

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

87-09-CA

JAMES IAN GARDINER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Gardiner v. R., 2010 NBCA 46

CORAM:

The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green

Appeal from conviction by the Court of Queen's  
Bench following trial before judge and jury:  
May 30, 2009

History of case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
March 16, 2010 and April 12, 2010

Judgment rendered:  
June 17, 2010

Reasons delivered :  
September 9, 2010

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice Richard

JAMES IAN GARDINER

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Gardiner c. R., 2010 NBCA 46

CORAM :

L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Quigg  
L'honorable juge Green

Appel de la déclaration de culpabilité prononcée  
par la Cour du Banc de la Reine au terme d'un  
procès devant juge et jury :  
Le 30 mai 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu :  
Le 16 mars 2010 et le 12 avril 2010

Jugement rendu :  
Le 17 juin 2010

Motifs déposés :  
Le 9 septembre 2010

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Richard

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Gary A. Miller and Marc A. Bourgeois

For the respondent:  
Cameron Gunn

THE COURT

The appeal is allowed, the convictions are set aside and a new trial is ordered.

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Quigg  
L'honorable juge Green

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Gary A. Miller et Marc A. Bourgeois

Pour l'intimée :  
Cameron Gunn

LA COUR

Accueille l'appel, annule les déclarations de culpabilité et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

- [1] It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the “effective assistance” of that counsel. This proposition goes to the very heart of the adversarial system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of Canada recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is “derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada, and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (para. 24). It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.
- [2] To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel’s “acts or omissions constituted incompetence” (the performance component) and that “a miscarriage of justice resulted” (the prejudice component). Appellate interference is only justified when both components have been established. This is such a case.
- [3] James Ian Gardiner was charged on a three-count indictment alleging serious criminal conduct. He entrusted his defence to an inexperienced defence lawyer who made serious errors during the trial. Perhaps not surprisingly, convictions followed.
- [4] Mr. Gardiner’s appeal against conviction is based on a single ground: he was deprived of the effective assistance of counsel at trial. He sought leave to adduce fresh evidence to demonstrate that his lawyer had not met the standard of care expected

of a reasonable trial counsel, and to show that the reliability of the verdict was compromised as a result.

[5] On June 17, 2010, we concluded he had met the burden of establishing both the performance and the prejudice component of the test and therefore allowed his appeal, set aside the convictions and ordered a new trial. We indicated that reasons for our decision would follow. These are those reasons.

## II. Background

[6] James Ian Gardiner was charged on a three-count indictment alleging he: on December 8, 2008 uttered a threat to S.W. to cause her death or bodily harm (s. 264.1(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c-46); a week later broke into her dwelling and used a weapon in sexually assaulting her (s. 348(1)(b)); and, on that same occasion, threatened her again with death or bodily harm (s. 264.1(2)(a). On May 30, 2009, a jury convicted on all counts, and, on June 25, 2009, Mr. Gardiner was sentenced to imprisonment for a total of six years.

[7] This case, for the most part, pitted the testimony of S.W. against that of Mr. Gardiner. Little corroborating evidence was adduced to support either side. It is unnecessary for the purpose of this appeal to examine the precise details of the circumstances. Suffice it to say that Mr. Gardiner and S.W. had had a close relationship for three years. According to the prosecution, Mr. Gardiner could not accept the end of the relationship and he continued to pursue S.W. On December 8, 2008, Mr. Gardiner attended at S.W.'s apartment and would have threatened her in the course of a heated argument. A week later, during the night, Mr. Gardiner is alleged to have broken into S.W.'s apartment and used a weapon to force her to have intercourse with him. It is contended he threatened her again on this occasion. On the other hand, Mr. Gardiner denies having uttered threats on December 8, 2008, and denies having even been at S.W.'s apartment on December 15, 2008. According to Mr. Gardiner, S.W. continued her relationship with him into early December, 2008, even though she was engaged in

another relationship at the time. He argues she was motivated to conjure up these charges out of guilt for the betrayal of her boyfriend.

### III. Issues on Appeal

[8] In his sole ground of appeal, Mr. Gardiner alleges his trial counsel was ineffective in several respects. First, he says his lawyer failed to sufficiently prepare for trial. Secondly, he claims his lawyer should have made a *Corbett* application (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, [1988] S.C.J. No. 40 (QL)) to have Mr. Gardiner's criminal record excluded at trial. Third, he maintains his lawyer should have applied, pursuant to s. 276(2) of the *Criminal Code*, to introduce evidence of other sexual activity between Mr. Gardiner and S.W. Finally, and most significantly, Mr. Gardiner alleges his lawyer failed to adhere to the rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.) during cross-examination of S.W., thereby rendering inadmissible certain evidence that would have put the veracity of her testimony in serious doubt. Mr. Gardiner submits his counsel's ineffective assistance resulted in a miscarriage of justice.

[9] In support of his ground of appeal, Mr. Gardiner sought leave to adduce fresh evidence in the form of an affidavit from his trial counsel in which he admits to being inexperienced, and that his inexperience might have led to the exclusion of some evidence crucial to the defence. Secondly, Mr. Gardiner offers, his own affidavit to which he attaches telephone records, extracts of text messages between S.W. and himself, and notes consisting of instructions he had given to his counsel before or during trial. Thirdly, Mr. Gardiner puts forth an affidavit of Danielle Ferron, who claims to have initiated communication with S.W. after the preliminary inquiry, and attests that in their subsequent conversations S.W. admitted the sexual assault had never taken place. Moreover, S.W. told Ms. Ferron she had tried to "drop everything," but was informed that, if she tried to have the charges withdrawn, she would go to jail and lose her children. Ms. Ferron advised trial counsel of these conversations. Finally, Mr. Gardiner tenders an affidavit from his current lawyer detailing his review of the file received from Mr. Gardiner's trial counsel.

IV. Analysis

[10] I come to the conclusion that, with respect to the allegation regarding his lawyer's failure to adhere to the rule in *Browne v. Dunn*, Mr. Gardiner has satisfied both the performance and the prejudice component of the applicable test, and that his appeal must therefore be allowed on that ground. It is, therefore, not necessary to address the other three allegations of incompetence, and I specifically refrain from doing so, except to point out that, in the course of a trial, defence counsel is called upon to make a number of strategic judgment calls, and judges should not lightly "second guess the tactical decisions of counsel" (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 37). As the Supreme Court said, "[i]n an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel" and there is "a 'strong presumption' that defence counsel are competent in advancing the interests of their clients" (para. 36). Appellate judges are likewise duty bound to apply that deferential approach.

[11] As for the allegation regarding counsel's failure to adhere to the rule in *Browne v. Dunn*, it certainly cannot be categorized as a tactical decision of defence counsel. In fact, defence counsel himself admits this in the affidavit filed as fresh evidence. The relevant facts are as follows.

[12] Danielle Ferron's impartiality is certainly questionable. She has known Mr. Gardiner for many years and describes him as her "best friend for 15 years." At Mr. Gardiner's request, she sought to establish contact with S.W. after the preliminary inquiry by sending her a message on Facebook, a social networking website. On April 1, 2009, S.W. replied to her message, expressing sorrow "for everything that has happened between [Mr. Gardiner] and [herself]." She expressed a desire to "change things if [she] could" and said it would be "nice" if she could talk to Ms. Ferron.

[13] The aftermath of this is described in the affidavit of Ms. Ferron, which Mr. Gardiner proffers as fresh evidence:

10. That during one of these aforementioned telephone conversations with [S.W.], she told me that she was extremely upset and she kept saying that she never wanted this to happen, that she did not want James Gardiner to go to jail, and that she just wanted him to stay away from her.

11. That during the telephone conversation referenced in paragraph 10 above, I told [S.W.] that I was sorry and that I did not want to upset her anymore but that she and I both knew that James Gardiner never raped her and that he was not even at her place that night and [S.W.] replied that she knew that and was sorry and that James Gardiner must hate her but she never meant for this to happen.

12. That in response to what she had told me as set out in paragraph 11 above, I told [S.W.] that I did not think she was a bad person but that she had not thought this all the way through before opening her mouth and [S.W.] replied that she knew that and she just wanted him to leave her alone so she could move on and he could do the same.

13. That during one of my telephone conversations with [S.W.] she told me that she spoke with her victim's advocate about wanting to drop everything and move on with her life but that she was told by her advocate that if she tried to do that at that point, she would go to jail and lose her children.

14. That a few days before the trial of James Gardiner in this matter, [S.W.] told me during a telephone conversation that she did not want to go ahead with the trial and that she was going to wait until the trial started and get all upset and leave to go to the bathroom and climb out the window and I advised her that if she was going to go to that extreme she just needed to tell the Crown Prosecutor how she felt and [S.W.] replied that she could not do that because she was terrified that she would lose her children.

[14] Ms. Ferron states she advised defence counsel of these conversations prior to Mr. Gardiner's trial, and Mr. Gardiner's trial counsel admits being privy to this information. In his own affidavit, Mr. Gardiner's trial counsel recalled conversations with Ms. Ferron during which she informed him that S.W. had admitted to fabricating the

allegation of sexual assault. He sought to use this information at trial, but was unsuccessful.

[15] At trial, defence counsel tried to cross-examine S.W. on her conversations with Ms. Ferron. What follows are the relevant exchanges on point:

Q. Have you spoken to anybody about the testimony that you're giving today?

A. No.

Q. Do you know a Danielle Ferron?

A. Yes.

Q. And who is that person and how do you know her?

A. I don't really know her; she's just a friend of Jim's.

Q. And have you spoken to her about your testimony?

A. No.

Q. Have you spoken to her at all about the incidents of the 15<sup>th</sup> or the 8<sup>th</sup>?

A. I have spoken to her, yes, but not about -- Not since this trial has started.

Q. Okay, and the trial starting you mean by Monday?

A. Yes.

Q. When was your previous -- When was your last communication with her?

A. A few weeks ago.

Q. And do you recall the contents of the conversation, what you might have said to her?

A. Not exactly. They were just vague. Like she -- She was -- She relayed a few messages from him to me.



Q. Did you relay any messages back?

A. Not really, no.

Q. So you wouldn't have had a conversation about the truthfulness of your testimony?

A. No.

Q. Or the truthfulness of your complaints to the police?

A. No.

Q. Previous to two weeks ago how regularly had you been in touch with Miss Ferron?

A. I've spoke to her three times.

Q. Three times?

A. Yes.

Q. Do you recall the last most? How many further weeks back? You said two weeks ago? Before that?

A. Probably the week before that.

Q. And the first time?

A. I don't know how long ago the first time was.

Q. Would it have been before or after the 15<sup>th</sup> of December?

A. After.

Q. Before or after your testimony at the preliminary inquiry?

A. After. I didn't even know who she was before then.

Q. Before or after you spoke to Detective McLean on the 9<sup>th</sup> of April about the cell phone messages?

A. I'm not sure.

**Q.** Did you speak to her directly, face to face?

**A.** No.

**MS. DRAIN:** Just back a second he said Detective McLean; she has spoken with him on numerous occasions. Just what's the date with regard to that? Is he talking about the 23<sup>rd</sup> of December?

**[DEFENCE COUNSEL]:** I believe I said April -- April 9<sup>th</sup> with respect to the text messages. So you said you didn't meet face to face?

**A.** No.

**Q.** Did you use the telephone?

**A.** Yes.

**Q.** You used your cell phone?

**A.** No.

**Q.** No. How did you call her?

**A.** My home phone.

**Q.** From in Woodstock?

**A.** Yes.

**Q.** And how did you have her number?

**A.** She sent it to me.

**Q.** How did you send --

**A.** After she found out that I called his mother she -- she contacted me on Facebook.

**Q.** And I believe you testified earlier that you don't have a computer?

**A.** No I don't.

**Q.** If you didn't have a computer how do you access Face Book?

**A.** I go to the library.

**Q.** And are you and Danielle Ferron associated on Face Book in any way?

**A.** We weren't, no.

**Q.** So I may be more familiar with it than some members of the jury but there's something on Facebook called "Friending" is there not?

**A.** Where you have to be added as a friend, yes.

**Q.** Yes. And was Danielle Ferron ever a friend on Face Book to you?

**A.** No.

**Q.** And I'm assuming then you have your Face Book configured so she can't access your information without your permission?

**A.** I'm not sure.

[16] After the prosecution closed its case, defence counsel called Ms. Ferron to testify. Ms. Ferron, a paralegal, acknowledged from the outset Mr. Gardiner had been her best friend for 15 years. She explained she had telephone conversations with S.W., the last of which had taken place approximately "a week and a half ago." As defence counsel sought to get into the contents of that conversation, he was met with this objection and subsequent ruling:

**MS. DRAIN:** Madam Justice, I have an objection. I don't know, [Defence Counsel] only put one specific conversation to the complainant in this matter and my respectful position is that looking at the rule in Brown and Dunn if he wants to lead anything other than that specific conversation then he had to have put it to the complainant, and he did not do so, so he cannot lead it through this witness.

**THE COURT:** All right.

**[DEFENCE COUNSEL]:** I believe I did put --

**MS. DRAIN:** One question.

**THE COURT:** You asked her if you had -- if she'd had conversations with [S.W.] and then you asked something about how did those conversations occur and she said over the phone, and you said did she -- she said she contacted Ms. Ferron, and then you said a week and a half ago. Now, if --

**MS. DRAIN:** The only -- My notes, Madam Justice, what might you have said, not exactly, just vague she was, she relayed a few messages from him. So those are -- those can't be led, in my opinion; he would have had to put what those messages were to the complainant. He did say did you talk about the truthfulness of the testimony or the complaint and she said no, so my respectful submission is that's all that he can lead from this witness.

**THE COURT:** All right, I'm going to ask the jury to go out until we've figured this out, please. Sorry.  
(Jury excused to the jury room)

**THE COURT:** All right, I'm sorry, I misunderstood the evidence to which you were referring actually, so --

**MS. DRAIN:** When I took those notes of his cross-examination of --

**THE COURT:** Yes.

**MS DRAIN:** -- of [S.W.], that was the only time he put anything specifically to [S.W.] was did you say anything about the truthfulness of the testimony or the complaint, and her response was no. Other than that, she said I have spoken to her but not since this trial started. He clarified that that was Monday of this week. "What might you have said?" Her response was -- I guess it was, "Do you recall what you might have said?" "Not exactly. Just vague. She was -- She relayed a few messages from him." So if he now

wants to lead those messages he should have put them to the complainant.

**[DEFENCE COUNSEL]:** I'm not intending to lead the messages; I'm intending to put that direct question did she have conversation about the truthfulness of the complaints.

**MS. DRAIN:** If it's limited to that, fine.

**[DEFENCE COUNSEL]:** Certainly.

**THE COURT:** If that's the only --

**MS. DRAIN:** That's the only -- That's it.

**THE COURT:** You understand that you cannot get into the contents of the conversations --

**[DEFENCE COUNSEL]:** Absolutely not.

**THE COURT:** -- between [S.W.] and this witness.

**[DEFENCE COUNSEL]:** Yes, Madam Justice.

**THE COURT:** And as I understand it, maybe I have misunderstood the evidence, these two people did not know one another at all until after these incidents, is that your recollection of the evidence?

**[DEFENCE COUNSEL]:** Yes, Madam Justice.

**A.** Actually that's not true -- sorry.

**THE COURT:** No, you can't tell me.

**A.** Oh, okay.

**THE COURT:** You weren't here for that, and the evidence was, of [S.W.], that these two were not friends and they did not know one another until after these incidents and that this witness first contacted [S.W.] and not the other way around, correct? That was the evidence?

**MS. DRAIN:** That's my understanding.

**[DEFENCE COUNSEL]:** That's what [S.W.] said, yes.

**THE COURT:** All right. So if in fact your only question is what Ms. Drain indicated with respect to any of the conversations they may or may not have had, either over the phone or on Face Book or Twitter or whatever, that's what you're left with.

**[DEFENCE COUNSEL]:** Yes.

**THE COURT:** Because if there were specifics you had to have put them to [S.W.].

**[DEFENCE COUNSEL]:** Yes, Madam Justice.

**THE COURT:** Okay? So that Ms. Drain could have done her redirect on that. All right. Okay, bring the jury back in. And make sure you don't say anything you're not asked, okay.

[17]                   Once the jury returned, defence counsel limited his direct examination to the following two questions:

**Q.** Ms. Ferron, do you have a criminal record?

**A.** No.

**Q.** Did you have a conversation with [S.W.] about the truthfulness of her testimony or the allegations?

**A.** Yes.

[18]                   Ms. Ferron was not cross-examined.

[19]                   In the affidavit filed in support of the motion for fresh evidence, Mr. Gardiner's trial counsel acknowledges being aware of the rule in *Browne v. Dunn*, and that he "attempted to lay the foundation for the introduction of Danielle Ferron's testimony in [his] cross-examination of the complainant by questioning her on general and specific conversations she may have had with Danielle Ferron." Mr. Gardiner's trial

counsel also says he was unaware that, when the judge made her ruling regarding the extent of the questions he could put to Ms. Ferron, he could then have asked that the complainant be recalled to testify.

[20] In *R. v. McCarroll (M.G.)*, 2008 ONCA 715, [2008] O.J. No. 4048 (QL), Epstein J.A. had occasion to explain the rule in *Browne v. Dunn* in the following words:

The rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67, establishes that if counsel seeks to challenge the credibility of a witness by calling contradictory evidence, the witness must be given the opportunity to address such evidence during cross-examination. The nature of the contradictory evidence must at least be put to the witness during cross-examination by the counsel who plans to lead it. [para. 107]

[21] In *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, the Court reiterated the words of Lord Herschell in setting out the rationale for the rule:

[...] Now, my Lords, I cannot help saying that it seems to me to be absolutely essential to the proper conduct of a cause, where it is intended to suggest that a witness is not speaking the truth on a particular point, to direct his attention to the fact by some questions put in cross-examination showing that that imputation is intended to be made, and not to take his evidence and pass it by as a matter altogether unchallenged, and then, when it is impossible for him to explain, as perhaps he might have been able to do if such questions had been put to him, the circumstances which it is suggested indicate that the story he tells ought not to be believed, to argue that he is a witness unworthy of credit. My Lords, I have always understood that if you intend to impeach a witness you are bound, whilst he is in the box, to give him an opportunity of making any explanation which is open to him; and, as it seems to me, that is not only a rule of professional practice in the conduct of a case, but is essential to fair play and fair dealing with witnesses. Sometimes reflections have been made upon excessive cross-examination of witnesses, and it has been complained of as undue; but it seems to me that a cross-examination of a witness which errs in the direction of excess may be far more fair to him than to leave him

without cross-examination, and afterwards to suggest that he is not a witness of truth, I mean upon a point on which it is not otherwise perfectly clear that he has had full notice beforehand that there is an intention to impeach the credibility of the story which he is telling. [para. 64]

[22]                 However, in *Lyttle*, Major and Fish J.J. explain that the rule “is not fixed” and that “[t]he extent of its application is within the discretion of the trial judge after taking into account all the circumstances of the case,” but also acknowledge that the rule remains “a sound principle of general application” (para. 65). To properly follow this rule, defence counsel should have put to S.W. the statements Ms. Ferron would later attribute to her. Had she denied them, he then could have had Ms. Ferron relate them to the jury in an effort to impeach the credibility of the complainant.

[23]                 I note from the foregoing that it seems to have escaped the attention of everyone concerned that the rule in *Browne v. Dunn* is not an absolute rule, and that “its application is within the discretion of the trial judge after taking into account all the circumstances of the case.” Prosecution counsel at trial certainly argued her point as though the rule was absolute, and the judge appears to have ruled on the same basis. Defence counsel at trial did not put forth any argument in any effort to overcome the rule. Similarly, counsel on appeal did not argue the judge erred in rigidly applying the rule in the circumstances. Nevertheless, it is not raised as a ground of appeal that the rule was not properly applied, so I need not address that issue. What is raised is that Mr. Gardiner’s trial counsel did not exercise reasonable, professional judgment when he did not confront S.W. with the contradictory evidence he intended to adduce to impeach her testimony. In addition, it is submitted he failed to exercise reasonable professional judgment in failing to ask the trial judge to consider alternative remedies, such as those set out in *R. v. McNeill*, [2000] O.J. No. 1357 (C.A.) (QL), where Moldaver J.A. explained:

In cases such as this, where the concern lies in a witness's inability to present his or her side of the story, it seems to me that the first option worth exploring is whether the witness is available for recall. If so, then assuming the trial



judge is otherwise satisfied, after weighing the pros and cons, that recall is appropriate, the aggrieved party can either take up the opportunity or decline it. If the opportunity is declined, then, in my view, no special instruction to the jury is required beyond the normal instruction that the jury is entitled to believe all, part or none of a witness's evidence, regardless of whether the evidence is uncontradicted.

The mechanics of when the witness should be recalled and by whom should be left to the discretion of the trial judge.

In those cases where it is impossible or highly impracticable to have the witness recalled or where the trial judge otherwise determines that recall is inappropriate, it should be left to the trial judge to decide whether a special instruction should be given to the jury. If one is warranted, the jury should be told that in assessing the weight to be given to the uncontradicted evidence, they may properly take into account the fact that the opposing witness was not questioned about it. The jury should also be told that they may take this into account in assessing the credibility of the opposing witness.

Depending on the circumstances, there may be other permissible ways of rectifying the problem. The two options that I have mentioned are not meant to be exhaustive. As a rule, however, I am of the view that they will generally prove to be the fairest and most effective solutions. [paras. 47-50]

[24] Counsel for the Attorney General submits there can be no success on this ground of appeal without the admission of fresh evidence. I agree. Without fresh evidence, we would not know the extent of the testimony Ms. Ferron would have given had the rule in *Browne v. Dunn* been followed or not so rigidly applied. In addition, we would be unable to assess the possible impact of this testimony on the outcome of the trial. Thus, we would be unable to assess both the performance and the prejudice components of the test.

[25] The admission of fresh evidence on appeal is governed by the criteria set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), reaffirmed in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, [1998] S.C.J. No. 91 (QL), and applied in *G.D.B.*:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case 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) It 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. [*G.D.B.*, para. 16]

[26] However, this is not a classic case of an appeal founded upon fresh evidence where the admission of the fresh evidence is generally dispositive of the appeal because it casts sufficient doubt on the reliability of the verdict. Here, the proffered evidence serves a dual purpose. First, it seeks to establish the performance component of the ineffectiveness of counsel claim and, second, it seeks to establish the prejudice component. At all material times before and during trial, Mr. Gardiner's trial counsel was aware of the testimony Ms. Ferron was expected to give. Thus, it is not "fresh" evidence in the true sense of the word. Rather, the very existence of the evidence and counsel's failure to make proper use of it go to the heart of the ineffectiveness claim. Thus, it is difficult to conceive how, in these circumstances, the due diligence criteria does not become redundant.

[27] This is not a case of a tactical decision by counsel in the defence of a client. If it were so, the case might be disposed of on the basis the Supreme Court determined *G.D.B.* There, the accused was charged with three sexual offences. At the

time of trial, defence counsel had in his possession an audio-taped conversation between the complainant and her mother, in which the complainant denied having been molested by the accused. However, for tactical reasons, defence counsel opted not to introduce the tape in evidence, because the tape might also have affected the credibility of the defence's main witness. G.D.B. was acquitted of the most serious of the three charges, but convicted of the other two. On appeal, he complained his lawyer had been incompetent. The appeal was dismissed because the performance component of the test had not been satisfied. The decision of counsel not to introduce the tape was characterized as a tactical decision, one which should not be second-guessed on appeal.

[28] The same cannot be said of the present case. Evidently, Mr. Gardiner's defence counsel intended to use Ms. Ferron's evidence to its fullest extent. He considered it relevant, credible and potentially decisive on the critical issue of the complainant's credibility. He just did not properly adduce the evidence, and then was ineffective in remedying the situation. In the circumstances, I fail to see how the due diligence criterion set out in *Palmer* could possibly be applicable to either of the two components of the "ineffective assistance of counsel" test. In my view, that criterion has no application in the circumstances.

