relationship between a lawyer and his client can make it easy for the client to make all kinds of unfounded allegations against his former lawyer.

Furthermore, and apart entirely from the possibility that the appellant has fabricated these allegations, it is not uncommon that a person who has been convicted after having received strong advice from his counsel that he should not testify comes to believe, while awaiting his appeal, that counsel's strong advice was in fact a decision by counsel that the client should not testify. Looking backwards through the bars of a jail cell is not the most reliable of vantage points from which to see events that culminated in the conviction. [paras. 66-68]

B. *The Failure to Cross-Examine on Inconsistencies in Complainant's Testimony*

[22] After the Crown finished the complainant's direct examination, Mr. Holder's counsel requested a brief recess to speak with his client. In his affidavit, Mr. Holder says that during this recess he pointed out several inconsistencies in her testimony "that I wanted [him] to talk about." He states that the complainant said:

1. "we were just acquaintances, but she was actually our drug dealer;"
2. "she had just met us in the last couple of months, but I had known her for over a year and had even helped her move;" and
3. "we caused damage to her car, but I know another guy on a 4-wheeler had smashed into her car which is what caused the damage." [Emphasis added.]

[23] Trial counsel denies Mr. Holder pointed out any of these inconsistencies during the recess and states that the first time he heard about a "guy on a 4-wheeler" causing damage to the complainant's car was in Mr. Holder's affidavit. As noted earlier, counsel knew prior to trial that the complainant was Mr. Holder's drug dealer.

[24] In my opinion, the assertion that counsel failed to cross-examine on the identified inconsistencies in the complainant's testimony is not credible, nor is it sufficient to establish either the prejudice component or performance component of a claim of ineffectiveness of trial counsel. This is not based solely on counsel's denial.

[25] First, the alleged "inconsistencies" regarding the relationship with the complainant were known by counsel and as he explains, he was "of the opinion cross-examining the complainant on the nature of her relationship with [Mr. Holder] would have opened a '*Pandora's Box*'."

[26] This is consistent with his pre-trial opinion of the Crown's case against Mr. Holder, and their objective in proceeding to trial. While Mr. Holder claims that, between the time he entered a plea and the trial, he never met with counsel to discuss his

case or saw his disclosure, counsel's affidavit paints a different picture, in considerable detail, and it is one that aligns with attempting to guard against the offences being viewed as a violent drug robbery.

[27] Counsel deposes that at the bail hearing he reviewed both the "bail package" file and disclosure with Mr. Holder and believed "he understood the evidence upon which the Crown was relying for his conviction." According to counsel, Mr. Holder became quite angry with the complainant, but he informed counsel that she was his drug dealer and would not appear at trial. Later, when Mr. Holder was released on bail, counsel drove him to rural Kings County, a drive that took 45 to 60 minutes. During this time, counsel states that they discussed further the evidence and possible defences and he explained that it was his opinion the physical evidence from the damage to the two vehicles and the complainant's testimony would result in a conviction. Counsel also states that during this drive and in subsequent telephone conversations, he recommended Mr. Holder plead guilty, and advised that doing so would result in jail time, but it would "avoid the risk of the complainant testifying that this was a violent drug robbery." Despite his recommendation, counsel states that Mr. Holder was not interested in pleading guilty since he did not believe the complainant would cooperate with the RCMP, attend trial, or testify against him.

[28] Proceeding to trial on this basis is also consistent with Mr. Holder's affidavit, which states that "[m]y expectation was that the complainant would not appear." It is also consistent with consenting at trial to the agreed facts in relation to the Crown's case, except in relation to the complainant's testimony, which neither Mr. Holder nor his counsel expected would occur. As the Crown explained to the judge at the beginning of the trial, Mr. Holder's lawyer "and his client only wish to hear from the complainant." In sum, I accept that, as Counsel explained, the decision to not cross-examine the complainant on the true nature of her relationship with Mr. Holder was a trial strategy to protect the record on sentencing.

[29] Moreover, while Mr. Holder maintains the complainant's credibility ought to have been impaired by not revealing the true nature of their drug-based relationship, as occurred in *R. v. Gionet*, it is important to bear in mind that Ms. Gionet's acquittal turned on her testifying; she denied she sent a text to the complainant stating that she needed to talk to her and she denied that she hit the complainant, took her vehicle or was even in her vehicle on October 11-12, 2022, as the complainant had testified. Given the evidence in the case against Mr. Holder, which was uncontradicted on the essential elements of the offences, challenging the complainant's credibility based on not disclosing the true nature of their relationship would not, in my view, have had the same impact on the disposition of the case, and could very well have led to his being convicted on findings of fact that could have increased the sentence.

[30] In any event, as stated by Chief Justice Drapeau (as he then was) in *E.K.M. v. R.* 2012 NBCA 64, 391 N.B.R. (2d) 130, "[...] an appellate judge would be foolhardy indeed to second-guess trial strategy in the absence of compelling evidence of malpractice" (at para. 31; see also *Scott-Simpson v. R.*, 2021 NBCA 13, [2021] N.B.J. No. 69 (QL) at para. 7).

[31] Second, Mr. Holder's assertion, that a "guy on a 4-wheeler" caused the damage to the complainant's vehicle, would not, even if accepted as credible, establish the prejudice component. In relation to the vehicles involved, the truly damaging evidence was the complainant's testimony about hitting the SUV driven by Mr. Holder, which was undamaged when it was rented by him. This said, nothing stated by the complainant was incompatible with there being prior damage to her vehicle that was caused by another person, as Mr. Holder submits. She testified that some of the damage on the passenger side was caused by her vehicle striking Mr. Holder's vehicle, the damage to the driver's side front door was caused by Mr. Holder's vehicle striking her vehicle, and there was other, pre-existing damage to her vehicle.

[32] In conclusion, while Mr. Holder does not assert that his counsel should have cross-examined the complainant on other issues, I would underscore that, as counsel

stated in his affidavit, it is unethical for a lawyer to put a false story to a witness on cross-examination and that questions must have a good faith basis. Thus, given that Mr. Holder admitted to counsel that the events were substantially as described by the complainant, it is understandable that counsel concluded there was little to be achieved by questioning the complainant on their relationship without posing a risk to Mr. Holder.

C. Taking Away Mr. Holder's Right to Testify

[33] In his affidavit, Mr. Holder links his lawyer's failure to cross-examine the complaint with the assertion that the lawyer took away his choice about whether to testify. He explains that:

[Counsel] refused to ask these questions. I responded by asking to be put on the stand so I could give my version of events. [counsel] told me that "the judge will make you look like an idiot in front of your mother" and I never ended up testifying.

I specifically recall [counsel] repeating "you're guilty, you're going to jail."

I don't recall how our conversation ended, but I do know that I wanted to testify in my own defence. I felt like the choice as to whether to testify in my defence was taken away from me.

[34] Counsel denies that Mr. Holder asked to be put on the stand or told him that the judge would make him look like an idiot. Further he explains that because Mr. Holder "previously informed me of the truth of the complainant's statement to the police, I would not have put him on the stand as that would have been suborning perjury" and had he intended to testify, "I would have been ethically required to seek the Court's permission to withdraw."

[35] In *Hart v. R.*, 2018 NBCA 36, [2018] N.B.J. No. 138 (QL), Green J.A. writing for the Court stated that where an appellant claims to have been precluded from

testifying by trial counsel the “key issue” is whether this occurred “in spite of the appellant’s clearly expressed wishes” (at para. 27). In that case, the Court was not satisfied trial counsel had precluded the appellant from testifying.

[36] Mr. Holder’s assertions are not sufficient to establish that counsel precluded him from testifying. First, his affidavit suggests he wanted to testify regarding the complainant’s narrow characterization of their relationship, and he does not otherwise reveal what testimony he wanted to give. He doesn’t recall how the alleged discussion with counsel ended and vaguely asserts he feels the choice to testify was taken away. This feeling has likely become stronger over time. Second, when viewed in light of counsel’s denial and explanation, I am not persuaded on a balance of probabilities that even if Mr. Holder did express a desire to testify, that the opportunity to do so was pre-empted by counsel.

[37] For these reasons, I would deny the motion to admit fresh evidence.

D. The Failure to Make Closing Submissions

[38] Mr. Holder’s remaining factual assertion is apparent from the record and not dependent upon the admission of his affidavit. He contends the failure to make closing submissions establishes he did not receive meaningful assistance from his lawyer, and the result was a miscarriage of justice. The Crown maintains that the evidence at trial was overwhelming and oral submissions could not have changed the outcome.

[39] In the recent decision of *R. v. Kahsai*, 2023 SCC 20, [2023] S.C.J. No. 20 (QL), the Supreme Court of Canada commented on the absence of closing submissions in deciding whether restrictions on the appointment of *amicus* led to a miscarriage of justice. Writing for the Court, Karakatsanis J. stated:

[...] It is particularly troubling that there was no closing argument for the defence. This omission contributed to an impression of imbalance in this adversarial proceeding. It

also deprived Mr. Kahsai of the benefit of submissions that the amicus would have made about the Crown's failure to prove planning and deliberation on one of the two counts of murder. These considerations raise concerns about the appearance of fairness in his trial.

[...]

[...] While the appellant bears no burden to prove actual prejudice on this appeal, he needs to show that a well-informed and objective person would find an appearance of unfairness so serious that it would shake their confidence in the administration of justice – a high bar.

In my view, a reasonable member of the public, considering the circumstances of the trial as a whole, would not find that a miscarriage of justice occurred. Instead, they would find the trial fairness concerns were sufficiently addressed by the trial judge and the assistance of amicus, such that a new trial is not required. [paras. 73, 76-77]

[40] The absence of defence submissions on the closing of a trial is always, at least at first blush, cause for concern; however, in the circumstances outlined in these reasons for decision, a miscarriage of justice did not occur and the prejudice component to the assertion of ineffectiveness of counsel is not established.

