

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

20-12-CA

CLAYTON JEFFREY SMITH

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Smith v. R., 2012 NBCA 99

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
August 5, 2011 (conviction)
January 20, 2012 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 12, 2012 and
October 15, 2012

Judgment rendered:
November 29, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

CLAYTON JEFFREY SMITH

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Smith c. R., 2012 NBCA 99

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 5 août 2011 (déclaration de culpabilité)
Le 20 janvier 2012 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Les 12 septembre et
15 octobre 2012

Jugement rendu :
Le 29 novembre 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

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

Counsel at hearing:

Clayton Jeffrey Smith appeared in person

For the respondent:
Nicole Poirier

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Clayton Jeffrey Smith a comparu en personne

Pour l'intimée :
Nicole Poirier

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The appellant and his long-time friend Elizabeth Wilson faced a number of charges under the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (*CDSA*) following a police search of her apartment. While Ms. Wilson pled guilty to possession of marihuana and oxycodone, the appellant stood trial in Provincial Court where, after testifying in his own defence, he was convicted on four counts of possession for the purpose of trafficking in various controlled substances, namely cocaine, cannabis marihuana, oxycodone and methamphetamine (s. 5(2) of the *CDSA*). The appellant, who is now self-represented, appeals, arguing lack of evidence and ineffective assistance of counsel. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal and uphold the contested verdicts.

II. Background

[2] The appellant had been the subject of police surveillance for several months when, on August 5, 2011, R.C.M.P. officers obtained and executed a search warrant for Ms. Wilson's apartment unit on Green Valley Drive in Sussex Corner, New Brunswick. Officers seized from the apartment approximately \$5,000 worth of illegal drugs, consisting of 174 grams of marihuana, 34 grams of cocaine, five 20 milligram pills and twenty-two 10 milligram pills of oxycodone as well as 79 pills containing methamphetamine. In addition, officers found: two scales, one covered in a white powdery residue, the other with green leafy material; four cell phones; a calendar with lists of names and amounts (which appeared to function as a "score sheet") located next to the supply of drugs; and unused baggies. On the basis of those seizures and late night visits by potential customers, a Crown witness, qualified to give opinion evidence on point, testified the apartment was the site of a street level drug trafficking operation. Issue is not taken with the admissibility and cogency of this expert's testimony.

[3] The appellant claimed in his testimony at trial that, while visiting another friend in the same building, he received a text message from Ms. Wilson, asking him to join her, which he did. The pair had just begun to smoke a joint when officers arrived and arrested them both. A search of the appellant's person yielded \$280 in cash and a small rock of cocaine.

[4] Officers testified the appellant, who has a significant history with illegal drugs, told them "I saw this coming", "I'm stupid" and "I will get 10 years for this", statements which they interpreted as self-incriminating. Officers also testified the appellant subsequently directed them to a supply of drugs in a small closet next to the kitchen. However, in his testimony, the appellant sought to put an innocent or neutral spin on his utterances, maintaining he had simply said he "would have to be stupid" to deal in drugs with his existing record. He further denied having pointed out where the drugs were stored and insisted the sale of drugs from the apartment was Ms. Wilson's exclusive venture. Neither the Crown nor the defence called her as a witness at trial.

[5] After hearing the officers who executed the warrant, the expert witness mentioned above and the appellant, and reviewing photographs of the apartment taken the night of the search and seizure, the trial judge determined the appellant was in constructive possession of the controlled substances found in Ms. Wilson's apartment and that his guilt had been established beyond a reasonable doubt on each of the four counts described above. The trial judge went on to dismiss a fifth count pertaining to contraband cigarettes under the *Excise Act*, R.S.C. 1985, c. E-14, finding evidence of guilt fell short of the mark.

III. Grounds of Appeal

[6] The appellant contends his convictions cannot stand because of a "lack of physical evidence" linking him to the offences under the *CDSA*, a state of affairs which, he argues, spawned "more speculation [...] than proof". More generally, he takes issue with the reasonableness of the verdicts rendered at trial. In that regard, the appellant

states in his written submission on appeal: “all I was guilty of was being in the wrong place at the wrong time”. He further claims defence counsel provided ineffective representation by failing to “bring forth witnesses or gather information” to prove his innocence or, at the very least, raise a reasonable doubt on point. Before dealing with those grounds, and because the appellant requested the Court assign counsel to act on his behalf, a few observations regarding s. 684 of the *Criminal Code* are warranted.

[7] The Court’s power under s. 684 is contingent upon it appearing desirable in the interests of justice that an appellant, whose indigence has been established, should have legal assistance. As a general rule, that will be so only in instances where the appeal’s complexity, whether factual or legal, causes the Court or one of its judges to conclude: (1) it is unlikely the appellant will be able to make the case for intervention; and (2) the assistance of counsel is required for the panel to properly exercise its reviewing function. It should go without saying, but there is merit in underscoring the obvious: taxpayers foot the bill for any assignment of counsel under s. 684. That consideration coupled with the nature of the proceedings, the fairness obligations of Crown counsel and the panel members’ impartiality, knowledge of the law and experience goes a long way in explaining and justifying the exceptionality of s. 684 orders.

[8] No aspect of the present appeal is complex. None of the issues raised is beyond the appellant’s grasp and the Court does not need the assistance of counsel to pass judgment. It follows that the case for the exercise of our discretion under s. 684 in a manner favorable to the appellant has not been made.

IV. Analysis of the Grounds of Appeal and Decision

[9] I begin by summarily rejecting the ground of appeal founded upon the absence of “physical” evidence linking the appellant to the crimes particularized in the 4-count Information. *Evans v. R.*, 2005 NBCA 22, 291 N.B.R. (2d) 397 is on point. In that case, the appellant contended “there was no direct evidence relating to identification,

forensic or physical, just circumstantial evidence”. In rejecting that contention, the Court stated:

Neither direct evidence pertaining to identification, nor incriminating forensic and physical evidence are required for a proper finding of guilt. Adequately cogent circumstantial evidence is sufficient: *R. v. Charemski*, [1998] 1 S.C.R. 679, per Bastarache J., for the majority. [para. 5]

[Emphasis added.]