[29] I conclude that a reasonable criminal defence lawyer would have understood the importance of impeaching the credibility of S.W. by putting before the jury Ms. Ferron's testimony regarding S.W.'s conversations with her. Moreover, a reasonable criminal defence lawyer would have known how to handle the rule in *Browne v. Dunn*, and would have known what to argue in the event the rule risked leading to the exclusion of Ms. Ferron's critical testimony. Mr. Gardiner's trial counsel either did not understand the importance of impeaching S.W.'s credibility with this evidence or he did not know how to handle the rule in *Browne v. Dunn*. Thus, in my view, he demonstrated incompetence in that regard, and, therefore, the performance component of the test has been met.

[30]               What is left to be determined is whether the proffered evidence is: (1) “relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial,” (2) whether it is “credible in the sense that it is reasonably capable of belief,” and (3) whether it is “such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.” If these three questions are answered in the affirmative, it follows that the reliability of the verdict may have been compromised, and thus, as expressed in *G.D.B.*, the prejudice component of the test has been met.

[31]               At the hearing, counsel for the Attorney-General challenged Ms. Ferron’s affidavit by cross-examining her. Ms. Ferron revealed having made notes of her conversations with S.W., and stated knowing where those notes were stored in her apartment. However, despite an adjournment during which she returned to her home in the company of Mr. Gardiner’s current counsel to retrieve the notes, they were not produced. When cross-examination resumed on a later date, she explained that she had moved from one apartment to another and had been mistaken regarding the location of her notes. Although Ms. Ferron’s failure to produce the notes could undermine her credibility, it is not, in my view, a determinative factor. Ms. Ferron’s testimony under cross-examination was generally harmonious with her affidavit and consistent with the assertions in the affidavit filed by Mr. Gardiner’s trial counsel. It is also arguably corroborated by the e-mail S.W. sent her on April 1, 2009, in reply to Ms. Ferron’s Facebook inquiry. Moreover, Ms. Ferron presented as a credible witness, and despite her admitted relationship with Mr. Gardiner and her inability to produce the notes, gave testimony the panel considered reasonably capable of belief. There is no question her testimony bears upon a potentially decisive issue in the trial, and that, if believed, it could reasonably be expected to have affected the result, when taken with the other trial evidence. Thus, Ms. Ferron’s affidavit and the affidavit of Mr. Gardiner’s trial counsel should be received as evidence pertaining to the performance component of the “ineffective assistance of counsel” test, and Ms. Ferron’s affidavit to establish the prejudice component of the test.

[32] When these affidavits are considered to those ends, one is left compelled to conclude that counsel ineffectively defended Mr. Gardiner, not because of tactical decisions, but because he incompetently dealt with the rule in *Browne v. Dunn*, and because he ineptly failed to make any type of argument to minimize the effect of his failure to adhere to the rule. Evidently, if counsel was aware of the rule, he did not appreciate its full impact, and he certainly was not aware of alternative approaches to a rigid application of the rule. One is also left with the conclusion that, had Ms. Ferron been able to testify as to her conversations with S.W., the credibility of the latter may have been seriously jeopardized. Since credibility was at the heart of the case, it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same. Where, as here, the reliability of the verdict is affected, the trial was unfair and a “miscarriage of justice” has thus occurred. In this sense, “miscarriage of justice” means a conviction pursuant to an unfair trial, and not necessarily a wrongful conviction. It is for that reason that the disposition in this case cannot be an acquittal; a new trial must be ordered.

V. Disposition

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

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

- [1] Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat. Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 24). Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.
- [2] Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice). Une intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis. Tel est le cas en l'espèce.
- [3] James Ian Gardiner a fait l'objet d'un acte d'accusation comportant trois chefs faisant état d'une conduite criminelle grave. Il a confié sa défense à un avocat inexpérimenté qui a commis de graves erreurs pendant le procès. Il n'est peut-être pas surprenant que des déclarations de culpabilité se soient ensuivies.
- [4] L'appel de M. Gardiner à l'encontre de sa déclaration de culpabilité est fondé sur un seul moyen : il a été privé de l'aide effective d'un avocat au procès. Il a

demandé l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve pour démontrer que son avocat n'avait pas atteint la norme de diligence attendue d'un avocat plaissant raisonnable et pour montrer que la fiabilité du verdict a été compromise en conséquence.

[5] Le 17 juin 2010, nous avons conclu qu'il s'était acquitté du fardeau de la preuve en établissant les deux volets du critère (l'examen du travail de l'avocat et l'appréciation du préjudice); en conséquence, nous avons accueilli son appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Nous avons également indiqué que les motifs de notre décision viendraient plus tard. Voici ces motifs.

## II. Les faits

[6] James Ian Gardiner a été visé par un acte d'accusation comportant trois chefs selon lesquels, le 8 décembre 2008, il aurait menacé S.W. de lui causer la mort ou des lésions corporelles (al. 264.1(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46); une semaine plus tard, il se serait introduit par effraction dans sa résidence et aurait commis une agression sexuelle armée à son endroit (al. 348(1)b)); à la même occasion, il l'aurait de nouveau menacée de mort ou de lésions corporelles (al. 264.1(2)a)). Le 30 mai 2009, un jury l'a déclaré coupable à l'égard de tous les chefs; le 25 juin 2009, M. Gardiner a été condamné à une peine totale d'emprisonnement de six ans.

[7] En majeure partie, l'affaire opposait le témoignage de S.W. à celui de M. Gardiner. Les preuves corroborantes présentées en faveur de l'une ou l'autre partie étaient minces. Aux fins du présent appel, il n'est pas nécessaire d'examiner les détails précis des circonstances. Il suffit de dire que M. Gardiner et S.W. ont eu une relation étroite pendant trois ans. Selon la poursuite, M. Gardiner ne pouvait pas accepter la fin de la relation et continuait à pourchasser S.W. Le 8 décembre 2008, M. Gardiner s'est rendu à l'appartement de S.W. et l'aurait menacée au cours d'une vive discussion. Une semaine plus tard, pendant la nuit, M. Gardiner se serait introduit par effraction dans l'appartement de S.W. et aurait utilisé une arme pour la forcer à avoir des rapports

sexuels avec lui. Il l'aurait de nouveau menacée à cette occasion. Pour sa part, M. Gardiner nie avoir proféré des menaces le 8 décembre 2008 et dit qu'il n'est même pas allé à l'appartement de S.W. le 15 décembre 2008. Selon M. Gardiner, S.W. continuait d'avoir une relation avec lui au début de décembre 2008, même si elle avait une autre relation à l'époque. Il soutient qu'elle s'est sentie poussée à fabriquer ces accusations parce qu'elle se sentait coupable d'avoir trahi son copain.

### III. Questions en litige en appel

[8] Comme unique moyen d'appel, M. Gardiner soutient que son avocat au procès a été inefficace sous plusieurs aspects. En premier, dit-il, son avocat ne s'est pas suffisamment préparé au procès. Deuxièmement, il affirme que son avocat aurait dû faire une demande de type *Corbett* (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, [1988] A.C.S. n°40 (QL)) pour faire exclure du procès le casier judiciaire de M. Gardiner. Troisièmement, il soutient que son avocat aurait dû demander, en invoquant le par. 276(2) du *Code criminel*, de présenter une preuve d'autres activités sexuelles entre M. Gardiner et S.W. Enfin et surtout, M. Gardiner soutient que son avocat n'a pas respecté la règle formulée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (Ch. des lords), pendant le contre-interrogatoire de S.W., rendant ainsi inadmissibles certains éléments de preuve qui auraient pu mettre sérieusement en doute la véracité de son témoignage. M. Gardiner soutient que l'aide inefficace de son avocat a entraîné une erreur judiciaire.