IV. Disposition

[41] I would deny the motion to admit fresh evidence and dismiss the appeal.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

- [1] Eric Holder a été reconnu coupable de vol qualifié, de vol d'un véhicule à moteur et d'emploi de la violence à cette fin (infraction visée à l'al. 344(1)b du *Code criminel*) et de conduite dangereuse d'un véhicule (infraction prévue au par. 320.13(1)). Il a été condamné à une peine totale de deux ans, moins la période passée en détention provisoire. Il interjette appel de ces déclarations de culpabilité.
- [2] M. Holder soutient que le procès était entaché d'une erreur judiciaire du fait que son avocat n'a fourni aucune assistance utile. Il s'agit de son seul moyen d'appel. Il soutient que l'avocat a omis de contre-interroger la plaignante à propos d'incohérences dans son témoignage, l'a privé de son choix de témoigner ou non et a omis de présenter des observations finales. Pour fournir le fondement factuel nécessaire à ce moyen d'appel, M. Holder a suivi le protocole de notre Cour relatif aux appels comportant des allégations de représentation inefficace de l'avocat au procès. Il a déposé une motion demandant à la Cour d'accueillir comme nouveaux éléments de preuve : (1) son affidavit; et (2) une copie de la décision de première instance dans *R. c. Gionet* (inédite), dans laquelle sa fiancée a été acquittée d'une accusation de participation aux mêmes événements.
- [3] Comme le prévoit le protocole, l'avocat de M. Holder au procès a remis un affidavit en réponse dans lequel il explique les circonstances qui ont limité la stratégie employée en première instance. L'avocat affirme avoir été informé par M. Holder que la déclaration de la plaignante à la GRC était véridique. M. Holder l'a aussi informé qu'elle était sa trafiquante de drogue et qu'il croyait qu'il y aurait des drogues dans son auto à elle, mais qu'ils [TRADUCTION] « n'ont pas trouvé de drogue quand ils ont fouillé le véhicule ». De plus, par suite de son examen de la preuve communiquée, l'avocat a

conclu que la preuve mènerait à une déclaration de culpabilité. Il a expliqué cela à M. Holder et lui a recommandé de plaider coupable [TRADUCTION] « comme geste exprimant ses remords et pour éviter le risque de voir la plaignante témoigner qu'il s'agissait d'un vol qualifié violent lié à la drogue ». M. Holder a refusé de plaider coupable, étant persuadé que la plaignante refuserait de coopérer avec la GRC, de comparaître au procès ou de témoigner contre lui. Malgré cette prévision, la plaignante a comparu et a témoigné; cependant, elle n'a fait aucune mention de vente de drogues, notamment à M. Holder.

[4] L'avocat affirme que, compte tenu de ce qu'il avait appris de M. Holder, la décision de ne pas contre-interroger la plaignante au sujet de leurs rapports était stratégique, soit pour éviter le risque qu'on arrive à la conclusion que M. Holder et sa fiancée cherchaient à rejoindre leur trafiquante de drogue et avaient volé le véhicule dans une tentative infructueuse et violente d'obtenir des drogues. De plus, il affirme que M. Holder ne souhaitait pas témoigner, mais que, dans le cas où il aurait choisi de témoigner, l'avocat aurait été contraint de demander d'être retiré comme avocat au procès, puisqu'il ne pouvait pas continuer de le représenter s'il avait l'intention de fabriquer son témoignage ou de nier son implication dans les événements qui ont donné lieu aux accusations. Enfin, il n'y avait aucun argument raisonnable qui aurait pu contrer la déclaration de culpabilité.

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

II. Preuve produite contre M. Holder

[6] Au procès, la plaignante a témoigné que M. Holder et M^{me} Gionet étaient de ses connaissances, qu'elle les connaissait depuis quelques mois et qu'elle les voyait [TRADUCTION] « de temps en temps – une ou deux fois, environ deux fois par semaine ».

[7] Avant de continuer, je précise que, si j'attire l'attention sur le peu de détails que la plaignante a donnés de ses rapports avec M. Holder et M^{me} Gionet, c'est parce que la prétention de M. Holder est axée principalement sur le fait que l'avocat aurait dû la contre-interroger. M. Holder affirme que, contrairement à la déposition de la plaignante, ils la connaissaient depuis environ un an et elle [TRADUCTION] « était en réalité notre trafiquante de drogue ». Cela s'accorde avec ce qui aurait été dit à l'avocat de M. Holder, selon cet avocat, et avec la conclusion tirée dans *R. c. Gionet*. Dans cette affaire, comme en l'espèce, la plaignante a témoigné que M. Holder et M^{me} Gionet étaient des connaissances; cependant, en contre-interrogatoire, elle a élaboré, et M^{me} Gionet, quant à elle, a témoigné qu'elle et M. Holder avaient une dépendance à la cocaïne et visitaient quotidiennement la plaignante et son amoureux, qui étaient leurs trafiquants de drogue exclusifs.

[8] Je reviens au procès de M. Holder. La plaignante a témoigné que, le soir du 11 octobre 2022, pendant qu'elle revenait en voiture chez elle à Sussex d'une visite chez ses parents, elle avait reçu un texto de M^{me} Gionet disant qu'elle [TRADUCTION] « avait besoin de me parler, avait quelque chose à me dire ». Même si elle n'était plus qu'à une distance de 10 à 15 minutes de route de Sussex, elle a avisé M^{me} Gionet par texto qu'elle n'était pas chez elle et qu'elle allait rentrer, sans toutefois préciser quand.

