COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

119-12-CA

CHRISTOPHER ROBERT MESSER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Messer v. R., 2013 NBCA 39

CORAM:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
August 15, 2012 (conviction)
September 7, 2012 (sentence)

History of case:

Decision under appeal:
2012 NBQB 287

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard :
May 14, 2013

Judgment rendered:
June 20, 2013

Counsel at hearing:

For the appellant:
Michael W. Lacy and Brian D. Munro

For the respondent:
William B. Richards

CHRISTOPHER ROBERT MESSER

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Messer c. R., 2013 NBCA 39

CORAM :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 15 août 2012 (déclaration de culpabilité)
Le 7 septembre 2012 (prononcé de la sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2012 NBBR 287

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 14 mai 2013

Jugement rendu :
Le 20 juin 2013

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Michael W. Lacy et Brian D. Munro

Pour l'intimée :
William B. Richards

THE COURT

The appeal is allowed. The conviction under s. 264 of the *Criminal Code* is quashed and the appellant is acquitted of the original count. The conviction under s. 266(*a*) is also quashed, but we order a new trial on that charge, which, pursuant to s. 686(5)(*a*), is ordered to be held before a court composed of a judge and jury.

LA COUR

L'appel est accueilli. La déclaration de culpabilité prononcée en application de l'art. 264 du *Code criminel* est annulée et l'appelant est acquitté de l'infraction dont il avait été accusé à l'origine. La déclaration de culpabilité relative à l'infraction prévue à l'al. 266*a*) est elle aussi annulée, mais nous ordonnons la tenue d'un nouveau procès quant à cette accusation, procès qui devra être instruit devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury, conformément à l'al. 686(5)*a*).

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] Christopher Robert Messer was charged with three offences (1) uttering a threat to cause death or bodily harm (s. 264.1(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46); (2) assault causing bodily harm (s. 267(*b*)); and, (3) assault (s. 266(*a*)). All three offences were alleged to have been committed while he was on duty as a police officer and as he was investigating a break, enter and theft into his own home. Effectively, the theory of the prosecution was that he threatened and assaulted two people he believed might, at the very least, have information regarding the break and enter. On August 15, 2012, a judge of the Court of Queen's Bench acquitted Mr. Messer on all of the offences as charged, but, with respect to the first two counts, convicted him of what the judge determined to be lesser included offences: "threatening conduct" purportedly under s. 264, and assault simpliciter (s. 266(*a*)). The judge's decision is reported at 2012 NBQB 287, 394 N.B.R. (2d) 266. On September 7, 2012, the judge sentenced Mr. Messer to consecutive jail terms of one and two months, respectively: 2012 NBQB 327, 395 N.B.R. (2d) 1. Mr. Messer appeals the conviction and seeks leave to appeal the sentence.

[2] Mr. Messer argues that what the judge described as an offence of "threatening conduct" is not an offence known to law and is certainly not the offence of criminal harassment set out in s. 264 of the *Criminal Code*. The Attorney General replies that the term used to describe the offence under s. 264 is really of no moment, but agrees with Mr. Messer that the trial judge erred when he determined that an offence under that section was an included offence for a charge under s. 264.1(1)(*a*). We, too, agree. On application of the appropriate criteria articulated in *R. v. G.R.*, 2005 SCC 45, [2005] 2 S.C.R. 371 and repeated in *R. v. Comeau*, 2008 NBCA 60, 332 N.B.R. (2d) 308, there is simply no legal justification for the verdict on the first count. It follows that the conviction under s. 264 must be set aside.

[3] As for the assault conviction, Mr. Messer argues the verdict was unreasonable. He seeks an acquittal. The Attorney General replies that, in relation to the

verdict on that count, "it is difficult to discern exactly what the judge found." The Attorney General "respectfully submits that the decision of the judge is too unreliable to be informative of why he convicted as he did, and upon what evidence" conceding that the decision "does not lend itself to appellate scrutiny, and […] raises doubts about its internal logic." The Attorney General also says that, with this decision, interested members of the public could not satisfy themselves that justice was done. Thus, the Attorney General concedes the conviction should be quashed but argues that the proper remedy is to order a new trial rather than enter an acquittal.

