

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

16-24-CA

G.H.

G.H.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

G.H. v. R., 2025 NBCA 35

G.H. c. R., 2025 NBCA 35

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice French

CORAM :

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

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

November 22, 2023 (conviction)
January 31, 2024 (sentencing)

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

le 22 novembre 2023 (déclaration de culpabilité)
le 31 janvier 2024 (détermination de la peine)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
Inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard and judgment rendered:
January 23, 2025

Appel entendu et jugement rendu :
le 23 janvier 2025

Reasons delivered:
March 6, 2025

Motifs déposés :
le 6 mars 2025

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Ben Reentovich

Pour l'appelant :
Ben Reentovich

For the respondent:
Patrick McGuinty and
Joanne Park

THE COURT

At the close of the hearing, the appeal was allowed, the convictions were set aside and a new trial was ordered, all with reasons to follow. The reasons are set out in the following text.

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty et
Joanne Park

LA COUR

À la conclusion de l'audience, la Cour a accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès, et elle a indiqué que les motifs suivraient. Voici ces motifs.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] When defending an individual accused of a criminal offence, counsel is often required to make critical tactical decisions. Absent demonstrated incompetence, appellate courts will not second-guess these strategic choices. However, two decisions particularly stand apart as fundamentally distinct from the array of tactical decisions entrusted to counsel: the decision to plead guilty and the decision whether the accused will testify. These decisions belong solely to the accused, as it is the accused, not his or her lawyer, who bears the personal and legal consequences of a conviction.

[2] Naturally, when represented by counsel, an accused person does not make these decisions in isolation but benefits from informed legal advice. Counsel's responsibility is to ensure the accused fully understands their options and the potential ramifications of each choice. When it comes to testifying, if it is shown that the decision was made by counsel rather than the accused, a miscarriage of justice may arise—one that may have to be rectified on appeal.

[3] Such a miscarriage of justice occurred in this case. Consequently, at the conclusion of the hearing, we allowed the appeal, set aside the convictions, and ordered a new trial. At that time, we indicated that reasons would follow. These are those reasons.

II. Analysis

[4] G.H. was charged with two counts of sexual crimes. A trial before a judge alone in the Court of King's Bench resulted in a finding of guilt on both counts, although one was conditionally stayed based on the *Kienapple* principle (*Kienapple v. R.*, [1975] 1 S.C.R. 729, [1974] S.C.J. No. 76 (QL)). Mr. H. appeals his conviction, raising three

grounds. Only one needs to be addressed: whether Mr. H. was denied the opportunity to make an informed choice as to whether to testify in his own defence.

[5] As stated above, the law is clear that the decision to testify in one's own defence rests with accused persons, not their lawyer. The law also dictates that appellate courts must proceed with caution when assessing a claim that trial counsel prevented an appellant from testifying. We adopt as our own the following words of Doherty J.A. in *R. v. Archer*, [2005] O.J. No. 4348 (QL) (C.A.):

While counsel owes an obligation to advise his client as to whether he or she should testify, the ultimate determination must be made by the client: *G.B.D.*, *supra*, at p. 300; M. Proulx & D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law* (Toronto: Irwin Law, 2001) at pp. 114-30. 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: see *R. v. Moore* (2002), 163 C.C.C. (3d) 343 at 371 (Sask. C.A.). The crucial question becomes – who made the decision?

The appellant bears the onus of demonstrating that trial counsel and not the appellant decided that the appellant would not testify. In determining whether the appellant has met that onus, I bear in mind the strong presumption of competence in favour of counsel. Counsel was an experienced criminal lawyer with over twenty years in practice.

The appellant also has a very strong motive to fabricate the claim that he was denied the right to decide whether to testify. 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. 139-142]

See also *R. v. McKenzie*, 2007 ONCA 470, [2007] O.J. No. 3222 (QL), at paras. 64 to 68, and *R. v. Holder*, 2024 NBCA 61, [2024] N.B.J. No. 114 (QL), at para. 21.

[6] In the present case, Mr. H. sought to adduce evidence on appeal to demonstrate that the decision for him not to testify at trial was made by his lawyer and that he was not aware the decision was his to make. This ground of appeal triggered our Court's protocol to inform his trial counsel of the allegation, resulting in a detailed affidavit from trial counsel explaining her interactions with Mr. H., which led to the decision that he would not testify. It is this very affidavit that convinces us the decision for Mr. H. not to testify was made by trial counsel and not by Mr. H. himself.