[9] À l'appui de son moyen d'appel, M. Gardiner a demandé l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, à savoir un affidavit de son avocat au procès, dans lequel ce dernier admet qu'il manque d'expérience et que son inexpérience pourrait avoir entraîné l'exclusion d'éléments de preuve vitaux pour la défense. Deuxièmement, M. Gardiner soumet son propre affidavit, auquel il annexe des relevés de téléphone, des extraits de messages textes entre S.W et lui et des notes consistant en des instructions qu'il avait données à son avocat avant ou pendant le procès. Troisièmement, M. Gardiner présente un affidavit de Danielle Ferron, qui affirme être entrée en communication avec S.W. après l'enquête préliminaire et atteste que, dans leurs conversations par la suite,



S.W. a admis que l'agression sexuelle n'avait jamais eu lieu. De plus, S.W. a dit à M<sup>me</sup> Ferron qu'elle avait essayé de [TRADUCTION] « laisser tomber l'affaire » mais a été informée que, si elle essayait de faire retirer les accusations, elle irait en prison et perdrait ses enfants. M<sup>me</sup> Ferron a informé l'avocat au procès de ces conversations. Enfin, M. Gardiner présente un affidavit de son avocat actuel, qui explique son examen du dossier qu'il a reçu de l'avocat de M. Gardiner au procès.

#### IV. Analyse

[10] J'en arrive à la conclusion que, pour ce qui concerne l'allégation voulant que son avocat n'ait pas respecté la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn*, M. Gardiner a satisfait aux deux volets du critère applicable, soit l'examen du travail de l'avocat et l'appréciation du préjudice, et que son appel doit être accueilli en conséquence pour ce motif. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les trois autres allégations d'incompétence, et je m'abstiens expressément de le faire, sauf pour signaler qu'au cours d'un procès, l'avocat de la défense est appelé à prendre bon nombre de décisions stratégiques, et les juges ne devraient pas « remettre en question les décisions tactiques d'un avocat » (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] A.C.S. n° 20 (QL), au par. 37). Comme l'a dit la Cour suprême, « [d]ans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats », et il existe « une “forte présomption” que l'avocat de la défense sert les intérêts de son client avec compétence » (par. 36). Les juges d'appel ont pareillement l'obligation d'adopter cette attitude déférente.

[11] Quant à l'allégation selon laquelle l'avocat n'a pas respecté la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn*, on ne peut certainement pas considérer cela comme une décision tactique de l'avocat de la défense. En fait, celui-ci l'admet lui-même dans l'affidavit déposé comme nouvel élément de preuve. Les faits pertinents sont les suivants.

[12] L'impartialité de Danielle Ferron est certainement douteuse. Elle connaît M. Gardiner depuis de nombreuses années et le décrit comme son

[TRADUCTION] « meilleur ami depuis 15 ans ». À la demande de M. Gardiner, elle a cherché à se mettre en contact avec S.W. après l'enquête préliminaire en lui envoyant un message sur Facebook, un site Web de réseautage social. Le 1<sup>er</sup> avril 2009, S.W. a répondu à son message en exprimant du chagrin [TRADUCTION] « pour tout ce qui est arrivé entre [M. Gardiner] et [elle] ». Elle a exprimé le désir de [TRADUCTION] « changer la situation si [elle] le pouvai[t] » et a dit que ce serait [TRADUCTION] « bien » si elle pouvait parler à M<sup>me</sup> Ferron.

[13] La suite de cet échange est décrite dans l'affidavit de M<sup>me</sup> Ferron, que M. Gardiner présente comme nouvel élément de preuve :

[TRADUCTION]

10. Pendant l'une des conversations téléphoniques susmentionnées avec [S.W.], celle-ci me disait qu'elle était extrêmement troublée et répétait qu'elle n'a jamais voulu voir cela arriver, qu'elle ne voulait pas que James Gardiner aille en prison et qu'elle voulait seulement qu'il se tienne loin d'elle.

11. Pendant la conversation téléphonique mentionnée au paragraphe 10 ci-dessus, j'ai dit à [S.W.] que je m'excusais, que je ne voulais plus la perturber, mais qu'elle et moi savions toutes deux que James Gardiner ne l'avait jamais violée et qu'il n'était même pas chez elle ce soir-là, et [S.W.] a répondu qu'elle le savait, qu'elle regrettait et que James Gardiner devait la détester, mais qu'elle n'a jamais voulu voir cela arriver.

12. En réponse à ce qu'elle m'a dit et qui est énoncé au paragraphe 11 ci-dessus, j'ai dit à [S.W.] que je ne pensais pas qu'elle était une mauvaise personne, mais qu'elle n'avait pas pensé à son affaire avant d'ouvrir la bouche, et [S.W.] a répondu qu'elle le savait et qu'elle voulait seulement qu'il la laisse tranquille pour qu'elle puisse tourner la page et qu'il puisse en faire autant.

13. Pendant l'une de mes conversations téléphoniques avec [S.W.], elle m'a dit qu'elle avait parlé au défenseur des droits de la victime au sujet de son désir de laisser tomber l'affaire et de tourner la page mais que ce dernier

lui avait dit que si elle essayait de le faire en ce moment, elle irait en prison et perdrait ses enfants.

14. Quelques jours avant le procès de James Gardiner dans cette affaire, [S.W.] m'a dit pendant une conversation téléphonique qu'elle ne voulait pas continuer la poursuite en justice, qu'elle allait attendre jusqu'à ce que le procès commence, qu'elle ferait semblant d'être toute troublée, qu'elle partirait pour aller à la salle de bains et qu'elle sortirait par la fenêtre, et je lui ai dit que si elle devait faire quelque chose d'aussi extrême, elle avait seulement besoin de dire au procureur du ministère public ce qu'elle ressentait, et [S.W.] a répondu qu'elle ne pouvait pas faire cela parce qu'elle était terrifiée à l'idée de perdre ses enfants.

[14] M<sup>me</sup> Ferron déclare qu'elle a fait part de ces conversations à l'avocat de la défense avant le procès de M. Gardiner, et ce dernier admet avoir reçu cette information. Dans son propre affidavit, cet avocat a relaté des conversations qu'il a eues avec M<sup>me</sup> Ferron, pendant lesquelles elle l'a informé que S.W. avait admis avoir fabriqué l'allégation d'agression sexuelle. Il a cherché à utiliser cette information au procès, mais sans succès.

[15] Au procès, l'avocat de la défense a essayé de contre-interroger S.W. sur ses conversations avec M<sup>me</sup> Ferron. Voici les discussions pertinentes à ce sujet :

[TRADUCTION]

**Q.** Avez-vous parlé à quelqu'un au sujet du témoignage que vous donnez aujourd'hui?

**R.** Non.

**Q.** Connaissez-vous Danielle Ferron?

**R.** Oui.

**Q.** Qui est-elle et comment la connaissez-vous?

**R.** Je ne la connais pas vraiment; elle est seulement une amie de Jim.

**Q.** Et lui avez-vous parlé au sujet de votre témoignage?

**R.** Non.

**Q.** Et lui avez-vous parlé de quoi que ce soit entourant les incidents du 15 ou du 8?

**R.** Je lui ai parlé, oui, mais pas à propos... pas depuis le début du procès.

**Q.** Bon, par début du procès, vous voulez dire lundi?

**R.** Oui.

**Q.** Quand a eu lieu votre [communication] précédente... quand avez-vous eu votre dernier contact avec elle?

**R.** Il y a quelques semaines.

**Q.** Et vous souvenez-vous du contenu de la conversation, de ce que vous avez pu lui dire?

**R.** Pas exactement. C'était vague. Par exemple, elle... elle était... elle m'a transmis quelques messages de lui.

**Q.** Lui avez-vous retransmis des messages?

**R.** Pas vraiment, non.

**Q.** Alors, vous n'auriez pas eu de conversation sur la véracité de votre témoignage?

**R.** Non.

**Q.** Ou sur la véracité de vos plaintes à la police?

**R.** Non.

**Q.** Avant il y a deux semaines, combien de fois avez-vous été en contact avec M<sup>me</sup> Ferron?

**R.** Je lui ai parlé trois fois.

**Q.** Trois fois?

**R.** Oui.

**Q.** Vous souvenez-vous surtout de la dernière? Il y a de ça combien de semaines? Vous avez dit il y a deux semaines : avant cela?