A. *Verdict Unreasonableness*

(1) The key question and the applicable standard of review

[10] The trial judge rendered the impugned verdicts after finding the Crown had established beyond a reasonable doubt the appellant was in constructive possession of the controlled substances seized at Ms. Wilson’s apartment. Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* provides an appeal against conviction may be allowed where the court of appeal concludes the verdict is “unreasonable or cannot be supported by the evidence”. As is well known, that conclusion is unwarranted if the trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered the verdict in question (see *Mowry v. R.*, 2006 NBCA 18, 297 N.B.R. (2d) 16, at para. 1). Of necessity, the application of that test requires the court of appeal to re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence produced at trial (see *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL)). Nonetheless, as Bell J.A., writing for the Court, underscored in *Hubbard v. R.*, 2009 NBCA 28, 360 N.B.R. (2d) 1, at para. 11, “the function of this court is not to substitute itself” for the trier of fact and in discharging its responsibilities pursuant to s. 686(1)(a)(i), the Court must be “mindful of the advantageous position of the trial judge in assessing the credibility of the witnesses, including the accused” (see *R. v. A.G.*, 2000 SCC 17, [2000] 1 S.C.R. 439). The key question is therefore whether, on the evidence, it was reasonably open to the trial judge to find the appellant was in constructive possession of the controlled substances seized at Ms. Wilson’s apartment.

(2) Constructive possession

[11] Section 2(1) of the *CDSA* provides “possession” means possession as defined under s. 4(3) of the *Criminal Code*, which reads as follows:

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

a) une personne est en possession d’une chose lorsqu’elle l’a en sa possession personnelle ou que, sciemment :

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(i) ou bien elle l’a en la possession ou garde réelle d’une autre personne,

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(ii) ou bien elle l’a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu’elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d’une autre personne;

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

b) lorsqu’une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l’autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d’elles.

[Emphasis added.]

[Je souligne.]

[12] The appellant was found guilty on the basis that s. 4(3)(a)(ii)’s requirements were met. The latest authoritative pronouncement on constructive possession is found in *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253:

Constructive possession is established where the accused did not have physical custody of the object in question, but did have it "in the actual possession or custody of another person" or "in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person." (*Criminal Code*, s. 4(3)(a)). Constructive possession is thus complete where the accused: (1) has knowledge of the character of the object, (2) knowingly puts or keeps the object in a particular place, whether or not that place belongs to him, and (3) intends to have the object in the particular place for his "use or benefit" or that of another person. [para. 17]

[13] The trial judge relied on *R. v. Jenner*, 2005 MBCA 44, [2005] M.J. No. 95 (QL) for the elementary proposition that both knowledge and control can be established on the basis of circumstantial evidence. He also made reference to *R. v. Fisher*, 2005 BCCA 444, [2005] B.C.J. No. 1955, and its application of the rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227 at 228, 168 E.R. 1136, which states an accused may be convicted solely on the basis of circumstantial evidence, provided the evidence is consistent with the accused having committed the act and is "inconsistent with any other rational conclusion". The trial judge further made it clear that any such conclusion must be grounded in available evidence and not mere speculation. In my view, that understanding of the law is beyond reproach.

(a) *Knowledge*

[14] As the trial judge recognized in his reasons for decision, the appellant's knowledge of the drug trafficking operation in Ms. Wilson's apartment was not seriously contested by the defence. Nonetheless, the judge canvassed the circumstances whose cumulative effect, in his view, established that fact apodictically: (1) the appellant had been observed on the balcony of the apartment on a previous occasion; (2) he was present when the search party arrived; (3) he indicated where the drugs were located in the apartment; (4) he was familiar with the drug trade; (5) he conceded his roommates in another apartment had been dealing drugs in the months prior to his arrest; and (6) he admitted knowing Ms. Wilson was selling drugs from the apartment (he acknowledged purchasing marijuana from her on previous occasions). Clearly, the record reveals more than enough evidence for the trial judge's finding that the appellant knew the controlled substances referenced in the Information were in Ms. Wilson's apartment for the purpose of trafficking.

(b) *Control*

[15] In *R. v. Wu*, 2010 BCCA 589, [2010] B.C.J. No. 2585 (QL), to which the trial judge adverted in his reasons for decision, Frankel J.A. describes control in the following terms:

The law with respect to control in the context of constructive possession is well known. What the Crown must prove is that an accused had the ability to exercise some power (i.e., some measure of control) over the item in issue. It is not necessary for the Crown to prove that such power was in fact exercised: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 at 15-17, 137, 138; *R. v. Webster*, 2008 BCCA 458, 238 C.C.C. (3d) 270 at paras. 42-44. [para. 20]

At this level, the issue is whether, on the evidence, the trial judge could reasonably find the appellant was in a position to exercise control over the controlled substances in Ms. Wilson's apartment.

[16] Whether the requisite degree of control exists is a question of fact, which stands to be determined in the light of the particular circumstances of each case. In *Drug Offences in Canada*, 3d ed. looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 2012), the authors, Bruce A. MacFarlane, Robert J. Frater & Chantal Proulx, provide, at paras. 4.1280-4.1296, the following insights regarding evidence of control in residential cases:

In *residential cases* of constructive possession, it should also be noted that where a person occupies a room, such occupation constitutes some evidence from which an inference may be drawn that the person was aware of the presence and had control of a drug found within the room: see *R. v. Chambers* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (Ont.C.A.); *R. v. Fairgrieve* (1996), 136 W.A.C. 219 (B.C.C.A.); *R. v. Tran* (2000), 45 W.C.B. (2d) 531 (B.C.S.C.); *R. v. Pearson*, 2000 BCCA 216; see also *Carnes v. State*, 480 N.E. 2d 581 (Ind. App. 2 Dist. 1985); and *R. v. Papaluca* (2001), 123 A. Crim. R. 322 (C.C.A.W.A.); *R. v. Peterson* (2002), 289 W.A.C. 313 (B.C.C.A.); *U.S. v. Paulino* (unreported, March 29, 2006, U.S. Court of Appeals, 2d Cir., docket no. 04-2553-cr). However, a rebuttable presumption of possession because of tenancy or occupancy does not exist at common law or under the *Controlled Drugs and Substances Act*, and a decision by a trial judge to analyze the evidence on a presumptive basis constitutes a reversible error: *R. v. Watson* (2011), 94 W.C.B. (2d) 733 (Ont.C.A.), at para. 13.

Whether and to what extent any particular accused can be tied to drugs found in residential premises will depend on a range of factors, including: whether the accused lived there or regularly stayed over; whether others lived there or stayed over, and the frequency; clothing and other *indicia* of living arrangements; who paid the rent or mortgage; in whose name are the various utility accounts; frequency of attendance based on surveillance; and relationship between individuals appearing to live in the premises. This is not, of course, an exhaustive list. For example, knowledge and control over openly visible drugs can and often will be inferred where the accused are the only ones living in the premises: *R. v. Vu* (2004), 328 W.A.C. 293 (B.C.C.A.), at para. 33; *R. v. Wu* (2010), 92 W.C.B. (2d) 9 (B.C.C.A.); *R. v. Callejas* (2011), 94 W.C.B. (2d) 498 (Ont.C.A.), at para. 8.