[7] In her affidavit, trial counsel candidly states that she "ultimately made the tactical decision not to call Mr. H. as a witness at trial," repeating later that it was she who "made the tactical decision not to call his evidence" and further that Mr. H. "agreed with my decision if that is what I thought would be best for his trial" (emphasis added). While the affidavit outlines detailed reasons why counsel would have advised Mr. H. that it was not in his best interest to testify, it leaves no doubt that it was she who made the decision that the defence would not call any evidence, including the testimony of Mr. H. himself.

[8] Trial counsel raises her ethical obligations not to adduce testimony she believed to be false, asserting that inconsistencies in Mr. H.'s recollection—due to medication and resulting short-term memory loss—were a concern. In our view, these ethical preoccupations were misguided. There is a distinction between adducing false evidence and adducing weak evidence. It is clear from the affidavit that trial counsel could not assert Mr. H. would perjure himself, as he had consistently denied the allegations. While counsel was correct in concluding Mr. H. might be a poor witness prone to inconsistencies, her role was to advise him of the pros and cons of testifying and leave the ultimate decision to him. This was not done.

[9] The remaining question is whether Mr. H. would have chosen to testify had he known the decision was his to make. He now claims he would have, but, as Doherty J.A. observed, “common sense dictates a cautious approach to allegations against trial lawyers made by convicted persons who are seeking to avoid lengthy jail terms.”

[10] In the present case, not only did Mr. H. swear an affidavit stating he wished to deny the allegations against him, but he also testified before us. It was clear to us that, despite cognitive challenges, Mr. H. consistently believed he should present his denials in court. We accept his testimony because, to some extent, it is supported by trial counsel's affidavit. While counsel does not state this explicitly, she does indicate that the matter of Mr. H. testifying was repeatedly discussed, and her affidavit gives the impression that Mr. H. only went along with her decision because he believed it was hers to make.

[11] Given the circumstances of this case, and having admitted new evidence on appeal, we conclude that Mr. H. has demonstrated both that he was deprived of the decision to testify and that, had he known it was his decision, he would have testified at trial, despite legal advice to the contrary. It follows that, as in *Archer*, it must be accepted that his testimony could have affected the result, thereby establishing that a miscarriage of justice occurred (see *Archer*, para. 139). On this point, it is noteworthy that the trial judge, in his reasons for decision, twice emphasized that Mr. H. had not testified or challenged the complainant's version under oath, though he also noted Mr. H. had no obligation to do so.

III. Disposition

[12] For these reasons, we admitted the new evidence, allowed the appeal, set aside the convictions, and ordered a new trial.

[13] We close with one additional observation. In *Archer*, the appellant was not successful, as he had signed a direction during trial acknowledging that counsel had fully explained the implications of testifying and that he had instructed counsel not to call him as a witness in full awareness of the consequences (see paras. 137, 143-150). In our view, counsel in this province would be wise to adopt such a practice.

LE JUGE EN CHEF RICHARD

I. Introduction

[1] L'avocat qui défend une personne accusée d'un acte criminel est souvent appelé à prendre des décisions stratégiques critiques. Dans de tels cas, à moins d'incompétence manifeste de sa part, les tribunaux d'appel ne remettent pas ces choix en question. Cependant, deux de ces décisions se distinguent fondamentalement de toutes celles qui sont confiées à l'avocat : la décision de plaider coupable et la décision de témoigner en sa propre défense. Ces décisions appartiennent exclusivement à l'accusé, puisque c'est ce dernier, et non son avocat, qui subit les conséquences personnelles et légales en cas de déclaration de culpabilité.

[2] Bien entendu, l'accusé qui est représenté par un avocat ne prend pas ces décisions seul : il bénéficie des conseils juridiques éclairés de son avocat. Il incombe donc à ce dernier de veiller à ce que l'accusé comprenne parfaitement les choix qui s'offrent à lui et les conséquences possibles de chacun. En ce qui concerne la décision de témoigner ou non au procès, s'il apparaît que la décision a été prise par l'avocat plutôt que par l'accusé, il y a risque que se produise une erreur judiciaire qui pourrait devoir être corrigée en appel.

[3] Une erreur judiciaire s'est produite en l'espèce une telle. Par conséquent, à la conclusion de l'audience, nous avons accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès, précisant alors que les motifs suivraient. Voici ces motifs.