[9] Cependant, pendant qu'elle empruntait une rue de Sussex la menant à l'intersection de celle-ci avec la petite rue de son domicile, un VUS blanc conduit par M. Holder lui a fait une queue de poisson. M^{me} Gionet occupait le siège passager avant. Les deux se sont alors approchés du véhicule de la plaignante et M^{me} Gionet s'est assise sur le siège passager avant de sa voiture pendant que M. Holder se tenait à la fenêtre du conducteur. La plaignante a témoigné que, pendant un échange vif, elle a entendu : [TRADUCTION] « Donne-moi ta voiture. Donne-moi ta came. »

[10] Elle a témoigné que, M^{me} Gionet étant toujours dans sa voiture, elle est partie et M^{me} Gionet s'est mise à lui donner des coups de poing. En contournant le VUS blanc, elle l'a frappé, endommageant le côté passager ou droit de son véhicule à elle et en

brisant le rétroviseur du côté passager. M. Holder soutient que l'omission de son avocat de contre-interroger la plaignante comprend l'omission de contester son témoignage à propos des dommages au véhicule de la plaignante, qui, selon lui, ont été causés par une autre personne.

[11] Elle a témoigné qu'après qu'elle se fut engagée dans sa rue pour s'approcher de chez elle, le VUS blanc conduit par M. Holder a frappé son véhicule du côté conducteur, ce qui l'a empêchée d'ouvrir la portière conducteur. Dès lors, elle a rampé par-dessus M^{me} Gionet et est sortie de son véhicule par la portière passager, abandonnant notamment sa bourse et son téléphone. Elle a témoigné que, pendant qu'elle courait vers son appartement, elle pouvait entendre M. Holder dire à M^{me} Gionet : [TRADUCTION] « [P]rends la voiture. » Elle a ajouté que [TRADUCTION] « c'est la dernière – je – après ça – je – j'étais partie. Je ne me suis pas retournée pour regarder. » De la fenêtre de son appartement, elle pouvait voir que sa voiture avait disparu et elle a appelé la police pour signaler l'incident. Cela était peu après minuit, le 12 octobre 2022.

[12] L'agent de la GRC qui est arrivé à l'appartement de la plaignante a pris des photos de ses blessures et recueilli sa déclaration. La GRC s'est mise immédiatement à la recherche de M. Holder et de M^{me} Gionet. Ils ont retrouvé le véhicule abandonné de la plaignante à Sussex Corner vers 15 h 30 le 12 octobre 2022.

[13] Ils ont aussi retrouvé le VUS blanc Toyota Rav4 qui avait été loué à M. Holder avant le 12 octobre 2022, puis retourné. L'agence de location a confirmé qu'il était intact avant la location à M. Holder, mais qu'il était endommagé à son retour.

[14] La GRC n'a pas pu contacter M. Holder et M^{me} Gionet avant le 18 octobre 2022; ceux-ci se sont rendus au détachement de Sussex comme il leur a été demandé. Ils ont tous deux été arrêtés.

[15] Au début du procès, l'avocate du ministère public a informé le juge que, par accord, un exposé de faits serait produit en preuve. Elle a expliqué qu'il s'agissait

d'éléments de preuve qui auraient par ailleurs été présentés par les agents de police ou d'autres personnes concernées, mais que l'avocat de M. Holder et [TRADUCTION] « son client ne souhaite[nt] entendre que le témoignage de la plaignante ». Pour donner un portrait d'ensemble des éléments de preuve produits par le ministère public, outre le témoignage de la plaignante, je reproduis ci-dessous le résumé des faits convenus que le juge de première instance a fourni dans ses motifs :

[TRADUCTION]

Avant le procès, les parties ont convenu des faits suivants : premièrement, la GRC a reçu un appel téléphonique le 12 octobre 2022 au sujet d'un véhicule appartenant à [la plaignante] qui aurait été volé par l'accusé et M^[me] Gionet. Deuxièmement, pendant le vol, la [plaignante] a été victime de voies de fait. Troisièmement, la police s'est présentée au domicile [de la plaignante] – les agents l'ont rencontrée en ce lieu et ont pris des photos des blessures faciales subies par elle, lesquelles ont été produites en preuve comme pièce C-1. Quatrièmement, la pièce C-1 montre les blessures faciales subies par [la plaignante]. Cinquièmement, l'accusé, ainsi que M^[me] Gionet, sont – ont plus tard été arrêtés. Sixièmement, l'accusé n'a invoqué aucune violation de la *Charte*. Septièmement, l'accusé n'a fourni aucune déclaration à la police. Huitièmement, le véhicule à moteur [de la plaignante] a été retrouvé plus tard et des photos des dommages au véhicule ont été prises, lesquelles ont été incluses aussi dans la pièce C-1. Neuvièmement, un véhicule qu'avait loué l'accusé a été retrouvé plus tard. Ce véhicule était endommagé et la réparation a coûté 4 629,85 \$. Et dixièmement, ce véhicule de location a été loué avant le 12 octobre 2022 et n'était pas endommagé avant sa location à l'accusé. Le ministère public a appelé un seul témoin au procès, à savoir la plaignante[.]

III. Analyse

A. *Inefficacité de l'avocat – principes et méthode*

[16] Les principes applicables à une allégation d'assistance inefficace de la part d'un avocat ont récemment été résumés dans *Smith-Kingsley c. R.*, 2021 NBCA 51, [2021] A.N.-B. n° 296 (QL). Le juge Drapeau, auteur des motifs de la Cour, a écrit :

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. [par. 22]

[17] Bien qu'il arrive que le dossier de l'instance suffise pour étayer l'allégation d'assistance inefficace de l'avocat mise de l'avant par un appelant, elle est communément accompagnée d'une demande d'admission de nouveaux éléments de preuve visant l'établissement de certains faits qui ne font pas partie du dossier. C'est le cas ici.

[18] La décision d'admettre ou non de nouveaux éléments de preuve est généralement mise en délibéré jusqu'à ce que les parties aient présenté leurs observations en appel, car cela offre la meilleure possibilité d'évaluer si ces preuves sont raisonnablement susceptibles d'influer sur l'issue de l'appel. C'est la méthode décrite par la Cour suprême dans *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, [1988] A.C.S. n° 20 (QL), arrêt précédé par *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL).

[19] Cependant, les critères d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve qui s'appliquent dans le cas d'une question abordée dans la décision frappée d'appel, comme dans les affaires *Palmer* et *Stolar*, sont différents de ceux qui s'appliquent lorsque les nouveaux éléments de preuve se rapportent à un moyen d'appel contestant la validité du déroulement comme tel du procès, comme lors d'une allégation d'assistance inefficace de la part de l'avocat; dans ce dernier cas, la preuve est admissible si l'auteur de la motion réussit à démontrer qu'elle est pertinente, qu'elle est crédible et qu'elle est suffisante (si elle n'est pas contredite) pour que l'ordonnance sollicitée soit justifiée. Comme la juge Quigg l'a expliqué dans *Boucher c. R.* 2021 NBCA 36, [2021] A.N.-B. 201 (QL) :

[...] Tel que le juge Hoyt, juge en chef du Nouveau-Brunswick, l'a déclaré : « [...] le critère de l'arrêt *Palmer* ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, la preuve nouvelle vise à contester la validité du procès même. Dans un cas semblable, lorsque l'objet de la preuve nouvelle est de déterminer un moyen d'appel, le procès lui-même est remis en cause » (voir *R. c. Connors (C.)* (1997), 194 R.N.-B. (2^e) 91, [1997] A.N.-B. n° 469 (QL) (C.A.), par. 3).

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), le juge Richards, juge en chef de la Saskatchewan, a fait une observation semblable et a proposé une démarche à laquelle je souscris :

[TRADUCTION]

[...] Dans ce volet de son appel, M. Dreaver soulève la question de savoir si le procès lui-même était entaché d'erreur judiciaire. Le critère permettant de déterminer l'admissibilité de ce type de preuve nouvelle n'est pas celui, bien connu, énoncé dans l'arrêt *R. c. Palmer*, [1980] 1 R.C.S. 759. **D'après la jurisprudence applicable, plutôt, une preuve telle que celle en l'espèce devrait être admise si a) elle est pertinente quant à une question dont la cour est saisie, b) elle est plausible, et c) elle suffit (si elle n'est pas contredite) pour justifier l'octroi de l'ordonnance sollicitée.** Voir *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616, par. 45; *R. c. S.G.T.*, 2011 SKCA 4, 265 C.C.C. (3d) 550, par. 39 et 40. [par. 33 et 44] [Gras et soulignement ajoutés; par. 18 et 19]

[20] Le ministère public ne conteste pas la demande de M. Holder d'admettre la décision de première instance dans *R. c. Gionet*.

[21] Par contre, le ministère public s'oppose à l'admission de l'affidavit de M. Holder. Bien qu'il concède que l'affidavit se rapporte à son seul moyen d'appel et que, si on ajoutait foi à son contenu, il serait suffisant pour que l'appel soit accueilli, le ministère public soutient que les assertions clés de M. Holder ne sont pas crédibles et sont une fabrication servant à obtenir un nouveau procès. Il fait valoir qu'il faut user de prudence devant des prétentions, émises à la suite d'une déclaration de culpabilité, voulant que l'avocat au procès ait été inefficace, surtout lorsqu'il s'agit de prétentions d'avoir été privé de la chance de témoigner (invoquant *R. c. McKenzie*, 2007 ONCA 470, [2007] O.J. No. 3222 (QL), par. 68; *R. c. Archer*, [2005] O.J. No. 4348 (Q.L.) (C.A.),

par. 141; *R. c. Le (T.D.)*, 2011 MBCA 83, [2011] M.J. No. 318 (QL), par. 176). Comme il est dit dans *R. c. McKenzie* :

[TRADUCTION]

L'avocat au procès soutient qu'il a conseillé très vivement à l'appelant de ne pas témoigner, mais qu'il lui a fait comprendre clairement que la décision était la sienne.

Le droit est clair à ce propos :

[TRADUCTION]

Si l'appelant peut démontrer que ce n'était pas lui, mais plutôt l'avocat au procès, qui a décidé que l'appelant ne témoignerait pas, et que celui-ci aurait témoigné s'il avait compris que la décision lui revenait, il me semble qu'on doit accepter que son témoignage eût pu influencer sur le résultat, établissant ainsi l'existence d'une erreur judiciaire... La question centrale devient donc : qui a pris la décision? (*Archer, supra*, p. 102.)

Je dois toutefois tenir compte du fait que l'appelant a un très important mobile pour fabriquer l'allégation voulant qu'il ait été privé du droit de décider de témoigner ou non. Comme l'a fait remarquer notre Cour dans l'arrêt *Archer*, à la page 102 :

[TRADUCTION]

L'appelant n'est plus présumé innocent. C'est en tant que criminel déclaré coupable et risquant une longue détention au pénitencier qu'il formule une allégation contre son avocat au procès. Sans doute l'appelant comprend que, s'il peut convaincre le tribunal que son propre avocat l'a privé de l'occasion de témoigner, il aura accès à un nouveau procès. Le bon sens appelle à la prudence devant des allégations portées contre les avocats ayant occupé dans le cadre d'un procès par des personnes reconnues coupables qui cherchent à éviter de longues peines d'emprisonnement. Il faut aussi reconnaître que la nature confidentielle des rapports entre avocat et client peut faciliter la tâche au client désireux de faire toutes sortes d'allégations sans fondement contre son ancien avocat.

De plus, mise à part la possibilité d'une fabrication de la part de l'appelant, il n'est pas rare qu'une personne qui a été reconnue coupable après avoir été fortement conseillée par son avocat de ne pas témoigner arrive à croire, en attendant l'audition de son appel, que le conseil pressant de son avocat de ne pas témoigner équivalait en réalité à une décision de l'avocat. La rétrospective du prisonnier à travers les barreaux de sa cellule n'est pas le meilleur point d'observation pour revoir les événements qui lui ont valu une déclaration de culpabilité. [par. 66 à 68]

B. *Omission de contre-interroger relativement à des incohérences dans le témoignage de la plaignante*

[22] À la fin de l'interrogatoire principal de la plaignante par le ministère public, l'avocat de M. Holder a demandé une brève pause afin qu'il puisse consulter son client. Dans son affidavit, M. Holder dit que, pendant cette pause, il avait signalé plusieurs incohérences dans le témoignage de la plaignante [TRADUCTION] « que je voulais [qu'il] aborde ». Il déclare que la plaignante a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. « nous n'étions que des connaissances, mais elle était en réalité notre trafiquante de drogue »;
2. « elle nous avait rencontrés juste depuis ces derniers mois, mais je la connaissais depuis plus d'un an et je l'avais même aidée à déménager »;
3. « nous avons endommagé sa voiture, mais je sais qu'un autre gars à bord d'un quatre-roues avait rentré dans sa voiture, ce qui a causé les dommages. »
[Soulignement ajouté.]

[23] L'avocat au procès nie que M. Holder ait signalé l'une quelconque de ces incohérences pendant la pause et affirme que la première fois qu'il a entendu parler d'un [TRADUCTION] « gars à bord d'un quatre-roues » qui aurait endommagé la voiture de la plaignante était en lisant l'affidavit de M. Holder. Comme je l'ai mentionné ci-dessus,

l'avocat savait avant le procès que la plaignante était la trafiquante de drogue de M. Holder.

[24] À mon avis, l'assertion voulant que l'avocat ait omis de contre-interroger à propos d'incohérences signalées dans le témoignage de la plaignante n'est ni crédible ni suffisante pour établir le volet appréciation du préjudice ou le volet examen du travail de l'avocat d'une allégation de représentation inefficace de la part de l'avocat au procès. Je ne fonde pas mon opinion uniquement sur la dénégation de l'avocat.

[25] Premièrement, les prétendues [TRADUCTION] « incohérences » concernant les rapports avec la plaignante étaient connues de l'avocat et, comme il l'explique, il était [TRADUCTION] « d'avis que contre-interroger la plaignante sur la nature des rapports de celle-ci avec [M. Holder] aurait ouvert une “*boîte de Pandore*” ».

[26] Cette affirmation concorde avec l'opinion qu'il avait avant le procès au sujet de la preuve du ministère public contre M. Holder et de l'objectif de la poursuite. M. Holder soutient que, entre l'inscription de son plaidoyer et le procès, il n'a jamais rencontré son avocat pour discuter de l'affaire ni pris connaissance de la preuve communiquée, mais l'affidavit de l'avocat présente un récit différent, très détaillé, récit qui s'accorde avec la tentative d'éviter que les infractions soient considérées comme un vol qualifié violent lié à la drogue.