**R.** Probablement la semaine d'avant.

**Q.** Et la première fois?

**R.** Je ne sais pas à quand remonte la première fois.

**Q.** Est-ce que ça aurait été avant ou après le 15 décembre?

**R.** Après.

**Q.** Avant ou après votre témoignage à l'enquête préliminaire?

**R.** Après. Avant, je ne savais même pas qui elle était.

**Q.** Avant ou après que vous avez parlé au détective McLean le 9 avril au sujet des messages par téléphone cellulaire?

**R.** Je n'en suis pas certaine.

**Q.** Lui avez-vous parlé directement, face à face?

**R.** Non.

**M<sup>e</sup> DRAIN :** Il y a juste une seconde, il a parlé du détective McLean; elle lui a parlé à de nombreuses occasions. Quelle est au juste la date en question? Veut-il parler du 23 décembre?

**[AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Je crois que j'ai dit avril... le 9 avril au sujet des messages textes. Alors, vous dites que vous ne l'avez pas rencontrée face à face?

**R.** Non.

**Q.** Lui avez-vous parlé au téléphone?

**R.** Oui.

**Q.** Vous vous serviez de votre cellulaire?

**R.** Non.

**Q.** Non. Comment l'appeliez-vous?

**R.** Avec mon téléphone chez moi.

**Q.** À Woodstock?

**R.** Oui.

**Q.** Et comment avez-vous eu son numéro?

**R.** Elle me l'a envoyé.

**Q.** Comment avez-vous envoyé...

**R.** Après qu'elle a appris que j'avais appelé la mère de l'accusé, elle... elle a communiqué avec moi sur Facebook.

**Q.** Et je crois que vous avez déjà témoigné que vous n'avez pas d'ordinateur?

**R.** Non, je n'en ai pas.

**Q.** Si vous n'avez pas d'ordinateur, comment avez-vous accès à Facebook?

**R.** Je vais à la bibliothèque.

**Q.** Et êtes-vous associée à Danielle Ferron sur Facebook de quelque façon?

**R.** Non, nous ne l'étions pas.

**Q.** Alors, je m'y connais peut-être mieux que certains membres du jury, mais il y a quelque chose sur Facebook qu'on appelle « Friending », n'est-ce pas?

**R.** Oui, il faut aller là pour être ajouté comme ami.

**Q.** Oui. Et Danielle Ferron a-t-elle déjà été votre amie sur Facebook?

**R.** Non.

**Q.** Alors, je suppose que votre Facebook est configuré de sorte qu'elle ne peut pas avoir accès à votre information sans votre permission?

**R.** Je n'en suis pas certaine.

[16]

Après que la poursuite a conclu sa preuve, l'avocat de la défense a appelé M<sup>me</sup> Ferron à témoigner. Celle-ci, qui est technicienne juridique, a reconnu au point de départ que M. Gardiner était son meilleur ami depuis 15 ans. Elle a expliqué qu'elle avait eu avec S.W. des conversations téléphoniques dont la dernière remontait à environ [TRADUCTION] « une semaine et demie ». Lorsque l'avocat de la défense a essayé de discuter le contenu de cette conversation, il s'est heurté à l'objection et à la décision qui suivent :

**M<sup>e</sup> DRAIN :** Madame la juge, j'ai une objection. Je ne sais pas, [l'avocat de la défense] n'a mentionné qu'une conversation spécifique à la plaignante à ce sujet, et ma position, avec égards, est que si on considère la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn*, s'il veut aborder n'importe quoi d'autre que cette conversation spécifique, il aurait d'abord dû en discuter avec la plaignante, et il ne l'a pas fait; alors, il ne peut pas l'introduire par l'entremise de ce témoin.

**LA COUR :** C'est correct.

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Je crois que j'ai posé...

**M<sup>e</sup> DRAIN :** Une question.

**LA COUR :** Vous lui avez demandé si vous aviez... si elle a eu des conversations avec [S.W.], et ensuite vous avez demandé quelque chose pour savoir comment ces conversations ont eu lieu, et elle a dit par téléphone, et vous avez demandé si elle... elle a dit qu'elle a communiqué avec M<sup>me</sup> Ferron, et alors vous avez dit il y a de ça une semaine et demie. Alors, si...

**M<sup>e</sup> DRAIN :** La seule... Madame la juge, mes notes disent : Qu'est-ce que vous avez pu dire, pas exactement, c'était vague, elle était... elle m'a

transmis quelques messages de lui. Alors, ce sont... celles-là ne peuvent pas être présentées, à mon avis; il aurait dû confronter la plaignante avec le contenu de ces messages. Il a bien dit : Avez-vous parlé de la véracité du témoignage ou de la plainte, et elle a dit non; alors, je soutiens respectueusement que c'est tout ce qu'il peut obtenir du témoin actuel.

**LA COUR :** C'est bon, je vais demander au jury de sortir jusqu'à ce que nous ayons débrouillé la question. Mes excuses.

(Le jury se rend à la salle des jurés.)

**LA COUR :** C'est bon, je m'excuse, j'ai mal compris la preuve dont vous vouliez parler en réalité; alors...

**M<sup>e</sup> DRAIN :** Quand j'ai pris ces notes de son contre-interrogatoire de...

**LA COUR :** Oui.

**M<sup>e</sup> DRAIN :** ... de [S.W.], la seule fois qu'il a demandé quelque chose de spécifique à [S.W.], c'était : Avez-vous dit quelque chose sur la véracité du témoignage ou de la plainte, et elle a répondu non. À part ça, elle a dit : Je lui ai parlé, mais pas depuis le début du procès. Il a précisé que c'était lundi de cette semaine. « Qu'est-ce que vous avez pu lui dire? » Sa réponse a été... Je pense que c'était : « Vous souvenez-vous de ce que vous avez pu lui dire? » – « Pas exactement. C'était vague. Elle était... elle m'a transmis quelques messages de lui. » Alors, s'il veut maintenant introduire ces messages, il aurait dû interroger la plaignante à leur sujet.

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Je n'ai pas l'intention de présenter les messages; j'ai l'intention de poser la question directement : a-t-elle eu une conversation sur la véracité des plaintes?

**M<sup>e</sup> DRAIN :** Si ça s'en tient à ça, c'est bien.

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Certainement.

**LA COUR :** Si c'est la seule...



**M<sup>e</sup> DRAIN :** C'est la seule... C'est tout.

**LA COUR :** Vous comprenez que vous ne pouvez pas aborder le contenu des conversations...

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Absolument pas.

**LA COUR :** ... entre [S.W.] et ce témoin.

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Oui, Madame la juge.

**LA COUR :** Et à ce que je comprends, j'ai peut-être mal compris le témoignage, ces deux personnes ne se connaissaient pas du tout jusqu'après les incidents; est-ce votre souvenir du témoignage?

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Oui, Madame la juge.

**R.** En fait, ce n'est pas vrai; je m'excuse.

**LA COUR :** Non, vous ne pouvez pas me le dire.

**R.** Oh, correct.

**LA COUR :** Vous n'étiez pas ici pour ça, et le témoignage de [S.W.] était que les deux n'étaient pas amies et qu'elles ne se sont connues qu'après les incidents, et que cette témoin a contacté [S.W.] en premier et non l'inverse, pas vrai? C'est ce qu'elle a témoigné?

**M<sup>e</sup> DRAIN :** C'est ce que j'ai compris.

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** C'est ce que [S.W.] a dit, oui.

**LA COUR :** C'est bon. Alors, si en fait votre seule question a été celle que M<sup>e</sup> Drain a indiquée au sujet de n'importe quelle conversation qu'elles ont pu avoir ou ne pas avoir, soit par téléphone, soit sur Facebook, Twitter ou que sais-je, c'est avec ça que vous vous retrouvez.

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] :** Oui.

**LA COUR :** Parce que s'il y avait des choses spécifiques, vous auriez dû les discuter avec [S.W.].

**[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE]** : Oui, Madame la juge.

**LA COUR** : C'est bon? Ainsi, M<sup>e</sup> Drain aurait pu faire son réinterrogatoire à ce sujet. Bon, faites revenir le jury. Et assurez-vous de ne rien dire qui ne vous a pas été demandé, o.k.?