II. Analyse

[4] G.H. a été inculpé de deux chefs d'accusation lui reprochant des crimes de nature sexuelle. Le procès tenu devant un juge siégeant seul à la Cour du Banc du Roi s'est

conclu par une déclaration de culpabilité relativement aux deux chefs, dont l'un a été suspendu conditionnellement en application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. R.*, [1975] 1 R.C.S. 729, [1974] A.C.S. n° 76 (QL). M. H. interjette appel de sa déclaration de culpabilité et fait valoir trois moyens. Un seul doit être traité : est-ce que M. H. a été privé de la possibilité de décider de façon éclairée s'il allait ou non témoigner en sa propre défense?

[5] Nous l'avons dit plus haut : il est clairement établi en droit que le choix de témoigner en sa propre défense appartient à la personne accusée et non à son avocat. Le droit impose aussi aux cours d'appel de faire preuve de prudence en examinant les prétentions de l'appelant qui affirme que son avocat l'a empêché de témoigner à son procès. À ce sujet, nous faisons nôtre l'exposé du juge Doherty dans *R. c. Archer*, [2005] O.J. No. 4348 (QL) (C.A.) :

[TRADUCTION]

Certes, l'avocat a l'obligation de conseiller son client quant à l'opportunité de témoigner ou non, mais la décision finale appartient au client : *G.B.D.*, précité, p. 300; M. Proulx et D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 114 à 130. Si l'appelant peut prouver que la décision de ne pas témoigner a été prise par l'avocat qui le défendait au procès, et qu'il aurait choisi de témoigner s'il avait compris que la décision lui revenait, il me semble qu'il faut accepter que le témoignage de l'appelant aurait pu avoir une incidence sur l'issue du procès et conclure dès lors qu'il y a eu erreur judiciaire : voir *R. c. Moore* (2002), 163 C.C.C. (3d) 343, p. 371 (C.A. Sask.). La question fondamentale consiste donc à déterminer qui a pris la décision?

C'est à l'appelant qu'il incombe de prouver que la décision de ne pas témoigner n'était pas la sienne, mais bien celle de son avocat au procès. Pour déterminer si l'appelant s'est acquitté de ce fardeau, je dois tenir compte de la forte présomption de compétence en faveur de l'avocat. En l'espèce, l'avocat est un criminaliste ayant plus de vingt ans d'expérience de pratique.

L'appelant a également de solides raisons de prétendre avoir été privé de son droit de témoigner. Il n'est plus présumé

innocent, et c'est en tant que criminel déclaré coupable et passible d'une longue peine d'emprisonnement qu'il formule cette allégation contre l'avocat l'ayant représenté au procès. L'appelant comprend probablement que, s'il arrive à convaincre le tribunal que son propre avocat l'a privé de la possibilité de témoigner, il bénéficiera d'un nouveau procès. Le bon sens appelle à traiter avec prudence les allégations que porte contre son avocat la personne qui a été reconnue coupable et qui cherche à éviter une longue peine d'emprisonnement. Il faut reconnaître en outre que la nature confidentielle de la relation entre avocat et client peut faciliter la tâche au client désireux de formuler toutes sortes d'allégations contre son ancien avocat.

De plus, outre la possibilité d'une fabrication des allégations de la part de l'appelant, il n'est pas rare qu'une personne qui est reconnue coupable après que son avocat lui a fortement conseillé de ne pas témoigner en vienne à croire, en attendant l'audition de son appel, que le conseil pressant que lui a donné son avocat en ce sens était en fait une décision de l'avocat. La perspective qu'a une personne en cellule sur les événements qui ont mené à la déclaration de culpabilité n'est pas la plus fiable. [par. 139 à 142]

Voir aussi *R. c. McKenzie*, 2007 ONCA 470, [2007] O.J. No. 3222 (QL), par. 64 à 68, et *R. c. Holder*, 2024 NBCA 61, [2024] A.N.-B n° 114 (QL), par. 21.

[6] En l'espèce, M. H. a demandé à produire de nouvelles preuves en appel pour montrer que la décision de ne pas l'appeler à témoigner avait été prise par son avocat et qu'il ne savait pas qu'il s'agissait d'une décision qui lui revenait. Ce moyen d'appel a déclenché l'application par notre Cour du protocole consistant à informer l'avocate qui l'a représenté au procès des allégations de M. H. En conséquence, l'avocate a souscrit un affidavit indiquant en détail ses interactions avec M. H. qui ont mené à la décision qu'il ne témoignerait pas. C'est cet affidavit qui nous a convaincus que la décision de ne pas faire témoigner M. H. avait été prise par l'avocate et non par M. H.