[27] L'avocat dépose que, à l'occasion de l'audience sur la libération sous caution, il a passé en revue avec M. Holder à la fois le dossier du [TRADUCTION] « régime de libération sous caution » et la preuve communiquée, et il était persuadé que [TRADUCTION] « [son client] comprenait sur quelle preuve le ministère public se fondait pour qu'il soit déclaré coupable ». Selon l'avocat, M. Holder s'était emporté contre la plaignante, mais avait avisé son avocat qu'elle était sa trafiquante de drogue et qu'elle ne comparaitrait pas au procès. Plus tard, M. Holder ayant été libéré sous caution, l'avocat l'a conduit à une localité rurale du comté de Kings, ce qui a pris entre 45 et 60 minutes. L'avocat affirme que, pendant le trajet, ils ont continué de discuter de la

preuve et des moyens de défense possibles et qu'il a expliqué qu'à son avis les preuves matérielles des dommages aux deux véhicules ainsi que le témoignage de la plaignante allaient entraîner une déclaration de culpabilité. L'avocat déclare aussi que, pendant le trajet et au cours d'entretiens téléphoniques subséquents, il a recommandé à M. Holder de plaider coupable, l'informant que, ce faisant, il serait condamné à une peine d'emprisonnement, mais que cela [TRADUCTION] « éviterait le risque que la plaignante témoigne qu'il s'agissait d'un vol qualifié violent lié à la drogue ». Malgré sa recommandation, affirme l'avocat, M. Holder n'était pas intéressé de plaider coupable, puisqu'il ne croyait pas que la plaignante allait coopérer avec la GRC, comparaître au procès ou témoigner contre lui.

[28] Ce récit des préparatifs du procès est également compatible avec l'affidavit de M. Holder dans lequel il affirme : [TRADUCTION] « Je m'attendais à ce que la plaignante ne compare pas. » Elle s'accorde aussi avec le consentement donné au procès aux faits convenus relativement à la preuve du ministère public, sauf par rapport au témoignage de la plaignante, que ni M. Holder ni son avocat n'avaient prévu. L'avocat de M. Holder et [TRADUCTION] « son client ne souhaite[nt] entendre que le témoignage de la plaignante », avait expliqué le ministère public au juge au début du procès. En somme, j'accepte, suivant l'explication de l'avocat, que la décision de ne pas contre-interroger la plaignante sur la nature véritable de ses rapports avec M. Holder fût une stratégie judiciaire en prévision de la détermination de la peine.

[29] De plus, M. Holder a beau soutenir que la crédibilité de la plaignante aurait dû être attaquée en raison de l'omission de celle-ci de révéler la nature véritable de leurs rapports axés sur la drogue, comme ce fut le cas dans *R. c. Gionet*, il importe de se rappeler que l'acquittement de M^{me} Gionet est attribuable principalement au fait qu'elle a témoigné; elle a nié avoir envoyé un texto à la plaignante lui disant qu'elle avait besoin de lui parler, et elle a nié avoir frappé la plaignante, avoir pris son véhicule ou même avoir pris place dans son véhicule les 11 et 12 octobre 2022, contrairement au témoignage qu'avait donné la plaignante. Compte tenu de la preuve dans la cause de M. Holder, qui n'a pas été contredite quant aux éléments essentiels des infractions,

attaquer la crédibilité de la plaignante en raison de son omission de révéler la nature véritable de leurs rapports n'aurait pas eu, à mon avis, le même effet sur l'issue de la cause, et aurait très bien pu avoir pour résultat qu'il soit déclaré coupable par suite des conclusions de fait susceptibles d'aggraver sa peine.

[30] Quoi qu'il en soit, comme l'a déclaré le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) dans *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, 391 R.N.-B. (2^e) 130, « [...] un juge siégeant en appel serait bien téméraire de remettre en question la stratégie retenue pour le procès en l'absence d'une preuve de faute professionnelle qui soit solide » (par. 31; voir aussi *Scott-Simpson c. R.*, 2021 NBCA 13, [2021] A.N.-B. n^o 69 (QL), par. 7).

[31] Deuxièmement, l'assertion de M. Holder voulant qu'un [TRADUCTION] « gars à bord d'un quatre-roues » ait causé les dommages au véhicule de la plaignante aurait été insuffisante, à supposer qu'elle ait été acceptée comme crédible, pour établir le volet appréciation du préjudice. Concernant les véhicules en question, la preuve vraiment accablante était le témoignage de la plaignante selon lequel elle avait frappé le VUS que conduisait M. Holder, qui n'était pas endommagé au moment où il lui a été loué. Cela dit, rien de ce qu'a affirmé la plaignante n'était incompatible avec la possibilité que son véhicule à elle ait été endommagé antérieurement par une autre personne, comme le soutient M. Holder. Selon le témoignage de la plaignante, les dommages du côté passager sont attribuables en partie à la collision de son véhicule avec celui de M. Holder, les dommages à la portière avant du côté conducteur sont attribuables à la collision du véhicule de M. Holder avec le sien, et d'autres dommages à son véhicule existaient déjà.

[32] En conclusion, même s'il est vrai que M. Holder n'affirme pas que son avocat aurait dû contre-interroger la plaignante sur d'autres questions, je tiens à souligner que, comme l'a dit l'avocat dans son affidavit, la déontologie interdit à un avocat de contre-interroger un témoin au moyen d'un récit fictif et que les questions doivent être posées de bonne foi. Par conséquent, puisque M. Holder avait avoué à son avocat que les événements étaient essentiellement ceux décrits par la plaignante, on peut comprendre

que l'avocat ait conclu qu'il y avait peu à gagner en interrogeant la plaignante quant à ses rapports avec M. Holder, au risque même de compromettre M. Holder.