[17] Après le retour du jury, l'avocat de la défense a limité son interrogatoire principal aux deux questions suivantes :

**Q.** M<sup>me</sup> Ferron, avez-vous un casier judiciaire?

**R.** Non.

**Q.** Avez-vous eu une conversation avec [S.W.] sur la véracité de son témoignage ou des allégations?

**R.** Oui.

[18] M<sup>me</sup> Ferron n'a pas été contre-interrogée.

[19] Dans l'affidavit déposé à l'appui de la motion en présentation de preuves nouvelles, l'avocat de M. Gardiner au procès reconnaît qu'il connaissait la règle formulée dans l'arrêt *Browne c. Dunn*, et qu'il [TRADUCTION] « a tenté de préparer le terrain à la présentation du témoignage de Danielle Ferron pendant [son] contre-interrogatoire de la plaignante en interrogeant celle-ci de façon générale et spécifique sur les conversations qu'elle a pu avoir avec Danielle Ferron ». L'avocat de M. Gardiner au procès dit aussi qu'il ne savait pas que, lorsque la juge a rendu sa décision sur la portée des questions qu'il pouvait poser à M<sup>me</sup> Ferron, il aurait alors pu demander que la plaignante soit appelée de nouveau à témoigner.

[20] Dans l'arrêt *R. c. McCarroll (M.G.)*, 2008 ONCA 715 (2008), 241 O.A.C. 316, [2008] O.J. No. 4048 (QL), la juge d'appel Epstein a eu l'occasion d'expliquer la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* en ces termes :

[TRADUCTION]

La règle formulée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67, prescrit que si l'avocat cherche à contester la crédibilité d'un témoin en présentant une preuve contradictoire, le témoin doit avoir eu l'occasion de répondre à cette preuve pendant le contre-interrogatoire. La nature de la preuve contradictoire doit au moins être indiquée au témoin pendant son contre-interrogatoire par l'avocat qui projette de la présenter. [Par. 107]

[21] Dans l'arrêt *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, la Cour a réaffirmé les propos de lord Herschell en expliquant la justification de cette règle :

[...] [TRADUCTION] Bien, vos Seigneuries, je ne peux m'empêcher d'affirmer qu'il m'apparaît absolument essentiel au déroulement régulier d'une instance, lorsqu'un avocat entend suggérer qu'un témoin ne dit pas la vérité sur un point en particulier, d'attirer l'attention de ce témoin sur ce fait en lui posant en contre-interrogatoire certaines questions indiquant qu'on fera cette imputation, et non d'accepter son témoignage et d'en faire abstraction comme s'il était absolument incontesté puis, lorsqu'il lui est impossible d'expliquer – ce qu'il aurait peut-être pu faire si ces questions lui avaient été posées – les circonstances qui, prétend-on, montrent que sa version des faits ne doit pas être retenue, de soutenir qu'il n'est pas un témoin digne de foi. Vos Seigneuries, il m'a toujours semblé que l'avocat qui entend mettre en doute le témoignage d'une personne doit, lorsque cette personne se trouve à la barre des témoins, lui donner l'occasion d'offrir toute explication qu'elle est en mesure de présenter. De plus, il me semble qu'il ne s'agit pas seulement d'une règle de pratique professionnelle dans la conduite d'une affaire, mais également d'une attitude essentielle pour agir de façon loyale envers les témoins. On souligne parfois le caractère excessif du contre-interrogatoire auquel un témoin est soumis, reprochant à ce contre-interrogatoire d'être abusif. Toutefois, il me semble qu'un contre-interrogatoire mené par un avocat péchant par excès de zèle peut se révéler beaucoup plus équitable pour le témoin que le fait de ne pas le contre-interroger puis de suggérer qu'il ne dit pas la vérité, je veux dire sur un point à l'égard duquel il n'est par ailleurs pas clair qu'il a été pleinement informé au

préalable qu'on entendait mettre en doute la crédibilité de sa version des faits. [par. 64]

[22] Toutefois, dans l'arrêt *Lyttle*, les juges Major et Fish expliquent que la règle « n'a pas un caractère absolu » et que « [l]a mesure dans laquelle elle est appliquée est une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire », mais ils reconnaissent aussi que cette règle demeure « un principe valable d'application générale » (par. 65). Pour suivre correctement cette règle, l'avocat de la défense aurait dû faire connaître à S.W. les déclarations que M<sup>me</sup> Ferron lui attribuerait plus tard. Si elle les avait niées, il aurait pu les faire dire ensuite au jury par M<sup>me</sup> Ferron pour tenter d'attaquer la crédibilité de la plaignante.

[23] Dans ce qui précède, je remarque qu'il semble avoir échappé à tous les intéressés que la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn* n'a pas un caractère absolu et que « [son application] est une décision qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire ». L'avocate de la poursuite au procès a certainement argumenté à ce sujet comme si la règle était absolue, et la juge semble avoir rendu sa décision suivant la même idée. L'avocat de la défense au procès n'a présenté aucun argument pour tenter de passer outre à la règle. Également, l'avocat en appel n'a pas soutenu que la juge avait fait erreur en appliquant la règle de façon rigide dans les circonstances. Cependant, on n'a pas soulevé en tant que moyen d'appel que la règle n'avait pas été correctement appliquée, et je n'ai donc pas besoin d'aborder la question. La question soulevée est que l'avocat de M. Gardiner au procès n'a pas exercé un jugement professionnel raisonnable quand il n'a pas présenté à S.W. la preuve contradictoire qu'il avait l'intention de produire pour attaquer son témoignage. On soutient en outre qu'il n'a pas exercé un jugement professionnel raisonnable en ne demandant pas à la juge du procès d'envisager d'autres recours, comme ceux qui sont expliqués dans l'arrêt *R. c. McNeill*, [2000] O.J. No. 1357 (C.A.) (QL), où le juge d'appel Moldaver a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION]

Dans des cas comme la présente espèce, où le sujet de préoccupation est l'incapacité d'un témoin de raconter sa version de l'affaire, il me semble que la première option qu'il vaut la peine d'examiner est de voir s'il est possible de rappeler le témoin. Si oui, à supposer que le juge du procès soit convaincu par ailleurs, après avoir soupesé le pour et le contre, que le rappel du témoin est approprié, la partie lésée peut soit profiter de l'occasion offerte, soit la refuser. Si elle refuse cette occasion, à mon avis, aucune directive spéciale au jury n'est nécessaire en plus de la directive normale, selon laquelle il est permis au jury de croire un témoignage en totalité, en partie ou pas du tout, peu importe s'il a été contredit ou non.

L'aspect technique, à savoir quand le témoin devrait être rappelé et par qui, devrait être laissé à la discrétion du juge du procès.

Dans les cas où il est impossible ou très peu faisable de faire rappeler le témoin, ou si le juge du procès détermine pour d'autres raisons que le rappel est inapproprié, il devrait lui appartenir de décider si une directive spéciale devrait être donnée au jury. Si une directive est à propos, il faudrait dire au jury qu'en évaluant la valeur probante à accorder à la preuve non contredite, il peut tenir compte à bon droit du fait que le témoin de la partie adverse n'a pas été interrogé à ce sujet. Il faudrait également dire au jury qu'il peut tenir compte de ce fait quand il évalue la crédibilité des témoins de la partie adverse.

Selon les circonstances, d'autres moyens de corriger le problème peuvent être autorisés. Les deux options que j'ai mentionnées ne sont pas censées être les seules possibles. En règle générale, toutefois, je suis d'avis qu'ils constitueront généralement les solutions les plus équitables et les plus efficaces. [par. 47 à 50]

[24] L'avocate du procureur général soutient que ce moyen d'appel ne peut pas être accueilli à moins que de nouveaux éléments de preuve ne soient admis. Je suis du même avis. Sans une nouvelle preuve, nous ne connaissons pas la portée du témoignage que M<sup>me</sup> Ferron aurait fait si la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn* avait été suivie ou n'avait pas été appliquée de façon si rigide. De plus, nous serions incapables d'évaluer les

répercussions possibles de ce témoignage sur l'issue du procès. Nous serions donc incapables d'évaluer les deux volets du critère, soit l'examen du travail de l'avocat et l'appréciation du préjudice.