[7] Dans son affidavit, l'avocate ayant représenté M. H. au procès a écrit avec franchise qu'elle avait [TRADUCTION] « fini par prendre la décision tactique de ne pas citer M. H. comme témoin au procès », puis a répété que c'était elle qui avait

[TRADUCTION] « pris la décision tactique de ne pas l'appeler à la barre », et que M. H. [TRADUCTION] « était d'accord avec ma décision, si je pensais que c'était le meilleur choix pour son procès » (soulignement ajouté). L'affidavit explique en détail pourquoi l'avocate aurait dit à M. H. qu'il n'était pas dans son intérêt de témoigner, et il ne fait aucun doute que c'est elle qui a pris la décision de ne produire aucune preuve, pas même le témoignage de M. H.

[8] L'avocate ayant représenté M. H. au procès fait valoir que ses obligations éthiques lui interdisent de produire un témoignage qu'elle croit faux, et que l'incohérence des souvenirs de M. H., attribuable à certains médicaments qui provoquent des pertes de mémoire à court terme, l'inquiétait. À notre sens, ses préoccupations éthiques étaient mal fondées. Il y a une différence entre la présentation de faux témoignages et de témoignages faibles. L'affidavit montre clairement que l'avocate ne pouvait pas savoir avec certitude que M. H. allait se parjurer, celui-ci ayant constamment nié les allégations en question. Certes, elle avait raison de croire que M. H. serait un témoin plutôt incohérent, mais son rôle était de lui expliquer en quoi le fait de témoigner lui serait bénéfique et en quoi il lui nuirait, pour ensuite le laisser prendre la décision finale. Or, ce n'est pas ce qu'elle a fait.

[9] Il reste maintenant à déterminer si M. H. aurait choisi de témoigner s'il avait su que la décision lui revenait. Il affirme maintenant qu'il aurait témoigné, mais, comme l'a fait observer le juge Doherty, [TRADUCTION] « [L]e bon sens appelle à traiter avec prudence les allégations que porte contre son avocat la personne qui a été reconnue coupable et qui cherche à éviter une longue peine d'emprisonnement ».

[10] En l'espèce, non seulement M. H. a-t-il souscrit un affidavit dans lequel il déclarait souhaiter de nier les allégations formulées contre lui, mais il a en plus témoigné devant nous. Il nous est apparu clairement que, malgré certains problèmes cognitifs, M. H. n'a jamais cessé de croire qu'il devait exprimer ses dénégations devant la Cour. Nous retenons son témoignage en ce sens parce qu'il est, dans une certaine mesure, corroboré par l'affidavit de l'avocate l'ayant représenté au procès. Même si l'avocate ne le dit pas expressément, elle indique qu'elle a discuté plusieurs fois avec M. H. de son témoignage

éventuel, et son affidavit donne l'impression que M. H. s'est rangé à son avis uniquement parce qu'il croyait que c'était à elle d'en décider.

[11] Compte tenu des circonstances de l'affaire et des nouvelles preuves produites en appel, nous concluons que M. H. a montré à la fois qu'il a été privé de son choix de témoigner et que, s'il avait su que la décision lui revenait, il aurait témoigné à son procès même si son avocate le lui déconseillait. Il s'ensuit que, tout comme dans l'affaire *Archer*, il faut accepter que le témoignage de M. H. ait pu avoir une incidence sur l'issue du procès et qu'il y a donc eu erreur judiciaire (voir l'arrêt *Archer*, par. 139). Il importe de mentionner à cet égard que, dans ses motifs, le juge du procès a souligné deux fois que M. H. n'avait pas témoigné et n'avait pas contesté le témoignage fait sous serment de la plaignante, tout en faisant remarquer qu'il n'y était pas tenu.

III. Dispositif

[12] Pour les motifs qui précèdent, nous avons admis les nouvelles preuves, accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[13] Nous ajouterons en conclusion une observation supplémentaire. Dans l'arrêt *Archer*, l'appelant n'a pas eu gain de cause parce que, pendant le procès, il a signé une directive reconnaissant que son avocat lui avait expliqué toutes les implications d'un témoignage de sa part et que, mis au fait de toutes les conséquences de son témoignage éventuel, il avait donné à son avocat la directive de ne pas l'appeler à la barre (voir les par. 137 et 143 à 150). À notre avis, il serait judicieux pour les avocats de notre province d'adopter une pratique semblable.