On the other hand, where the accused simply visited the premises from time to time and had a key to the door, but there was no other evidence connecting the accused to the drugs and the other persons frequented the premises, an inference of knowledge and control usually will not be drawn: *R. v. Grey* (1996), 47 C.R. (4th) 40 *sub nom. R. v. Escoffery* (Ont.C.A.), at pp. 41-3; *R. v. Do* (2003), 175 C.C.C. (3d) 176 (Ont.C.A.), at paras. 23-26. Indeed, where the evidence adduced by the Crown is entirely circumstantial, and razor thin, a trial judge is entitled to enter a directed verdict where the evidence does not meet the standard established by the Supreme Court in *USA v. Shepard*: *R. v. Beals* (2011), 302 N.S.R. (2d) 358 (C.A.).

Often, documentary evidence found within the premises will be probative of the issue: *R. v. Emes* (2001), 157 C.C.C. (3d) 124 (Ont. C.A.). The presence of a “score sheet”, for instance, can form a part of a circumstantial web implicating those present in the premises – in this case, in relation to a charge of possession of the proceeds of crime: *R. v. Castillo* (2005), 340 W.A.C. 161 (Man. C.A.).

For a discussion of constructive possession, in particular the inferences that may arise where spouses are living together, see *R. v. Mihalkov* (2009), 243 C.C.C. (3d) 173 (Ont. C.A.); *R. v. Wu, supra*. In *R. v. Medina* (2010), 88 W.C.B. (2d) 46, the Ontario Court of Appeal considered whether constructive possession could be found where a large quantity of marihuana was found in an apartment that

had been subleased. Neither the actual tenant nor the superintendant of the building could identify the accused as the sub-tenant, but the court nonetheless found the accused guilty of possession based on circumstantial evidence located in and around the apartment.

In the course of his reasons, the trial judge set out the constellation of circumstances whose cumulative effect led him to conclude the Crown had satisfactorily established the appellant's ability to exercise some power over the drugs in Ms. Wilson's apartment.

[17] First, after a *voir dire*, the trial judge admitted in evidence the appellant's utterances at the time of his arrest. He then rejected the innocent or neutral gloss proposed by the appellant in his testimony, choosing instead the incriminating understanding urged by the Crown and the officers at the scene.

[18] Second, the appellant, while not formally a tenant, occasionally stayed at the apartment. The trial judge observed the male clothing in the apartment was "consistent with a male presence". That said, photographs of the apartment and testimony regarding its contents persuaded the judge that it was not the appellant's primary residence. He went on to find the premises, as depicted in the testimonial and pictorial evidence, "was used for nothing other than selling drugs".

[19] Third, the appellant's truck keys were found near a bag of marihuana in the pantry. Although it remains a mystery why the keys were put there, their proximity to the drugs undermined the appellant's suggestion that his presence in the apartment was entirely innocent.

[20] Fourth, three of the appellant's bronchial inhalers were found inside a kitchen cupboard. They had been prescribed a month earlier. The trial judge attached significance to this state of affairs for the following reasons:

The police entered the place on the day alleged in the information and the medication is still there and he is still there. And he says he simply forgot it back in July. Well

this is not take it or leave it medication. It's not like Advil or Tylenol for a headache. It's respiratory medication and it was dispensed that day and it requires the use four times a day. Now I appreciate maybe not every day but the fact of the matter is, you would – I cannot conclude that somebody who has a condition that requires that medication simply leaves their medication somewhere for a month. The fact that it was there again is supportive of control of the apartment and what's contained therein. And I don't accept that someone who got their medication one day would simply drop it off and then go to Hampton where they say they live and then decide they might need a respiratory puff on their – because their bronchitis or asthmatic condition is acting up and then hope that somebody is home on Green Valley Drive so they can get a ride up there and get their medication and maybe get into the apartment. Again this is strong evidence of control of that apartment. [pp. 261-262]
[Emphasis added.]

Although there was a dearth of evidence regarding the appellant's medical needs, he testified to carrying an inhaler, which lasted no more than a month. In the circumstances, the 3-month supply found in one of the closets of Ms. Wilson's apartment reflected an association with the premises that went beyond the odd brief social call and suggested the appellant was confident in his ability to come, stay and go as he pleased.

[21] Fifth and finally, sometime after midnight and while police officers were still at the apartment, two individuals arrived at separate times, each asking for the appellant. While readily accepting these visits would not be telling on their own, the judge found there was no other rational explanation for their occurrence but that the visitors were looking for something from the appellant and that “to put it [bluntly] there wasn't much in the apartment except for drugs”.

[22] On the basis of those items of circumstantial evidence, considered and assessed collectively, the trial judge concluded the appellant was in constructive possession of the controlled substances seized from Ms. Wilson's apartment and that his guilt had been established beyond a reasonable doubt. Upon careful consideration of the record, I am satisfied that conclusion reflects an unimpeachable understanding and

application of the law to findings of fact and credibility that the trial judge could reasonably make. As a result, the case for verdict unreasonableness has not been made and this Court is not at liberty to intervene under the authority of s. 686(1)(a)(i).

B. *Effective assistance of counsel*

[23] In *R. v. Gardiner*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, Richard J.A., writing for the court, summarized the law on point:

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

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

[...]

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

advancing the interests of their clients” (para. 36). Appellate judges are likewise duty bound to apply that deferential approach. [paras. 1, 2 and 10]

[24] As explained in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, this “strong presumption” of competence places the onus on the appellant to establish acts or omissions of counsel that evince sub-par performance. In *Cormier v. R.*, 2012 NBCA 76, [2012] N.B.J. No. 320 (QL), the Court had occasion to discuss the importance of substantiating evidence:

In *R. v. Lavoie*, 2010 NBCA 52, 363 N.B.R. (2d) 55, this Court observed that the onus is on the appellant to establish counsel’s acts or omissions constituted incompetence and that a miscarriage of justice resulted from those acts or omissions. It is not the function of an appellate court “[...] to second guess or perform a retrospective analysis of trial tactics, strategy or the judgment exercised by trial counsel. Considerable deference is owed to counsel’s decisions made during the trial” (*Lavoie*, para. 7).

Courts normally require proof that the appellant has provided trial counsel with notice of the alleged incompetence, and that he or she has been provided with notice of the date and time when the appeal will be heard. See *R. v. Michaud*, 2011 NBCA 74, 376 N.B.R. (2d) 170; *R. v. C. (L.S.)*, 2003 ABCA 105, [2003] A.J. No. 388 (QL); *R. v. Elliott*, [1975] O.J. No. 1185 (C.A.) (QL). Given the seriousness of a finding that a lawyer failed to competently perform his or her work, it is only fitting that he or she has the opportunity to respond to the allegations. [...]