[25] L'admission d'une nouvelle preuve en appel est régie par les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), réaffirmés dans l'arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, [1998] A.C.S. n° 91 (QL), et appliqués dans l'arrêt *G.D.B.* :

- 1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général 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 puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- 4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [*G.D.B.*, par. 16.]

[26] Toutefois, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire ordinaire d'appel fondé sur une nouvelle preuve, où l'admission de la nouvelle preuve est généralement déterminante pour l'appel parce qu'elle jette un doute suffisant sur la fiabilité du verdict. En l'espèce, la preuve offerte sert deux objectifs : premièrement, elle vise à établir le volet concernant le travail de l'avocat, ou la demande fondée sur son inefficacité; deuxièmement, elle vise à établir le volet du préjudice. À toutes les époques pertinentes avant et pendant le procès, l'avocat plaidant de M. Gardiner était au courant du témoignage que M<sup>me</sup> Ferron était censée donner; ce n'est donc pas une preuve « nouvelle » au vrai sens du mot. Au contraire, l'existence même de la preuve et le défaut

de l'avocat de s'en servir à bon escient sont le fondement même de l'allégation relative à son inefficacité. Ainsi, il est difficile d'imaginer, dans les circonstances, que le critère de la diligence requise ne soit pas superflu.

[27] Il ne s'agit pas en l'espèce d'une décision tactique prise par un avocat en défendant son client. Si tel était le cas, on pourrait trancher l'affaire selon les principes formulés par la Cour suprême dans l'arrêt *G.D.B.* Dans cette affaire, l'accusé était inculpé de trois infractions sexuelles. Au moment du procès, l'avocat de la défense avait en sa possession une conversation entre la plaignante et sa mère, enregistrée sur bande sonore, dans laquelle la plaignante niait avoir été agressée sexuellement par l'accusé. Toutefois, pour des raisons tactiques, l'avocat de la défense a choisi de ne pas présenter l'enregistrement en preuve, parce qu'il aurait pu amoindrir la crédibilité du principal témoin de la défense. *G.D.B.* a été acquitté de la plus grave des trois accusations, mais déclaré coupable des deux autres. En appel, il s'est plaint que son avocat avait été incompetent. L'appel a été rejeté parce que le volet « examen du travail de l'avocat » du critère n'avait pas été établi. La décision de l'avocat de ne pas produire l'enregistrement a été qualifiée de décision tactique, qu'on ne devrait pas reconsidérer en appel.

[28] On ne peut pas en dire autant en l'espèce. Il est évident que l'avocat de la défense de M. Gardiner avait l'intention d'utiliser au maximum le témoignage de M<sup>me</sup> Ferron. Il le considérait pertinent, crédible et susceptible d'être décisif quant à la question cruciale de la crédibilité de la plaignante. Il n'a simplement pas présenté la preuve correctement; ensuite, il a été inefficace dans ses efforts pour corriger la situation. Dans les circonstances, je ne vois pas comment le critère de la diligence requise énoncé dans l'arrêt *Palmer* pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre des volets du critère concernant l'« assistance inefficace d'un avocat ». À mon avis, ce critère est inapplicable dans les circonstances.

[29] Je conclus qu'un avocat de la défense au criminel agissant de façon raisonnable aurait compris qu'il était important d'attaquer la crédibilité de S.W. en présentant au jury le témoignage de M<sup>me</sup> Ferron concernant les conversations qu'elle avait

eues avec S.W. De plus, un avocat de la défense au criminel agissant de façon raisonnable aurait su comment composer avec la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn*, et il aurait su quelles mesures prendre dans le cas où la règle aurait risqué d'entraîner l'exclusion du témoignage crucial de M<sup>me</sup> Ferron. Soit l'avocat de M. Gardiner n'a pas compris l'importance d'attaquer la crédibilité de S.W. avec ce témoignage, soit il ne savait pas comment composer avec la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn*. Ainsi, à mon avis, il s'est montré incompetent à cet égard, et cela satisfait au volet du critère qui concerne l'examen du travail de l'avocat.

[30] Il reste alors à déterminer si la preuve offerte est : 1) « pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès »; 2) « plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi »; 3) « telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat ». Si la réponse à ces trois questions est affirmative, il s'ensuit que la fiabilité du verdict a pu être compromise, et cela, comme il est expliqué dans l'arrêt *G.D.B.*, satisfait au volet du critère qui concerne le préjudice.

[31] À l'audience, l'avocate du procureur général a contesté l'affidavit de M<sup>me</sup> Ferron en la contre-interrogeant. M<sup>me</sup> Ferron a révélé qu'elle avait pris des notes de ses conversations avec S.W. et a affirmé qu'elle savait où ces notes étaient conservées à son appartement. Toutefois, malgré un ajournement pendant lequel elle est retournée chez elle en compagnie de l'avocat actuel de M. Gardiner pour retrouver les notes, elles n'ont pas été produites. Lorsque le contre-interrogatoire a été repris à une date ultérieure, elle a expliqué qu'elle avait déménagé d'un appartement à un autre et avait fait erreur quant à l'endroit où se trouvaient ses notes. Même si le défaut de M<sup>me</sup> Ferron de produire ses notes a pu affaiblir sa crédibilité, ce n'est pas un facteur déterminant, à mon avis. Le témoignage de M<sup>me</sup> Ferron en contre-interrogatoire s'harmonisait généralement à son affidavit et était conforme aux assertions faites dans l'affidavit déposé par l'avocat de M. Gardiner au procès. On peut également soutenir qu'il est corroboré par le courriel que S.W. lui a envoyé le 1<sup>er</sup> avril 2009 en réponse à la demande de M<sup>me</sup> Ferron sur Facebook.



De plus, M<sup>me</sup> Ferron a fait figure de témoin crédible et, malgré sa relation reconnue avec M. Gardiner et son incapacité de produire les notes, elle a donné un témoignage que notre formation a considéré raisonnablement crédible. Il est incontestable que son témoignage porte sur une question potentiellement décisive quant au procès et que, si l'on y ajoute foi, on pourrait raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, il aurait influé sur le résultat. Ainsi, l'affidavit de M<sup>me</sup> Ferron et celui de l'avocat de M. Gardiner au procès devraient être reçus comme éléments de preuve concernant le volet du critère qui concerne l'examen du travail de l'avocat, ou son « aide inefficace », et l'affidavit de M<sup>me</sup> Ferron devrait être reçu pour établir le volet du critère qui concerne l'appréciation du préjudice.

[32] Quand on examine les affidavits à de telles fins, on est bien forcé de conclure que l'avocat a défendu M. Gardiner de façon inefficace, non par suite de décisions tactiques, mais parce qu'il n'a pas su aborder de façon compétente la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn* et a lamentablement omis de présenter quelque argument que ce soit pour atténuer les répercussions de son non-respect de la règle. Il est évident que si l'avocat connaissait la règle, il n'en a pas bien compris toutes les répercussions, et il n'était certainement pas au courant de solutions de rechange à l'application rigide de la règle. On ne peut que conclure également que si M<sup>me</sup> Ferron avait été capable de témoigner sur ses conversations avec S.W., la crédibilité de cette dernière aurait pu en être gravement compromise. Puisque la crédibilité était au cœur de l'affaire, on ne peut pas dire que le verdict aurait nécessairement été le même. Lorsque, comme en l'espèce, la fiabilité du verdict est douteuse, le procès est injuste et une « erreur judiciaire » a donc eu lieu. En ce sens, l'« erreur judiciaire » consiste en une déclaration de culpabilité par suite d'un procès injuste, mais pas nécessairement en une condamnation injustifiée. C'est pour cette raison que l'affaire ne peut être conclue par un acquittement; il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès.

V. Dispositif

[33] Pour ces motifs, nous avons accueilli la nouvelle preuve et l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.