C. Priver M. Holder de son droit de témoigner

[33] Dans son affidavit, M. Holder fait un lien entre l'omission de son avocat de contre-interroger la plaignante et l'affirmation voulant que l'avocat l'ait privé de son choix de témoigner ou non. Voici son explication :

[TRADUCTION]

[L'avocat] a refusé de poser ces questions. J'ai répliqué en demandant d'être appelé à la barre pour que je puisse donner ma version des faits. [L'avocat] m'a dit : « [L]e juge te fera passer pour un idiot aux yeux de ta mère », et j'ai fini par ne jamais témoigner.

Je me rappelle spécifiquement les propos répétés de [l'avocat] : « [T]u es coupable, tu vas aller en prison. »

Je ne me rappelle pas comment a pris fin notre entretien, mais je sais que je voulais témoigner en ma défense. J'avais l'impression que le choix de témoigner ou non en ma défense m'avait été enlevé.

[34] L'avocat nie que M. Holder ait demandé d'être appelé à témoigner ou qu'il lui ait dit que le juge le ferait passer pour un idiot. De plus, il explique que, comme M. Holder [TRADUCTION] « m'avait informé auparavant de la véracité de la déclaration de la plaignante à la police, je ne l'aurais pas appelé à témoigner, car cela aurait constitué une subornation de témoin » et que, s'il avait exprimé l'intention de témoigner, [TRADUCTION] « j'aurais été obligé déontologiquement de solliciter la permission de la Cour de me retirer du dossier ».

[35] Dans *Hart c. R.*, 2018 NBCA 36, [2018] A.N.-B. n° 138 (QL), le juge Green a déclaré au nom de la Cour que, dans un cas où l'appelant prétend avoir été empêché par l'avocat au procès de témoigner, la « question fondamentale » est de savoir si cela est survenu « bien qu'il en ait clairement exprimé le désir » (par. 27). Dans cette

affaire, notre Cour n'était pas convaincue que l'avocat au procès eût empêché l'appelant de témoigner.

[36] Les assertions de M. Holder ne suffisent pas pour établir que l'avocat l'a empêché de témoigner. Premièrement, son affidavit laisse entendre qu'il voulait témoigner au sujet des détails limités donnés par la plaignante quant à leurs rapports, et il ne révèle pas par ailleurs le reste du témoignage qu'il voulait donner. Il ne se rappelle pas comment la discussion avec son avocat s'est terminée et affirme vaguement avoir l'impression que le choix de témoigner ou non lui a été retiré. Cette impression s'est sans doute renforcée au fil du temps. Deuxièmement, regardant la chose à la lumière de la dénégation et de l'explication de l'avocat, je ne suis pas persuadé suivant la prépondérance des probabilités, même en supposant que M. Holder ait exprimé le désir de témoigner, que la chance de le faire ait été contrecarrée par l'avocat.

[37] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la motion visant l'admission de nouveaux éléments de preuve.

D. Omission de présenter des observations finales

[38] La dernière des assertions factuelles de M. Holder est documentée par le dossier et ne dépend pas de l'admission éventuelle de son affidavit. Il prétend que l'omission de présenter des observations finales démontre qu'il n'a pas reçu une assistance utile de son avocat et qu'une erreur judiciaire en a résulté. Le ministère public soutient que la preuve au procès était écrasante et que des observations orales n'auraient guère pu changer l'issue.

[39] Dans le récent arrêt *R. c. Kahsai*, 2023 CSC 20, [2023] A.C.S. n° 20 (QL), la Cour suprême du Canada s'est penchée sur l'absence d'observations finales afin de déterminer si des restrictions sur la nomination de l'*amicus* avaient entraîné une erreur judiciaire. Au nom de la Cour, la juge Karakatsanis a déclaré ce qui suit :

[...] Il est particulièrement troublant qu'aucune plaidoirie finale n'ait été présentée pour la défense. Cette omission a contribué à donner une impression de déséquilibre dans cette procédure contradictoire. Elle a aussi privé M. Khsai de l'avantage d'observations que l'*amicus* aurait formulées quant au fait que la Couronne n'a pas prouvé la préméditation et le propos délibéré relativement à un des deux chefs de meurtre. Ces considérations soulèvent des préoccupations quant à l'apparence d'équité dans son procès.

[...]

[...] Bien que l'appelant n'ait pas le fardeau de démontrer dans le présent appel qu'il a subi un réel préjudice, il doit prouver qu'une personne éclairée et objective verrait dans le procès une apparence d'iniquité si grave qu'elle ébranlerait sa confiance dans l'administration de la justice – un seuil élevé.

Selon moi, un membre raisonnable du public, considérant les circonstances du procès dans leur ensemble, ne conclurait pas qu'il y a eu erreur judiciaire. Il estimerait plutôt que le juge du procès, avec l'aide de l'*amicus*, a suffisamment traité des préoccupations relatives à l'équité du procès, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès. [par. 73, 76 et 77]

[40] L'absence d'observations de la défense à la clôture d'un procès est toujours, du moins à première vue, source de préoccupation; cependant, dans les circonstances que j'ai décrites dans les présents motifs, il n'y a pas eu d'erreur judiciaire et le volet appréciation du préjudice de l'allégation de représentation inefficace de la part de l'avocat n'est pas établi.

IV. Dispositif

[41] Je suis d'avis de rejeter la motion visant l'admission de nouveaux éléments de preuve et de rejeter l'appel.