Another feature often present in appeals based upon an allegation of incompetence is an application to adduce fresh evidence (see *R. v. Brooks*, 2008 NBCA 49, 331 N.B.R. (2d) 268). The fresh evidence sometimes takes the form of an affidavit from another lawyer in which he or she outlines the minimal standards of competence in relation to the impugned subject matter. Mr. Cormier brings no application for the admission of fresh evidence. As a result, it is left to this Court to review the transcripts in order to determine whether there is any merit to this ground of appeal. [paras. 6-8]

[25] Where it is clear the defence was not prejudiced by counsel's services, it is generally preferable that any claim of ineffective legal assistance be determined without considering the performance component of the analysis (see *R. v. G.D.B.*, at para. 29). The wisdom of that direction is readily apparent where grading counsel's performance is difficult and a complaint on point has been filed with the Law Society. However, where, as here, no such difficulty exists and there is no indication that the Law Society is in the mix, fairness dictates the Court address the complaint of sub-par professional services. That is so quite simply because the reputation of defence counsel - often easily identifiable members of the Province's relatively small legal aid staff - is always in jeopardy when allegations of prejudicial professional incompetence are advanced on appeal and detailed in the Court's reasons for decision. If the pertinent grounds of appeal are dismissed solely on the basis of no prejudice, the claim of deficient performance stands unresolved and doubts, perhaps wholly unjustified, about counsel's competence may linger and cause undeserved grief.

[26] As was the case in *Cormier*, the record does not show defence counsel has been notified of the appellant's allegations of incompetence. Nor has there been an application to adduce substantiating expert or other evidence. Recall that the claim of prejudicial incompetence is founded upon defence counsel's failure "to bring forth witnesses or gather information to prove [...] innocence". There is no evidence to suggest available exculpatory information did not find its way into the record. It follows the kernel of the complaint is simply that defence counsel should have called Ms. Wilson to the witness stand.

[27] However, there is no evidence that Ms. Wilson's testimony would have helped the defence. I note it is acknowledged defence counsel opted against calling Ms. Wilson after she told him she "would not lie" for the appellant. Like defence counsel, I would have distilled from this statement that Ms. Wilson's testimony would, in all likelihood, be unhelpful. Moreover, a careful review of the transcript of proceedings in first instance leads me to conclude counsel was thorough and optimally effective in cross-

examining Crown witnesses and in his direct examination of the appellant. Moreover, counsel's submissions reflected a satisfactory understanding of the law and the record. In my view, the appellant has not come close to establishing his counsel's performance at trial did not measure up to an acceptable standard.

V. Conclusion and Disposition

[28] For the reasons outlined above, I am satisfied the grounds of appeal against conviction are devoid of merit. That being so, I am duty bound to dismiss the appeal.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] L'appelant et son amie de longue date Elizabeth Wilson ont fait l'objet de nombreuses accusations sous le régime de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la « *Loi* »), par suite d'une perquisition effectuée par la police dans l'appartement de M^{me} Wilson. Celle-ci a plaidé coupable à des accusations de possession de marijuana et d'oxycodone, tandis que l'appelant a subi un procès devant la Cour provinciale à l'issue duquel, après avoir témoigné pour sa propre défense, il a été déclaré coupable relativement à quatre accusations de possession de diverses substances désignées en vue d'en faire le trafic, notamment de la cocaïne, du cannabis (marijuana), de l'oxycodone et de la méthamphétamine (par. 5(2) de la *Loi*). L'appelant, qui se représente maintenant lui-même, interjette appel en alléguant l'insuffisance de la preuve et la représentation inefficace par son avocat. Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer les verdicts contestés.

II. Contexte

[2] L'appelant faisait l'objet d'une surveillance policière depuis plusieurs mois déjà lorsque, le 5 août 2011, la GRC a obtenu et exécuté un mandat de perquisition visant l'appartement de M^{me} Wilson, situé sur la promenade Green Valley, à Sussex Corner, au Nouveau-Brunswick. Les gendarmes y ont saisi des drogues illicites dont la valeur se chiffrait à environ 5 000 \$, à savoir 174 g de marijuana, 34 g de cocaïne, cinq comprimés de 20 mg d'oxycodone et 22 comprimés de 10 mg d'oxycodone, ainsi que 79 pilules renfermant de la méthamphétamine. De plus, les gendarmes ont trouvé les objets suivants : deux balances, l'une couverte d'un résidu poudreux de couleur blanche, l'autre couverte d'une matière herbeuse de couleur verte; quatre téléphones cellulaires; un calendrier se trouvant à côté des drogues sur lequel étaient inscrits des noms et des montants (et qui semblait servir de « feuille de comptes »); des sacs de plastique n'ayant

jamais servi. Se fondant sur les articles saisis et la visite nocturne de clients potentiels, un témoin du ministère public, qui avait qualité pour donner un témoignage d'opinion sur ce point, a déclaré que l'appartement était un lieu où se déroulaient des activités de trafic de drogues vendues dans la rue. L'admissibilité et le bien-fondé du témoignage de cet expert ne sont pas contestés.

[3] L'appelant a déclaré dans son témoignage au procès que, pendant une visite chez un autre ami qui habitait le même immeuble, il a reçu un message texte de M^{me} Wilson lui demandant de la rejoindre. Il est donc allé la rejoindre. Ils venaient de s'allumer un joint lorsque les gendarmes sont arrivés et les ont arrêtés tous les deux. Lorsqu'on l'a fouillé, l'appelant avait sur lui la somme de 280 \$ en espèces et un petit morceau de cocaïne.

[4] Les gendarmes ont déclaré dans leur témoignage que l'appelant, qui avait un lourd passé au chapitre des drogues illicites, leur avait fait les réflexions suivantes : [TRADUCTION] « je voyais cela venir », [TRADUCTION] « je suis stupide » et [TRADUCTION] « je vais en avoir pour dix ans ». Les gendarmes ont vu ces déclarations comme une preuve auto-incriminante. Ils ont également déclaré que l'appelant leur avait indiqué par la suite un petit placard près de la cuisine où se trouvaient des drogues en réserve. Toutefois, dans son témoignage, l'appelant a cherché à donner un effet plus neutre ou inoffensif à ses réflexions, en affirmant qu'il avait simplement dit qu'il [TRADUCTION] « serait stupide » de faire du trafic de drogues compte tenu de ses antécédents. En outre, il a nié avoir indiqué l'endroit où se trouvaient les réserves et il a insisté pour dire que le trafic qui se faisait à partir de l'appartement de M^{me} Wilson était son affaire à elle seule. Ni le ministère public ni la défense n'ont appelé M^{me} Wilson à témoigner au procès.

[5] Après avoir entendu les gendarmes chargés d'exécuter le mandat, le témoin expert dont il a été question précédemment et l'appelant, et après avoir examiné les photos de l'appartement prises la nuit de la perquisition et de la saisie, le juge du procès a conclu que l'appelant avait la possession de droit des substances désignées

trouvées dans l'appartement de M^{me} Wilson et que sa culpabilité avait été établie hors de tout doute raisonnable à l'égard de chacun des quatre chefs d'accusation décrits précédemment. Le juge du procès a ensuite rejeté le cinquième chef d'accusation concernant les cigarettes de contrebande formé en vertu de la *Loi sur l'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-14, parce qu'il était d'avis que la preuve ne permettait pas d'établir sa culpabilité.

III. Moyens d'appel

[6] L'appelant prétend que les déclarations de culpabilité doivent être annulées en raison de [TRADUCTION] « l'insuffisance de la preuve matérielle » le liant aux infractions reprochées en vertu de la *Loi*, une situation qui, allègue-t-il, relevait [TRADUCTION] « davantage de la conjecture [...] que de la preuve ». De façon plus générale, il conteste le caractère raisonnable des verdicts prononcés au procès. À cet égard, l'appelant affirme ce qui suit dans ses observations écrites présentées en appel : [TRADUCTION] « tout ce dont j'étais coupable, c'était d'être au mauvais endroit au mauvais moment ». Il avance ensuite que son avocat ne l'a pas bien représenté parce qu'il n'avait pas [TRADUCTION] « cité de témoins à comparaître ni recueilli de l'information » pour prouver son innocence ou, à tout le moins, pour soulever un doute raisonnable à cet égard. Avant d'examiner ces moyens d'appel, et étant donné que l'appelant a demandé à la Cour de désigner un avocat pour agir en son nom, il est justifié de formuler quelques observations concernant l'art. 684 du *Code criminel*.

[7] Pour qu'elle puisse exercer le pouvoir qui lui est conféré à l'art. 684, la Cour doit être d'avis qu'il paraît souhaitable dans l'intérêt de la justice que l'appelant, dont l'indigence a été établie, soit pourvu d'un avocat. La règle générale veut que ce soit le cas seulement dans les affaires où la complexité de l'appel, du point de vue des faits ou du droit, amène la Cour ou l'un de ses juges à conclure (1) qu'il est peu probable que l'appelant sera en mesure d'établir le bien-fondé de sa thèse pour amener la Cour à intervenir et (2) que l'assistance d'un avocat est nécessaire pour que la Cour puisse exercer convenablement sa fonction de révision. Il va sans dire, bien qu'il soit en même

temps justifié de souligner ce qui est évident, que ce sont les contribuables qui vont payer les honoraires de l'avocat désigné en vertu de l'art. 684. Ce facteur combiné à la nature de la procédure, aux obligations d'équité des procureurs du ministère public et à l'impartialité, la connaissance du droit et l'expérience des juges expliquent et justifient amplement le caractère exceptionnel des ordonnances prononcées en vertu de l'art. 684.

[8] Le présent appel n'a rien de complexe. Aucune des questions soulevées n'est étrangère à l'appelant et la Cour n'a pas besoin de l'assistance d'un avocat pour se prononcer. Il s'ensuit que le bien-fondé de la thèse concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 684 en faveur de l'appelant n'est pas établi.

IV. Analyse des moyens d'appel et décision

[9] Pour commencer, je rejette de façon sommaire le moyen d'appel fondé sur l'absence de preuve [TRADUCTION] « matérielle » établissant un lien entre l'appelant et les quatre infractions décrites dans la dénonciation. L'arrêt *Evans c. R.*, 2005 NBCA 22, 291 R.N.-B. (2^e) 397, traite de ce point précis. Dans cette affaire, l'appelant prétendait qu' [TRADUCTION] « il n'y avait, en ce qui concernait l'identification, aucune preuve directe, fût-elle médicolégale ou matérielle, seulement une preuve circonstancielle ». La Cour a rejeté cette prétention en affirmant ce qui suit :

Ni une preuve directe se rapportant à l'identification ni une preuve médicolégale et matérielle incriminante ne sont essentielles pour justifier une conclusion de culpabilité. Une preuve circonstancielle suffisamment solide est suffisante : *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, le juge Bastarache qui rendait jugement au nom de la majorité. [par. 5]

[Je souligne.]

A. *Caractère déraisonnable du verdict*

(1) La question fondamentale et la norme de contrôle applicable

[10] Le juge du procès a prononcé les verdicts contestés après avoir conclu que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait la possession de droit des substances désignées saisies à l'appartement de M^{me} Wilson. Le s.-al. 686(1)a(i) du *Code criminel* prévoit qu'un appel d'une déclaration de culpabilité peut être admis si la cour d'appel conclut que le verdict est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ». Il est bien établi que pareille conclusion n'est pas justifiée si le juge des faits, dans l'exercice de sa fonction judiciaire, pouvait raisonnablement prononcer le verdict en question (voir *Mowry c. R.*, 2006 NBCA 18, 297 R.N.-B. (2^e) 16, au par. 1). L'application de ce critère implique forcément que la cour d'appel réexamine et, du moins dans une certaine mesure, réévalue l'effet de la preuve produite au procès (voir *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n° 51 (QL)). Néanmoins, comme le juge Bell, s'exprimant au nom de la Cour, l'a souligné dans *Hubbard c. R.*, 2009 NBCA 28, 360 R.N.-B. (2^e) 1, au par. 11, « [n]otre Cour n'a pas pour rôle de se substituer » au juge des faits et, en s'acquittant des obligations qui lui incombent en vertu du s.-al. 686(1)a(i), elle doit « tenir compte de la position avantageuse qu'occupe le juge du procès aux fins d'apprécier la crédibilité des témoins, y compris l'accusé » (voir *R. c. A.G.*, 2000 CSC 17, [2000] 1 R.C.S. 439). Essentiellement, il faut donc se demander si, compte tenu de la preuve, il était raisonnablement loisible au juge des faits de conclure que l'appelant avait la possession de droit des substances désignées saisies à l'appartement de M^{me} Wilson.

(2) Possession de droit

[11] Le paragraphe 2(1) de la *Loi* prévoit que le terme « possession » s'entend au sens du par. 4(3) du *Code criminel*, qui est rédigé comme suit :

(a) a person has anything in possession a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession

knowingly

personnelle ou que, sciemment :

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(i) ou bien elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne,

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(ii) ou bien elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne;

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

[12] L'appelant a été déclaré coupable parce que les conditions prescrites au s.-al. 4(3)a(ii) étaient réunies. La décision la plus récente faisant autorité en matière de possession de droit a été rendue dans l'affaire *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253 :

Il y a possession *imputée* [possession de droit] lorsque l'accusé n'a pas la garde physique de l'objet en question, mais qu'il l'a « en la possession ou garde réelle d'une autre personne » ou « en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'[il] occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne » (*Code criminel*, al. 4(3)a)). Il y a donc possession imputée quand l'accusé : (1) a connaissance de la nature de l'objet, (2) met ou garde volontairement l'objet dans un lieu donné, que ce lieu lui appartienne ou non, et (3) a l'intention d'avoir l'objet dans ce lieu pour son « propre usage ou avantage » ou celui d'une autre personne. [par. 17]

[13] Le juge du procès a invoqué la décision *R. c. Jenner*, 2005 MBCA 44, [2005] M.J. No. 95 (QL), à l'appui de la proposition élémentaire selon laquelle la connaissance et le contrôle peuvent être établis à partir d'une preuve circonstancielle. Il a également fait référence à la décision *R. c. Fisher*, 2005 BCCA 444, [2005] B.C.J.

No. 1955 (QL), où il y a eu application de la règle énoncée dans *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, à la page 228, 168 E.R. 1136, suivant laquelle un accusé peut être déclaré coupable à partir d'une preuve circonstancielle, pourvu que celle-ci s'inscrive dans la logique de la perpétration du crime par l'accusé et soit [TRADUCTION] « incompatible avec toute autre conclusion rationnelle ». Le juge du procès a de plus affirmé clairement que pareille conclusion doit se fonder sur la preuve présentée et non sur de simples conjectures. À mon avis, cette interprétation de la règle de droit est irréprochable.

a) *Connaissance*

[14] Comme le juge du procès l'a reconnu dans ses motifs de décision, la connaissance par l'appelant des activités de trafic de drogues qui se déroulaient dans l'appartement de M^{me} Wilson n'a pas été véritablement contestée par la défense. Néanmoins, le juge a bien décrit les circonstances dont l'effet cumulatif, à son avis, établissait ce fait apodictiquement : (1) l'appelant avait été aperçu au balcon de l'appartement une fois auparavant; (2) il était présent lorsque les gendarmes chargés de faire la perquisition sont arrivés; (3) il a indiqué l'endroit où se trouvaient les drogues dans l'appartement; (4) il était bien au fait du commerce de la drogue; (5) il a avoué que ses compagnons avec qui il partageait un autre appartement avaient fait le commerce de la drogue dans les mois précédant son arrestation; (6) il a admis qu'il savait que M^{me} Wilson vendait de la drogue à son appartement (il a reconnu lui avoir acheté de la marihuana à d'autres occasions antérieurement). De toute évidence, le dossier comporte une preuve plus que suffisante pour étayer la conclusion du juge du procès suivant laquelle l'appelant savait que les substances désignées mentionnées dans la dénonciation se trouvaient dans l'appartement de M^{me} Wilson en vue de leur trafic.

b) *Contrôle*

[15] Dans l'arrêt *R. c. Wu*, 2010 BCCA 589, [2010] B.C.J. No. 2585 (QL), auquel le juge du procès a fait référence dans ses motifs de décision, le juge Frankel, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, décrit le contrôle en ces termes :

[TRADUCTION]

La règle de droit concernant le contrôle dans le contexte de la possession de droit est bien connue. Le ministère public doit prouver que l'accusé était capable d'exercer un certain pouvoir (à savoir un certain contrôle) sur l'objet en question. Il n'est pas nécessaire pour le ministère public de prouver que ce pouvoir a dans les faits été exercé : *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, aux par. 15 à 17, 137 et 138; *R. c. Webster*, 2008 BCCA 458, 238 C.C.C. (3d) 270, aux par. 42 à 44. [par. 20]

La question qui se pose maintenant est celle de savoir si, compte tenu de la preuve, le juge du procès pouvait raisonnablement conclure que l'appelant était en position d'exercer un contrôle sur les substances désignées qui se trouvaient dans l'appartement de M^{me} Wilson.

- [16] La question de savoir si le degré de contrôle requis existe est une question de fait, qui doit être tranchée à la lumière des circonstances particulières de chaque affaire. Dans l'ouvrage *Drug Offences in Canada*, 3^e édition, en feuillets mobiles (Aurora, Ont. : Canada Law Book Inc., 2012), les auteurs, Bruce A. MacFarlane, Robert J. Frater et Chantal Proulx, donnent, aux par. 4.1280 à 4.1296, les éclaircissements suivants concernant la preuve du contrôle dans le cas d'une résidence :

[TRADUCTION]

Dans les affaires de possession de droit d'un objet *lorsque cet objet se trouve dans une résidence*, il faut également noter que, si une personne occupe une chambre, cette occupation constitue une preuve à partir de laquelle il peut être inféré que cette personne était au courant de la présence d'une drogue trouvée dans la chambre et qu'elle exerçait un contrôle sur celle-ci : voir *Re Chambers and the Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 440 (C.A. Ont.); *R. c. Fairgrieve* (1996), 136 W.A.C. 219 (C.A.C.-B.); *R. c. Tran* (2000), 45 W.C.B. (2d) 531 (C.S.C.-B.); *R. c. Pearson*, 2000 BCCA 216; voir également *Carnes c. State*, 480 N.E. 2d 581 (Ind. App. Sec. Dist. 1985); *R. c. Papaluca* (2001), 123 A. Crim. R. 322 (C.C.A.W.A.); *R. c. Peterson* (2002), 289 W.A.C. 313 (C.A.C.-B.); *U.S. c. Paulino* (décision inédite, 29 mars 2006, Cour d'appel des États-Unis, 2^e Cir., dossier n° 04-2553-cr). Toutefois, s'agissant de la

possession fondée sur la location ou l'occupation, il n'existe pas de présomption réfutable en common law ou en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. La décision d'un juge de procès d'analyser la preuve qui viserait à refuter pareille présomption constitue une erreur justifiant l'infirmité : *R. c. Watson* (2011), 94 W.C.B. (2d) 733 (C.A. Ont.), au par. 13.

La question de savoir si et dans quelle mesure un accusé en particulier peut être lié aux drogues trouvées sur des lieux de résidence dépendra de divers facteurs, notamment la question de savoir si l'accusé y vivait ou y séjournait régulièrement, si d'autres personnes y vivaient ou y séjournaient et à quelle fréquence; les vêtements et les autres indices du mode de vie; la question de savoir qui payait le loyer ou l'hypothèque et à quel nom sont les divers comptes des services publics; la fréquence des présences établie à partir de la surveillance; la relation entre les personnes qui semblaient vivre sur les lieux. Cette énumération n'est bien sûr pas exhaustive. Ainsi, la connaissance et le contrôle des drogues au vu et au su de tous peuvent être inférés et seront souvent inférés si les accusés sont les seuls à vivre sur les lieux : *R. c. Vu* (2004), 328 W.A.C. 293 (C.A.C.-B.), au par. 33; *R. c. Wu* (2010), 92 W.C.B. (2d) 9 (C.A.C.-B.); *R. c. Callejas* (2011), 94 W.C.B. (2d) 498 (C.A. Ont.), au par. 8.

Par contre, si l'accusé qui avait une clé pour entrer se trouvait simplement sur les lieux de temps en temps et si aucun autre élément de preuve ne permet d'établir un lien entre lui et les drogues et les autres personnes qui fréquentaient les lieux, la connaissance et le contrôle ne pourront généralement pas être inférés : *R. c. Grey* (1996), 47 C.R. (4th) 40, sous l'intitulé *R. c. Escoffery* (C.A. Ont.), aux p. 41 à 43; *R. c. Do* (2003), 175 C.C.C. (3d) 176 (C.A. Ont.), aux par. 23 à 26. En fait, si la preuve présentée par le ministère public est entièrement circonstancielle et extrêmement mince, le juge du procès est fondé à faire inscrire un verdict imposé lorsque la preuve ne satisfait pas à la norme établie par la Cour suprême dans *USA c. Shepard* : *R. c. Beals (K.J.)* (2011), 302 N.S.R. (2d) 358 (C.A.).

Souvent, la preuve documentaire trouvée sur les lieux aura une force probante dans l'affaire : *R. c. Emes* (2001), 157 C.C.C. (3d) 124 (C.A. Ont.). La présence d'une « feuille de

comptes », par exemple, peut faire partie d'un écheveau circonstanciel impliquant les personnes présentes sur les lieux – dans ce cas, en rapport avec une accusation de possession de produits de la criminalité : *R. c. Castillo* (2005), 340 W.A.C. 161 (C.A. Man.).

Pour une analyse de la possession de droit, plus précisément des inférences qui peuvent être faites dans le cas de conjoints vivant ensemble sur les lieux où auraient été commises les infractions, voir *R. c. Mihalkov* (2009), 243 C.C.C. (3d) 173 (C.A. Ont.); *R. c. Wu*, précité. Dans *R. c. Medina* (2010), 88 W.C.B. (2d) 46, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné la question de savoir si la possession de droit pouvait être établie dans le cas où une grande quantité de marijuana avait été trouvée dans un appartement sous-loué à bail. Ni le locataire ni le gérant de l'immeuble ne pouvaient identifier l'accusé comme étant le sous-locataire, mais la Cour a néanmoins déclaré l'accusé coupable de possession à partir d'éléments de preuve circonstanciels recueillis dans l'appartement et autour de celui-ci.

Dans ses motifs, le juge du procès a exposé l'ensemble des circonstances dont l'effet cumulatif l'a amené à conclure que le ministère public avait établi de façon satisfaisante que l'appelant était en mesure d'exercer un certain contrôle sur les drogues qui se trouvaient dans l'appartement de M^{me} Wilson.

[17] Premièrement, après avoir entendu un voir-dire, le juge du procès a admis la preuve concernant les réflexions faites par l'appelant au moment de son arrestation. Il a ensuite rejeté les explications de l'appelant qui donnaient un caractère neutre et inoffensif à ces réflexions dans son témoignage, tout en accordant la préférence à l'interprétation incriminante préconisée par le ministère public et les policiers présents sur les lieux.

[18] Deuxièmement, l'appelant, même s'il n'était pas officiellement un locataire, restait à l'appartement de temps à autre. Le juge du procès a fait remarquer que les vêtements masculins trouvés dans l'appartement constituaient une preuve [TRADUCTION] « compatible avec une présence masculine ». Cela dit, les photos de l'appartement et le témoignage concernant son contenu ont convaincu le juge que ce

n'était pas la résidence principale de l'appelant. Il a ensuite conclu que les lieux, tels qu'ils avaient été décrits dans la preuve testimoniale et photographique, [TRADUCTION] « ne servaient à rien d'autre que vendre de la drogue ».

[19] Troisièmement, les clés du camion de l'appelant ont été trouvées près d'un sac de marijuana dans le garde-manger. Même si la raison pour laquelle les clés ont été mises dans cet endroit demeure un mystère, la drogue qui se trouvait juste à côté enlève toute crédibilité à la prétention de l'appelant selon laquelle sa présence à l'appartement était tout à fait innocente.

[20] Quatrièmement, trois inhalateurs pour les bronches qui appartenaient à l'appelant ont été trouvés dans une armoire de cuisine. Ils avaient été prescrits le mois précédent. Le juge du procès a accordé de l'importance à ces faits pour les raisons suivantes :

[TRADUCTION]

La police investit l'endroit le jour allégué dans la dénonciation et le médicament y est encore, tout comme l'accusé. Il dit qu'il l'avait tout simplement oublié en juillet. Or, il ne s'agit pas d'un médicament à prendre au besoin. Ce n'est pas comme des comprimés d'Advil ou de Tylenol pour un mal de tête. Il s'agit d'un médicament pour les voies respiratoires qui avait été prescrit ce jour-là et qui doit être pris quatre fois par jour. Maintenant, je comprends qu'il n'est peut-être pas nécessaire de le prendre tous les jours, mais il reste que vous – je ne peux pas croire que quelqu'un qui a besoin de ce médicament pour se soigner peut tout simplement le laisser quelque part ailleurs pendant un mois. Le fait qu'il était toujours là corrobore le contrôle exercé sur l'appartement et sur ce qui s'y trouvait. Je ne crois pas non plus que quelqu'un qui obtient un médicament un jour le laisserait simplement quelque part et s'en irait à Hampton, là où il dit vivre, et, si jamais il décide qu'il a besoin d'une dose de son médicament parce qu'il a des symptômes de bronchite ou d'asthme, souhaite que quelqu'un se trouve à l'adresse de la promenade Green Valley pour qu'il puisse s'y rendre et peut-être entrer dans l'appartement et récupérer son médicament. Je le répète, cet état des choses corrobore fortement un contrôle exercé sur l'appartement. [p. 261 et 262]

[Je souligne.]

Même s'il y avait peu d'éléments de preuve sur les besoins médicaux de l'appelant, ce dernier a déclaré dans son témoignage garder sur lui un inhalateur qui ne dure pas plus d'un mois. Dans ces circonstances, l'approvisionnement de trois mois qui se trouvait dans l'un des placards de l'appartement de M^{me} Wilson révélait un lien avec les lieux qui dépassait la brève visite de courtoisie occasionnelle et laissait croire que l'appelant savait très bien qu'il pouvait rester à l'appartement, bref, aller et venir comme il voulait.

[21] Cinquièmement et finalement, après minuit, pendant que les policiers s'affairaient encore dans l'appartement, deux individus sont arrivés à des heures distinctes et ont demandé à parler à l'appelant. Même en acceptant sans hésitation que ces faits ne sont pas révélateurs à eux seuls, le juge a conclu que ces visites ne pouvaient s'expliquer rationnellement autrement que par le fait que les visiteurs voulaient obtenir quelque chose de l'appelant et que [TRADUCTION] « à franchement parler, il n'y avait pas grand-chose dans l'appartement, à part de la drogue ».

[22] À partir de ces éléments de preuve circonstancielle qu'il a examinés et évalués ensemble, le juge du procès a conclu que l'appelant avait la possession de droit des substances désignées saisies dans l'appartement de M^{me} Wilson et que sa culpabilité avait été établie hors de tout doute raisonnable. Après avoir bien examiné le dossier, je suis convaincu que cette conclusion s'inspire d'une interprétation et d'une application irréprochables de la règle de droit à l'égard des conclusions concernant les faits et la crédibilité que le juge du procès pouvait raisonnablement tirer. Par conséquent, le caractère déraisonnable du verdict n'a pas été établi et il n'est donc pas loisible à la Cour d'intervenir en vertu du s.-al. 686(1)a)(i).

B. *Assistance effective d'un avocat*

[23] Dans *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2^e) 179, le juge d'appel Richard, s'exprimant au nom de la Cour, a résumé en ces termes le droit applicable en la matière :

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.

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.

[...]

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

[24] Tel qu'il a été expliqué dans *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, cette « forte présomption » de compétence fait en sorte qu'il incombe à l'appelant de prouver les actes ou omissions reprochés à l'avocat qui font

preuve d'une efficacité inférieure à la normale. Dans *Cormier c. R.*, 2012 NBCA 76, [2012] A.N.-B. n° 320 (QL), la Cour a eu l'occasion de parler de l'importance de corroborer la preuve :

Dans l'arrêt *R. c. Lavoie*, 2010 NBCA 52, 363 R.N.-B. (2^e) 55, notre Cour a fait observer que c'est à l'appelant qu'il incombe d'établir que les actes ou omissions de l'avocat ont constitué de l'incompétence et qu'une erreur judiciaire a résulté de ces actes ou omissions. Il n'appartient pas à une cour d'appel [TRADUCTION] « de reconsidérer les tactiques, la stratégie ou le jugement de l'avocat au procès ou d'en faire une analyse rétrospective. Une grande déférence doit être accordée aux décisions prises par l'avocat pendant le procès » (*Lavoie*, par. 7).

Les tribunaux exigent habituellement une preuve établissant que l'appelant a avisé l'avocat qui l'a représenté au procès de sa prétention d'incompétence et que l'avocat a été avisé de la date et de l'heure auxquelles l'appel sera entendu. Voir les arrêts *Michaud c. R.*, 2011 NBCA 74, 376 R.N.-B. (2^e) 170; *R. c. C. (L.S.)*, 2003 ABCA 105, [2003] A.J. No. 388 (QL) et *R. c. Elliott*, [1975] O.J. No. 1185 (C.A.) (QL). Étant donné la gravité d'une conclusion selon laquelle un avocat n'a pas accompli son travail avec compétence, il n'est que juste que celui-ci ait l'occasion de répondre aux allégations. [...]

Une autre des caractéristiques souvent présentes dans le cadre d'un appel fondé sur une allégation d'incompétence est la demande en présentation de preuves nouvelles (voir l'arrêt *Brooks c. R.*, 2008 NBCA 49, 331 R.N.-B. (2^e) 268). La preuve nouvelle prend parfois la forme d'un affidavit fait par un autre avocat dans lequel celui-ci énonce les normes minimales régissant la compétence au regard de la conduite ou des omissions reprochées. M. Cormier n'a pas déposé de requête en vue de l'admission d'une nouvelle preuve. Il s'ensuit qu'il revient à notre Cour d'examiner la transcription afin de déterminer si ce moyen d'appel a un fondement quelconque. [par. 6 à 8]

[25] Lorsqu'il est évident que les services rendus par l'avocat n'ont causé aucun préjudice à l'accusé, il est généralement préférable que l'allégation d'assistance juridique inefficace soit tranchée sans examen du volet du travail de l'avocat (voir *R. c.*

G.D.B., au par. 29). La sagesse de cette directive se constate facilement lorsqu'on peut difficilement attribuer une note au travail de l'avocat et qu'une plainte à son sujet a été déposée auprès du Barreau. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, pareil problème ne se pose pas et que rien n'indique que le Barreau a été saisi d'une plainte, l'équité commande que la Cour examine la plainte concernant des services professionnels inférieurs à la normale. Il en est ainsi tout simplement parce que la réputation des avocats de la défense – souvent des membres reconnaissables des effectifs relativement minces de l'aide juridique de la province – est toujours mise en péril lorsque des allégations d'incompétence professionnelle préjudiciable sont avancées en appel et détaillées dans les motifs de décision de la Cour. Si les moyens d'appel pertinents sont rejetés uniquement sur le fondement de l'absence de préjudice, l'allégation de représentation déficiente demeure non résolue et des doutes, peut-être totalement injustifiés, concernant la compétence des avocats peuvent subsister et causer indûment du tort.

[26] Comme ce fut le cas dans *Cormier*, le dossier n'indique pas si l'avocat de la défense a été avisé des allégations d'incompétence avancées par l'appelant. Aucune demande n'a été produite non plus en vue de présenter une preuve d'expert ou une autre preuve corroborante. Il faut se rappeler que l'allégation d'incompétence préjudiciable est fondée sur le fait que l'avocat de la défense n'a pas [TRADUCTION] « cité de témoins à comparaître ni recueilli de l'information pour prouver [l']innocence [de l'accusé] ». Rien ne permet de penser que des moyens de défense disponibles n'ont pas été soulevés dans le dossier. Il s'ensuit que la plainte repose simplement sur l'argument selon lequel l'avocat de la défense aurait dû appeler M^{me} Wilson à la barre des témoins.

[27] Toutefois, rien ne prouve que le témoignage de M^{me} Wilson aurait été utile à la cause de l'accusé. Je constate qu'il est admis que l'avocat de la défense a choisi de ne pas citer M^{me} Wilson à comparaître après qu'elle lui eut dit qu'elle [TRADUCTION] « ne mentirait pas » pour l'appelant. À l'instar de l'avocat de la défense, j'aurais déduit de cette déclaration que le témoignage de M^{me} Wilson serait, selon toute vraisemblance, de peu d'utilité. Qui plus est, un examen approfondi de la transcription du procès m'amène à conclure que l'avocat a fait preuve de minutie et d'une efficacité optimale lors

du contre-interrogatoire des témoins du ministère public et de l'interrogatoire principal de l'appelant. En outre, les observations de l'avocat reflétaient une compréhension satisfaisante du droit et du dossier. À mon avis, l'appelant est loin d'avoir établi que la représentation de son avocat au procès n'était pas à la hauteur de la norme acceptable.

V. Conclusion et dispositif

[28] Pour les motifs exposés précédemment, je suis convaincu que les moyens d'appel invoqués à l'encontre de la déclaration de culpabilité sont dépourvus de fondement. Puisqu'il en est ainsi, je me vois dans l'obligation de rejeter l'appel.