[4] We agree with the Attorney General that the verdict on the second count is "unreliable." It is difficult to discern from the trial judge's reasons critical unambiguous findings that would support a conviction. For the most part, the reasons for decision consist of the judge setting out different versions of events from the testimonies at trial, with much editorial commentary. However, when it comes to making findings that would have been key in explaining the verdict, the reasons are deficient. Mr. Messer argues the trial judge accepted his testimony to the exclusion of that of the complainant. However, this is not necessarily so on some critical issues. The trial judge claimed not to "understand" key portions of Mr. Messer's testimony. He said he did not understand how Mr. Messer got his arm stuck between the complainant's legs, nor why Mr. Messer thought it necessary to punch the complainant. Because he chose to enter a conviction, the trial judge must have found Mr. Messer applied excessive force, either in self-defence, or in controlling the complainant who was under arrest. The use of excessive force being a question of fact, Mr. Messer cannot say all the judge's findings of fact were in his favour and supportive of an acquittal.

[5] What we do not know is why the trial judge, applying proper credibility findings, arrived at this particular conclusion. As the Attorney General points out, the reasons for decision are unreliable and do not lend themselves to meaningful appellate scrutiny. For this reason, the proper course is to set aside the conviction and order a new trial.

[6] The Attorney General has not appealed any of the acquittals on the original charges. We therefore have no jurisdiction to order a new trial with respect to these. Even with respect to the count in regard to which Mr. Messer was convicted of the lesser and included offence of assault simpliciter, we cannot order a new trial on the original count: *R. v. Guillemette*, [1986] 1 S.C.R. 356, [1986] S.C.J. No. 24 (QL). Mr. Messer therefore stands acquitted with respect to the first count because the judge found him not guilty of the offence charged and erred in law in finding him guilty of the offence set out in s. 264. He also stands acquitted of the assault described in the third count, regarding which there was no appeal. As for the second count, he was acquitted of assault causing bodily harm and that acquittal has not been appealed. He can therefore only be re-tried on a charge under s. 266(*a*) relating to the transaction to which the second count relates. In his notice of appeal, as amended, Mr. Messer requests that any new trial be held before a court composed of a judge and jury.

[7] For these reasons, the appeal is allowed. The conviction under s. 264 of the *Criminal Code* is quashed. The conviction under s. 266(*a*) is also quashed and we order a new trial on that charge, which, pursuant to s. 686(5)(*a*), we order be held before a court composed of a judge and jury.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Christopher Robert Messer a été accusé d'avoir commis les trois infractions suivantes : (1) profération de menaces de causer la mort ou des lésions corporelles (al. 264.1(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46); (2) voies de fait causant des lésions corporelles (al. 267*b*)); et (3) voies de fait (al. 266*a*)). Ces trois infractions auraient été commises pendant qu'il exerçait ses fonctions d'agent de police et enquêtait sur une introduction par effraction et un vol dans son propre domicile. En effet, selon la thèse de la poursuivante, il aurait menacé et agressé deux personnes dont il croyait qu'à tout le moins elles possédaient des renseignements concernant l'introduction par effraction. Le 15 août 2012, un juge de la Cour du Banc de la Reine a acquitté M. Messer de toutes les infractions dont il avait été accusé; toutefois, relativement aux deux premières infractions, il l'a déclaré coupable de ce qu'il a déterminé être des infractions incluses de moindre gravité : « conduite menaçante », qui tomberait sous le régime de l'art. 264, et voies de fait simples (al. 266*a*)). La décision du juge est publiée à 2012 NBBR 287, 394 R.N.-B. (2e) 266. Le 7 septembre 2012, le juge a condamné M. Messer à des peines carcérales consécutives, soit un mois pour la première infraction et deux mois pour la deuxième : voir 2012 NBBR 327, 395 R.N.-B. (2e) 1. M. Messer interjette appel de sa déclaration de culpabilité et sollicite l'autorisation d'appeler de la sentence.

[2] M. Messer fait valoir que l'infraction de « conduite menaçante » décrite par le juge est inconnue en droit et ne constitue certainement pas l'infraction de harcèlement criminel décrite à l'art. 264 du *Code criminel*. La Procureure générale réplique que le terme utilisé pour qualifier l'infraction prévue à l'art. 264 n'a vraiment aucune importance, mais qu'elle est d'accord avec M. Messer pour dire que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a déterminé qu'une infraction prévue à cet article était une infraction incluse relativement à une accusation portée en vertu de l'al. 264.1(1)*a*). Nous partageons ce point de vue. Lorsqu'on applique le critère énoncé

dans l'arrêt *R. c. G.R.*, 2005 CSC 45, [2005] 2 R.C.S. 371, et réitéré dans l'arrêt *Comeau c. R.*, 2008 NBCA 60, 332 R.N.-B. (2e) 308, il devient tout simplement évident que rien en droit ne justifie le verdict prononcé relativement à la première accusation. Il s'ensuit que la déclaration de culpabilité prononcée en application de l'art. 264 doit être annulée.

[3] En ce qui concerne la déclaration de culpabilité pour voies de fait, M. Messer prétend que le verdict était déraisonnable. Il sollicite un acquittement. La Procureure générale rétorque que, pour ce qui est du verdict prononcé relativement à cette infraction, [TRADUCTION] « les conclusions exactes du juge sont difficiles à discerner. » La Procureure générale [TRADUCTION] « soutient respectueusement que les motifs du juge sont trop peu fiables pour montrer pourquoi il a prononcé ces déclarations de culpabilité, et sur quels éléments de preuve il s'est appuyé pour le faire », et concède que la décision du juge [TRADUCTION] « ne se prête pas à un examen en appel, et […] soulève des doutes quant à sa logique intrinsèque. » En outre, la Procureure générale soutient que les membres du public intéressés ne pourraient pas constater que justice a été rendue par cette décision. Par conséquent, la Procureure générale admet que la déclaration de culpabilité devrait être annulée, mais soutient que la mesure réparatoire qui convient consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès plutôt qu'à prononcer un acquittement.

[4] À l'instar de la Procureure générale, nous estimons que le verdict prononcé relativement au deuxième chef est [TRADUCTION] « peu fiable ». Il est difficile de dégager des motifs du juge du procès les conclusions cruciales précises qui appuieraient une déclaration de culpabilité. En général, le juge présente en guise de motifs des versions différentes des faits se dégageant des témoignages rendus au procès, qu'il a assorties de nombreux commentaires. Toutefois, lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions essentielles pour expliquer le verdict, les motifs sont lacunaires. M. Messer prétend que le juge a accepté son témoignage et a exclu celui du plaignant. Cependant, ce n'est pas nécessairement le cas relativement à certaines questions déterminantes. Le juge du procès a prétendu ne pas [TRADUCTION] « comprendre » certaines parties très importantes du témoignage de M. Messer. Il a dit ne pas comprendre comment le bras de

M. Messer s'était trouvé pris entre les jambes du plaignant, et pourquoi M. Messer avait trouvé nécessaire de donner un coup de poing à celui-ci. Étant donné qu'il a choisi de prononcer une déclaration de culpabilité, le juge du procès doit avoir conclu que M. Messer avait usé de force excessive, soit en légitime défense, soit pour maîtriser le plaignant qui était en état d'arrestation. L'emploi d'une force excessive étant une question de fait, M. Messer ne peut pas prétendre que toutes les conclusions de fait du juge lui étaient favorables et justifiaient un acquittement.

[5] Ce que nous ignorons, c'est la raison pour laquelle le juge du procès, après avoir tiré les conclusions appropriées sur la crédibilité, est arrivé à un tel verdict. Ainsi que la Procureure générale le fait remarquer, les motifs de sa décision sont peu fiables et ne se prêtent pas à un examen valable en appel. Pour cette raison, la voie à suivre consiste à annuler la déclaration de culpabilité et à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[6] La Procureure générale n'a interjeté appel d'aucun des acquittements prononcés relativement aux accusations portées à l'origine. Par conséquent, nous n'avons pas compétence pour ordonner la tenue d'un nouveau procès pour ce qui est de ces accusations. Même en ce qui concerne le chef d'accusation sous lequel M. Messer a été déclaré coupable de l'infraction incluse moindre de voies de fait simples, nous ne pouvons pas ordonner qu'un nouveau procès soit tenu relativement à l'accusation initiale : voir *Guillemette c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 356, [1986] A.C.S. n° 24 (QL). L'acquittement de M. Messer relativement à la première accusation est donc confirmé pour le motif que le juge du procès l'a déclaré non coupable de l'infraction reprochée et a commis une erreur de droit lorsqu'il l'a déclaré coupable de l'infraction prévue à l'art. 264. Son acquittement relativement aux voies de fait décrites au troisième chef d'accusation, dont appel n'a pas été interjeté, est lui aussi confirmé. Il a été acquitté de l'infraction de voies de fait ayant causé des lésions corporelles décrite au deuxième chef, et il n'a pas été interjeté appel de cet acquittement non plus. Il ne peut donc subir un nouveau procès que pour une infraction visée à l'al. 266*a*) concernant l'acte qui fait l'objet du second chef d'accusation. Dans son avis d'appel modifié, M. Messer demande que son nouveau procès, s'il est ordonné, soit instruit devant un juge et un jury.

[7] Pour les motifs qui précèdent, l'appel est accueilli. La déclaration de culpabilité prononcée en application de l'art. 264 du *Code criminel* est annulée. La déclaration de culpabilité prononcée en application de l'al. 266*a*) est elle aussi annulée et nous ordonnons la tenue d'un nouveau procès relativement à cette accusation, procès qui, conformément à l'al. 686(5)*a*), sera instruit devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury.