COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

70-13-CA

RODNEY J. GILLIS, Q.C.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Gillis v. R., 2014 NBCA 58

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes

Appeal from a decision of the Provincial Court:
January 31, 2013

History of Case:

Decision under appeal:
2013 NBPC 3

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
[2013] N.B.J. No. 181

Appeal heard:
February 27, June 19 and 20, 2014

Judgment rendered and reasons pronounced:
September 9, 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes

RODNEY J. GILLIS, c.r.

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Gillis c. R., 2014 NBCA 58

CORAM :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Deschênes

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 31 janvier 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2013 NBCP 3

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
[2013] A.N.-B. n$^{o}$ 181

Appel entendu :
le 27 février et les 19 et 20 juin 2014

Jugement rendu et motifs prononcés :
le 9 septembre 2014

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Deschênes

Counsel at hearing:

For the appellant:
Mark J. Sandler

For the respondent:
Peter Craig and
Jennifer A. MacLellan

THE COURT

Leave to appeal, to the extent required, is granted and the appeal from the appellant lawyer's conviction for attempting to obstruct justice is allowed. In the result, the conviction is set aside, a new trial is ordered and the application for leave to appeal sentence (22 months in jail) is moot.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Mark J. Sandler

Pour l'intimée :
Peter Craig et
Jennifer A. MacLellan

LA COUR

L'autorisation d'appel, dans la mesure requise, est accordée et l'appel de la déclaration de culpabilité de l'avocat appelant pour tentative d'entrave à la justice est accueilli. La déclaration de culpabilité est donc annulée, un nouveau procès est ordonné et la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine (un emprisonnement de 22 mois) perd toute portée pratique.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

## I. Introduction

[1] The appellant, one of the Province's leading litigation lawyers, stands convicted of the indictable offence of attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding by "attempting to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence". The sustainability of that outcome hinges, at least from a factual standpoint, on the following closely related findings: (1) the testimony of the Crown's key witness attributing to the appellant an incriminating statement was both credible and reliable; and (2) the appellant's denial under oath that he ever made the statement in question was not credible.

[2] While readily acknowledging those findings stand to be reviewed for factual error by the application of a highly deferential standard, and must be left undisturbed in the absence of palpable and overriding error, the appellant contends the record reveals several errors of that magnitude. In that vein, the appellant spotlights features of the detailed reasons for decision in first instance that, he argues, evince a misapprehension of the evidence, particularly his own testimony, pertaining to critical elements of the trial judge's stated rationale for disbelieving him. Not being "true" (see *R. v. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL), at para. 93), the verdict could not be allowed to stand. The appellant relies upon the trial judge's own words to make the case for appellate intervention on that basis.

[3] In addition, the appellant submits the trial judge's findings regarding credibility and reliability are the product of material errors of law. These errors would include legally impermissible imputations of ethical misconduct that were relied upon to conclude the appellant lacked integrity, a factor of significant influence in the trial judge's negative assessment of his credibility. The trial judge would also have fallen into

error in factoring into that assessment a perceived contradiction between the appellant's testimony and his pre-trial statement to the police. It would be so because the "contradiction" was not put to the appellant during cross-examination. That complaint brings into the mix the celebrated case of *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.).

[4] I respectfully conclude the trial judge committed errors of fact and law that command reversal. Indeed, I incline to the view that several of those errors suffice on their own to warrant appellate intervention. I prefer, however, to dispose of the appeal on the basis that the cumulative effect of those errors operated to deprive the appellant of a fair trial and produced a miscarriage of justice. In the result, I would grant leave, where required, allow the appeal and quash the conviction, without pronouncing a verdict of acquittal. I would order a new trial, and leave the decision to re-try or not where it belongs, namely with the Crown. At any rate, the disposition I propose makes it unnecessary to deal with the merits of the application for leave to appeal sentence.

## II. Context

### A. *The saga's main players*

[5] The appellant, Rodney Gillis, has been a member of the Law Society of New Brunswick since 1971 and a Queen's Counsel for more than two decades. At all material times, he was a partner in the law firm of Gilbert McGloan Gillis. Although the appellant's book of business was diversified and included criminal defence work, he specialized in civil litigation (mostly personal injury and medical malpractice lawsuits). David Nathan Rogers was also a partner in Gilbert McGloan Gillis. He had more experience in the practice of criminal law.

[6] The **North Shore Forest Products Marketing Board**, like its six counterparts elsewhere in the Province, represents private woodlot owners. The Board's primary objective is to provide its members greater bargaining power with a view to securing the best price for their product. The Board staff includes a General Manager.

[7] The **New Brunswick Forest Products Commission** is a distinct entity. It is charged with oversight of the seven forest products marketing boards in the Province. Under the *Natural Products Act*, S.N.B. 1999, c. N-1.2, the Commission is authorized to carry out the powers of a board, for the purpose of independently investigating its affairs, in the event of allegations of serious misconduct on the part of board officials.

[8] **Frank Branch** is a former Member and Speaker of the Legislative Assembly of New Brunswick. He was appointed General Manager of the Board in late October 1995. Mr. Branch claimed to have subsequently negotiated a ten-year employment contract commencing April 1, 2001. On October 13, 2005, the Commission suspended Mr. Branch, with pay, and on March 8, 2006, the Board terminated his employment for cause. Mr. Branch was subsequently charged with five cause-related offences under the *Criminal Code*. It was Mr. Branch's contention that: he had done nothing wrong, whether civilly or criminally; the conduct relied upon for cause and for the criminal charges was authorized and unobjectionable; his employment had been wrongfully terminated and his reputation unfairly and unjustifiably tarnished by the Commission and the Board; and he was entitled to significant damages for breach of his employment contract and defamation.

[9] **Alain Jean-Paul Landry** took up employment with the Board after Mr. Branch's dismissal. He became its General Manager on February 28, 2007. More importantly, he was so employed on December 10, 2009, and the case for conviction rests upon the credibility and reliability of his testimonial account of a brief conversation he had with the appellant, on that date, in the public hallway outside the courtroom where the preliminary inquiry into the charges against Mr. Branch was taking place. Mr. Landry is neither a lawyer nor an accountant.

[10] **Linda Gould-McDonald** was the Commission's Executive Director during the relevant period. In October 2005, the Commission received a complaint of work-related misconduct on the part of Mr. Branch. The Commission responded by taking control of the Board's operations. It placed Ms. Gould-McDonald in charge, with instructions to get to the bottom of the complaint. In early 2006, the results of the

investigation she co-directed were turned over to the Bathurst City Police. The matter was, in turn, referred to the Fredericton City Police for consideration and action. Sergeant Mark Lord of the FCP took a statement from the appellant in September of 2011. While exculpatory on its face, the statement became a Crown exhibit at trial and played a significant role in the judge's rationale for disbelieving the appellant's testimony on the key issue at trial.

B. *The prelude to the December 10, 2009 event giving rise to the charge of "obstruction of justice"*

[11] In July 2009, Mr. Branch attended, in the company of solicitor Peter Hyslop, at the appellant's law office in Saint John and retained his services for all litigation in which he was then involved: two civil lawsuits involving the Board and the five criminal charges mentioned above. Once those charges were laid, all parties agreed to place the civil lawsuits on hold. That was the prevailing state of affairs at the time of the preliminary inquiry into the five charges against Mr. Branch in December 2009.

(1) Mr. Branch's wrongful dismissal and defamation action against the Commission and the Board

[12] The first of the civil suits was a wrongful dismissal and defamation action brought by Mr. Branch against the Board and the Commission in July 2006. Martin Siscoe, a Bathurst lawyer, was Mr. Branch's first solicitor of record in this suit.

[13] In an Amended Statement of Claim, filed on October 5, 2006, Mr. Branch claimed damages for breach of the ten-year employment contract mentioned above or, alternatively, damages for wrongful dismissal without adequate notice, and, in any event, damages for defamation. Mr. Branch alleged he was not provided reasons for his suspension and termination, and that both occurred without cause. He further alleged post-termination media communications emanating from the Commission and the Board caused serious detriment to his reputation, and prevented him from offering as a

candidate for Member of the Legislative Assembly in the September 2006 Provincial election in the riding of Nepisiguit, an office he had held for nearly thirty years.

[14] The defendants filed separate Statements of Defence in late 2006. The solicitor of record for the Commission was a Department of Justice lawyer, Clyde Spinney, Q.C. The Board's solicitor of record was Basile Chiasson, Q.C., a private practitioner in Bathurst. Both defendants denied the alleged ten-year employment contract was valid, contending it was void or voidable at the discretion of the Board. In any event, the defendants denied any wrongful breach and entitlement to damages, Mr. Branch having been terminated for cause, namely a loss of confidence in his ability to act as General Manager due to several breaches of duty owed to the Board during his tenure. The defendants also stated their post-termination public comments were substantiated, true, and made in good faith, and that there was no legal impediment to Mr. Branch running for office in the 2006 election. They denied any and all liability.

[15] The Board also filed a Counterclaim for damages. It alleged Mr. Branch had: (1) breached implied terms of his employment agreement with the Board; (2) breached the duty of confidence he owed to the Board, as well as legal, equitable, and statutory duties; (3) converted assets and monies of the Board to his own personal use; (4) received a benefit to the detriment of the Board; and (5) induced a breach of duties owed to the Board by its former Chair, while conspiring with him to cause it detriment, prejudice, and harm. I pause to underscore the criminal charges against Mr. Branch were based, to a significant extent, on the same allegations of wrongdoing. In his Defence to Counterclaim, Mr. Branch described the Counterclaim as frivolous and vexatious, and denied all of the allegations of wrongdoing made therein.

[16] By Notice of Change of solicitors filed on February 5, 2008, David Duncan Young formally replaced Mr. Chiasson as solicitor of record for the Board. On the date of the offence specified in the charge against the appellant, December 10, 2009, Mr. Young was, to the knowledge of the appellant, the Board's solicitor.

[17] Though Mr. Siscoe remained solicitor of record for Mr. Branch in the wrongful dismissal and defamation action until March 30, 2011 (at which time he was temporarily replaced by another Bathurst lawyer), and the appellant did not become solicitor of record until October 30, 2011, it is undisputed that his retainer in July of 2009 covered this action and all other litigation involving Mr. Branch.

[18] On December 10, 2009, the appellant printed on a scrap piece of paper and handed to Mr. Landry, the Board General Manager, a broadly worded proposal for settlement (Exhibit C-1) in which he forecast Mr. Branch would recover damages in the order of $300,000 if the wrongful dismissal and defamation action succeeded. The proposal also included the appellant's estimate of the Board's total legal fees for the defence of the action: approximately $200,000.

(2) The Board's action to set aside property conveyances by Mr. Branch, the so-called "*lis pendens*" action

[19] The second civil suit was brought by the Board against Mr. Branch, his wife and three children. In the Statement of Claim, which was filed on July 2, 2009 by Mr. Young on behalf of the Board, it is alleged specified conveyances of real property by Mr. Branch and his wife to their children between May 19, 2006 and October 24, 2008 were not *bona fide*, having been made without sufficient consideration and with the intent to defeat, hinder, defraud or delay Mr. Branch's creditors. It is further averred in the Statement of Claim the conveyances were made while Mr. Branch was insolvent or on the eve of insolvency, or in anticipation of claims that might become judgment debts. It is also asserted that, as a result, the conveyances were void. The prayer for relief includes a request for: (1) an order setting aside the conveyances; and (2) the issuance of a certificate of pending litigation in respect of the lands and premises in question. A Certificate of Pending Litigation (Form 42A) was subsequently issued and registered.

[20] Mr. Hyslop replaced Mr. Siscoe as solicitor of record in the *lis pendens* action on August 17, 2009. In the Amended Statement of Defence filed on Mr. Branch's

behalf on October 23, 2009, it is asserted the conveyances were all *inter vivos* gifts and, as such, did not require consideration. Correlatively, it is suggested the conveyances were made to the children for the purposes of estate planning in a manner consistent with the transfer of Branch family properties in earlier generations. The Amended Statement of Defence also featured: (1) a denial that Mr. Branch was insolvent or on the eve of insolvency; and (2) a claim that he possessed, at all material times, sufficient liquid funds to meet any and all obligations as they became due. The pleading concluded with the claim that the action was frivolous and vexatious, and was designed for the sole purpose of embarrassing Mr. Branch in connection with his action for wrongful dismissal and defamation.

[21] The appellant testified that, although he was not solicitor of record in this action, he was nonetheless Mr. Branch's lawyer and had been retained, *inter alia*, to assist Mr. Hyslop in securing the removal of the Certificate of Pending Litigation.

(3) <u>The criminal proceedings against Mr. Branch</u>

[22] On January 27, 2009, Mr. Branch was charged with five indictable offences under the *Criminal Code*, each having some connection with his employment as General Manager of the Board: breach of trust and fraud exceeding $5,000 against the Province of New Brunswick (ss. 122 and 380(1)(a), respectively); fraud exceeding $5,000 against the Board (s. 380(1)(a)); and two counts of extortion against employees of the Board (s. 346(1.1)(b)). The appellant's un-contradicted testimony provides the following insights into the allegation underlying each charge:

> Two charges related to a period of time, May of 2003 until June of 2005, I believe, whereby it was alleged that he defrauded the North Shore Forest Product Marketing Board in relation to gas receipts for travel expense because he billed at the same time the Legislative Assembly because he was an MLA. The second charge was the reverse of the first whereby he had breached a trust or defrauded the Province by submitting gas receipts for which he had been paid by the North Shore Forest Product Marketing Board, so the first two related to gas for that period of time. The

> third charge was for a different period of time. It was between 1999 and 2003 or 2005 that he obtained building materials or goods on the credit of the Forest Product, North Shore Forest Product Marketing Board for which he had not paid. Those were the first three and the last two were uttering a threat charges or extortion that, between October 2005 and March of 2006 he forced two people to write a letter. That was it.

[23] In sum, the charges of breach of trust and fraud against the Province of New Brunswick were based on the allegation that Mr. Branch had billed both the Province of New Brunswick and the Board for the same travel expenses. As might be expected, proof of these charges would require the testimony of staff at the Legislative Assembly. The charge of fraud against the Board rested on the contention that Mr. Branch had obtained building materials or other goods on the Board's credit and had not reimbursed it. Finally, each charge of "extortion" was founded on the allegation that Mr. Branch forced someone to write a letter on his behalf. Ultimately, four charges were withdrawn and Mr. Branch pled guilty to the charge of defrauding the Board (though this occurred well after the preliminary inquiry).

[24] The Crown was represented throughout by a senior member of the Bar for the province of Quebec. Presumably, it was thought best to hire outside counsel given Mr. Branch's political background.

[25] Mr. Branch was initially represented by Mr. Siscoe, who appeared as his counsel in all proceedings in Provincial Court prior to July of 2009. Those proceedings included Mr. Branch's election to be tried by a judge and jury.

[26] The appellant became Mr. Branch's lawyer in respect of the abovementioned criminal charges as of their meeting at his office in July 2009. Soon thereafter, Mr. Siscoe turned over to the appellant the documentation previously provided by the Crown pursuant to its disclosure obligations.

[27] The preliminary inquiry into the five charges began on Monday, December 7, 2009, and concluded on Friday of that week. The Crown offered the evidence of more than a dozen witnesses, including some Board officials and employees, in support of committal to trial on all charges.

[28] The Crown called Mr. Siscoe as a witness for the sole purpose of shedding light on the employment relationship between Mr. Branch and the Board. Apparently, the appellant cross-examined Mr. Siscoe. However, the transcript of the preliminary inquiry is not part of the record. We do not know what matters were raised during the cross-examination, nor do we know how long it lasted. While Mr. Siscoe was still Mr. Branch's solicitor of record at the time, the action for wrongful dismissal and defamation was dormant, the parties having agreed to put it on hold until the criminal charges were dealt with. Nevertheless, a significant part of Crown counsel's cross-examination of the appellant, in the court below, focused on the suggestion he engaged in unethical behavior in failing to advise the Branch preliminary inquiry judge and the prosecutor, before he began Mr. Siscoe's cross-examination, that he had been retained to represent Mr. Branch in the action for damages. The trial judge adopted that hypothesis and found it demonstrated a lack of integrity that militated against the appellant's credibility. He did so over the appellant's unchallenged sworn recollection that Mr. Siscoe adverted, in his testimony at the Branch preliminary inquiry, to the appellant's professional involvement in the civil action. I re-visit this topic in the discussion pertaining to the trial judge's errors of law.

[29] At any rate, Mr. Branch was committed to stand trial on all charges. Nevertheless, the defence discerned indications that the ultimate outcome at trial might not be favorable to the Crown. Reasons for optimism included: (1) while its witnesses were testifying, the Crown offered to withdraw four of the charges in exchange for a guilty plea on one; (2) the cooperation of potential Crown witnesses was not always evident (e.g.: one of the Board representatives attended the hearing while seemingly under the influence of alcohol); (3) it was not a foregone conclusion that the testimony of staff at the Legislative Assembly would provide the requisite support for the charges of

breach of trust and fraud against the Province; and (4) the defence was in possession of cancelled cheques that might, at the very least, raise a reasonable doubt in respect of the charge of fraud against the Board.

[30] Mr. Landry (the Board's General Manager), Mr. Young (the Board's lawyer) and Ms. Gould-McDonald (the Commission's Executive Director) attended most of the preliminary inquiry proceedings as observers. Neither Mr. Landry nor Ms. Gould-McDonald testified. Mr. Young, who was absent on December 10, was expected to return on the following day.

C. *The event underlying the charge of "obstruction" against the appellant: the December 10, 2009 offer of settlement delivered to Mr. Landry*

[31] The appellant and his law partner, David Nathan Rogers, acted as Mr. Branch's counsel at the preliminary inquiry throughout the week of December 7. On Thursday, December 10, 2009, shortly before the afternoon session was to begin, the appellant approached Mr. Landry, with whom he had a passing acquaintance, having collaborated with him briefly, a few years before, in connection with unrelated matters. The appellant asked Mr. Landry if he could have a word. He then reviewed with him C-1 (Item I-1 for identification) in which were adumbrated the core elements of a settlement with the Board that was acceptable to Mr. Branch. I pause to record it is common ground the appellant should have waited for Mr. Young's return and delivered C-1 to him. Rule 2 of Chapter 15 of the *Code of Professional Conduct* of the New Brunswick Law Society is on point. It provides a lawyer "shall not communicate on, or attempt to negotiate or to compromise, a matter with a person represented by a lawyer except through or with the consent of that lawyer". It may be, as the appellant wondered aloud in his testimony, that he would have avoided all criminal jeopardy had he dealt with Mr. Young. It is indeed the case that some rules of professional conduct are designed to serve the best interests of both the client <u>and</u> the lawyer.

[32] C-1 reads as follows:

| STATUS | BRANCH COST | BOARD COST |
|---|---|---|
| 1. CRIMINAL R v. BRANCH | LEGAL 200K | |
| 2 CIVIL BRANCH v. BOARD | (-300K) | 300K DAMAGES<br>200K LEGAL |
| 3 CIVIL LIS PENDENS | | 100K LEGAL |
| | (100K.) | 600K |

CRIMINAL DEFENCE
— 2000 — BOARD - CONDUCT
2 CABINET MINISTERS
INVOLVEMENT

OFFER
1. CRIMINAL — OFFER NO EVIDENCE
2 CIVIL — DISCONTINUANCE
— CONFID. AGREEMENT
3 DAMAGES OF BRANCH LEGAL FEE
200K.

I-1
R.v. Selei
Aug 15/12

[33] To facilitate the reader's understanding, I offer the following typewritten version of C-1:

| STATUS | BRANCH COST | BOARD COST |
|---|---|---|
| 1. CRIMINAL<br>R v. BRANCH | LEGAL<br>200K | |
| 2. CIVIL<br>BRANCH v. BOARD | (–300K) | 300 K DAMAGE<br>200 K LEGAL |
| 3. CIVIL<br>LIS PENDENS | | 100 K LEGAL |
| | (100K) | 600 K |

CRIMINAL DEFENCE

– 2000 – BOARD – CONDUCT
2 CABINET MINISTERS
INVOLVEMENT

OFFER

1. CRIMINAL – OFFER NO EVIDENCE

2. CIVIL – DISCONTINUANCE
– CONFID. AGREEMENT

3. PAYMENT OF BRANCH LEGAL FEE
200K

[34] As can be seen, C-1 begins with an assessment of Mr. Branch's legal fees for the defence of the criminal charges ($200,000) and a projection of the cost to the Board in the event it was unsuccessful in the civil lawsuits ($300,000 for damages and

another $300,000 for legal fees). C-1 then references part of the criminal defence strategy: it involved calling into question the Board's own conduct and bringing into play the roles played by two provincial cabinet ministers. The document concludes with an offer of settlement, which contemplated a possible termination of the criminal proceedings for want of prosecution ("Offer no evidence"), discontinuances of the civil actions, the execution of a confidentiality agreement and payment by the Board of Mr. Branch's legal fees in the amount of $200,000. The debates in the court below focused primarily on the explanations provided by the appellant immediately before the delivery of C-1 to Mr. Landry, most notably what, if anything, he said by way of clarification for the phrase "Criminal – Offer no evidence".

[35] The Crown's theory at trial was that C-1, understood in the light of the explanations provided by the appellant to Mr. Landry, constituted an attempt to obstruct justice. This was so, it was argued, because the proposal for settlement, as explained by the appellant, involved Mr. Landry taking steps to ensure Board officials and employees that might be subpoenaed by the Crown for trial purposes would fail to attend. The Crown's theory was based entirely on Mr. Landry's testimony, specifically his sworn allegation that the appellant clarified the meaning of the phrase "Criminal – Offer No Evidence" by stating "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case".

[36] The appellant testified that, although unable to recall the exact words he used, years before, to explain C-1, he never made any such statement:

> Q. "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case." What do you say to that Mr. – or, Mr. Gillis?
>
> A. I never said that. Mr. Landry is mistaken.
>
> **[…]**
>
> Q. How do you know you did not say it, Mr. Gillis?

> A. I'm absolutely sure I did not say that. I've practised law for 40 years. I've spent 1,000, 1,500 days in court examining and cross-examining witnesses, I've never said that, ever. And I would remember if I did.

[37] It was the defence's contention throughout the trial that the statement attributed to the appellant, "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case", betrayed such a fundamental misunderstanding of the way the criminal law process operates that no lawyer, let alone a seasoned litigation specialist, would ever make it. In that regard, the defence underscored the following truism: any decision regarding the offer of evidence was not the Board's to make; rather, it fell within the exclusive authority of the Crown, represented, in this case, by an independent prosecutor. Moreover, and according to the defence, a constellation of circumstances demonstrated the unreliability of Mr. Landry's verbatim recollection of the incriminating statement quoted above and the implausibility of the appellant engaging in the crime charged. I will explore these topics in short order.

[38] In his testimony, the appellant described C-1 as "a cost/benefit analysis that [he] had prepared and printed to show the wisdom or not in settling the civil matter" (emphasis added). He testified the phrase "Criminal - Offer No Evidence" was included under the rubric of "Offer" to allay concerns the Board might have in settling the civil actions by paying $200,000, and then facing criticism for that payout if Mr. Branch were ultimately found guilty:

> Q. Why was there a need to include it, sir?
>
> A. Consider you're the Board and I'm saying to you the Board, "This is the financial ramifications of a settlement. This is what it can cost you. This is what it can cost Mr. Branch." And, I go through all of that and you, the Board, look at me and say, "Now, if I pay you the $200,000 Mr. Gillis and the Crown goes ahead with the prosecution and he's convicted our members would question why we've done it. Why we paid $200,000 we didn't have to pay." And, that's why we – or I wrote here what Mr. Rogers and I discussed that we would go – David

> Rogers and I or David Rogers would go to the Crown to see if we can get the Crown to drop the prosecution by offering no evidence. If they did, great, if they didn't, we had the $200,000 to fully fund the criminal defence of Mr. Branch.

[39] The discussion with Mr. Landry took place in the public hallway outside the courtroom, minutes before the resumption of the preliminary inquiry. No stranger to the discussion testified to hearing the appellant say "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case", though Ms. Gould-McDonald was close by, heard Mr. Landry ask for C-1 and witnessed the appellant hand it over.

[40] Immediately thereafter, the appellant returned to the courtroom for the continuation of proceedings. He did so following Mr. Landry's assurance that the Board would get back to him regarding the settlement proposal. It never did.

D. *The pertinent events following the December 10, 2009 discussion between the appellant and Mr. Landry*

[41] Within days of C-1's delivery, Mr. Landry discussed its contents and the appellant's explanations with Ms. Gould-McDonald and then the Board's lawyer, Mr. Young. As a result of those discussions, and unbeknownst to the appellant, Mr. Landry made a formal complaint to the Bathurst City Police on December 16, 2009. As will be seen, it was the defence's contention that those discussions might well have shaped what it described as Mr. Landry's mistaken recollection of the appellant's explanations.

[42] Unaware that C-1 and his December 10, 2009 explanatory statements were being investigated by the police, the appellant attended the Saint John Police Station on September 9, 2011, at Sergeant Lord's request. The appellant was arrested on arrival. Soon after, he provided a statement of his recollection of the events of December 10, 2009. Significantly, in his reasons for decision, the trial judge draws support for the view that the appellant was not credible from an inconsistency he detected between his testimony and the statement he gave on September 9, 2011.

[43] On November 25, 2011, the appellant was charged with attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding by attempting to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence, an indictable offence by virtue of s. 139(2). The key parts of s. 139 read as follows:

| | |
|---|---|
| **139** (2) Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years. | **139** (2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice. |
| (3) Without restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed, | (3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée, selon le cas : |
| (*a*) dissuades or attempts to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence; | *a*) dissuade ou tente de dissuader une personne, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de témoigner; |
| […] | […] |

E. *The salient features of the trial*

[44] The trial, which began on August 15, 2012, and was adjourned on a few occasions, culminated with the appellant's conviction on January 31, 2013. On June 20, 2013, the appellant was sentenced to jail for 22 months.

[45] The Crown's case consisted of the hand-printed note (C-1), Mr. Landry's testimonial recollection of the appellant's December 10, 2009 clarifications of that document, in the English language, and the appellant's September 9, 2011 statement to Sergeant Lord.

[46] Mr. Landry, a francophone, gave evidence on August 16, 2012, more than 2.5 years after his conversation with the appellant regarding C-1. It may be timely to observe that, on more than one occasion, Mr. Landry revised his testimony, explaining earlier misstatements of the facts as a "poor choice of words". The defence suggested the fact that English was not Mr. Landry's first language might, in conjunction with other factors, such as his lack of legal training, provide an innocent explanation for his mistaken account of the appellant's explanation for the phrase "Criminal - Offer No Evidence".

[47] Be that as it may, Mr. Landry testified he quickly viewed with suspicion the proposal for settlement outlined in C-1. This negative perception arose from his "interpretation" of the proposal as requiring the Board to engage in dishonest bookkeeping, more precisely a "[misrepresentation of] the books":

> Q. Fair enough.
>
> A. They were standing there, and as we went – we were coming up to them, Rod Gillis said to me – he said can I speak to you? So, he took me aside, David Rogers walked away and Linda Gould continued her walk. He showed me the piece of paper.
>
> […]
>
> A. He was standing there. He had a pen in his hand and he showed me a piece of paper or a sheet which was in a notebook and he said I have an offer for you.
>
> […]
>
> A. Now, this – we went through this offer that he had written down. The first part was a summation of numbers –
>
> […]
>
> Q. Okay. If you would please continue, Mr. Landry?
>
> A. What it shows – what's – what this document shows is the top part – are – are numbers in different events and this is what Mr. Gillis went through. Number one was the

criminal which is the legal cost that it would cost Mr. Branch for his criminal trial which was $200,000. The civil Branch versus the Board – I'm gonna go over to the Board cost first. It's gonna cost the Board […] $200,000 in legal and they're gonna gain $300,000 in damages. So, he was telling me that they were going to win the civil and he was going to be awarded $300,000.

[…]

A. So, you take – he was taking the $300,000 from over to the Board and he was putting it in as a negative $300,000 for the civil because it was gonna be […] funds that Mr. Branch was going to be able to recuperate. Number three is the civil – is the *lis pendens* that the Board put on Mr. Branch's properties, he said it was gonna cost the Board another $100,000 legal for the *lis pendens*. So, the total amount of the Board cost was $600,000. And, Branch was going to be recuperating $100,000. Once he paid his $200,000, received the $300,000 he was gonna be $100,000 to the good. It was gonna cost the Board $600,000.

[…]

A. Then, we went down to the criminal defence –

Q. So, what did Mr. Gillis, if anything tell you about that portion of the document?

A. The criminal defence?

Q. Yes.

A. Okay. The criminal defence he said it was gonna be messy. There was two Cabinet Ministers that were involved, but they were gonna be –

[…]

A. But the two Cabinet Ministers were gonna be called to testify for their involvement and that the conduct of the Board was gonna be put into question. So, then he says I have an offer for you.

[…]

> A. Offer Criminal – Offer No Evidence. Number two civil discontinuance of all civil actions plus there would be a confidentiality agreement signed on both parties. Number three that that payment of Branch legal fees in the amount of $200,000.
>
> Q. Okay. So, Mr. Landry, when Mr. Gillis said what you've just described and presented this offer to you, how did you respond?
>
> A. My first response was the payment of the $200,000 – I said to Mr. Gillis – I said – our organization has audited financial statements. I can't cut you a cheque for $200,000. I don't have that power. And, I said – what – what – why, you know – why – why do you propose – he said well, he said what we can do is we can run it through as professional fees – we could run it through our firm as professional fees and you can get away with it that way. You can – but that – that bothered me extremely because here we were dealing in a case of fraud and he was basically asking me to – to – my interpretation is that he was asking me to not really doctor the books but misrepresent the books.
>
> […]
>
> A. Because I have auditors, I have to explain the $200,000 and he would have – he would have – I would have an – an invoice from – from Mr. Gillis's firm for $200,000 in legal where the Board has not approved them as – they have not been hired as lawyers or anything of that nature.

[48] According to the defence, Mr. Landry's suspicion was wholly unjustified. The proposal for settlement did not contemplate the delivery to the Board of an invoice for legal fees from Gilbert McGloan Gillis. That law firm had rendered legal services to Mr. Branch only, and the invoice would be addressed to him, and no one else. It was the appellant's understanding, which was supported by David Harris, *Wrongful Dismissal*, vol. 3 (Toronto: Carswell, 1990) at 8-29, that the legal fees incurred by an employee in the prosecution of a claim for wrongful dismissal, and paid by the employer as part of a settlement, were properly deductible as a business expense.

[49] At any rate, and as mentioned, Mr. Landry swore he could recall word-for-word what the appellant said some 2.5 years before by way of explanation for the phrase "Criminal – Offer No Evidence" found in C-1:

> And, the second part I asked him – I said – the Criminal – Offer No Evidence, what do you mean? I don't have any control over the – the criminal part. And, he said to me, he said […] They're your witnesses, you make sure that they don't testify and the Crown will not have a case.
>
> Q. So, how did you respond to that, Mr. Landry?
>
> A. I said look, I said, I don't have any powers over this. I will consult and I will get back to you. And, he said well, you better hurry because this offer won't be on the table for very long.

[50] The appellant's direct examination took place on September 20, 2012. He testified that, although he did not recall the exact words he used on December 10, 2009 to flesh out C-1 for Mr. Landry's and the Board's benefit, he had definitely not told Mr. Landry: "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case". The appellant's testimony on point bears repeating:

> Q. "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case." What do you say to that Mr. – or, Mr. Gillis?
>
> A. <u>I never said that. Mr. Landry is mistaken</u>.
>
> **[…]**
>
> Q. How do you know you did not say it, Mr. Gillis?
>
> A. <u>I'm absolutely sure I did not say that</u>. I've practised law for 40 years. I've spent 1,000, 1,500 days in court examining and cross-examining witnesses, I've never said that, ever. <u>And I would remember if I did</u>.
>
> [Emphasis added.]

[51] The appellant's understanding of C-1 is detailed in the following excerpt from his examination-in-chief:

> Q. I'd like you if you would, Mr. Gillis, to take some time and explain to His Honour step by step what this sheet documents or purports to document.
>
> A. I was trying to demonstrate graphically to people that I did not know the dollar consequences of all of this litigation. So I have two columns; the left column, what it's gonna cost Mr. Branch; the right column, what it's gonna cost the Board. And thereafter I set out my comment of these dollar figures that we're looking at. The first litigation is the criminal litigation, R. v. Branch. I estimated the legal costs, if we conclude it, would probably be upwards of $200,000, so I have legal, two hundred.
>
> Q. Okay.
>
> A. It's gonna cost Mr. Branch. And the Board cost is zero because they're not involved on that, it's up to the Crown, the legal cost, paying for the lawyer.
>
> Q. Okay.
>
> A. The next item is civil, Branch v. the Board, that's the action, the wrongful dismissal action of 2006 in which the witnesses set the claim's about five hundred thousand. I estimated if we go to trial, whether we get five hundred, we get three hundred thousand, Mr. Branch'd be three hundred thousand to the good and on the right-hand column I said the Board's gonna have to pay not only the three hundred thousand in damages by way of settlement, but upwards of two hundred thousand in legal fees if they went through a full trial. Then the third piece of litigation, civil litigation, the *lis pendens* litigation, that's the July 2009 action tying up his property. There's no money that's gonna flow to Mr. Branch when you get rid of that litigation, he just gets his properties where he wanted for estate purposes, but the Board's gonna have legal cost in pursuing that action of upwards of a hundred thousand dollars. So at the end of the day, I said if we, we continue on Mr. Branch'll be ahead of the game by upwards of a hundred thousand and the Board'll be out of pocket about six hundred thousand. So that's to, to set the tone, what

> their exposure is, and it's not, we're not saying we're gonna get one hundred percent of the five hundred thousand but we're gonna get a large portion of it, so – The middle part of the page, I had to relate to the Board that Mr. Branch wants to question what the Board did and Mr. Branch intended at a trial to summons two cabinet ministers in their involvement in this matter.
>
> […]
>
> A. … The bottom part, I actually get to the offer and I go through the three items again, one, two, three. First item's the criminal, as at the top of the page, criminal, it's a statement, the Crown will offer no evidence, that we'll go to the Crown and try and get them to offer, or David Rogers would, to offer no evidence. Item two, the civil actions, discontinuance, confidentiality agreement. To resolve a civil action you have a consent order for dismissal or discontinuance barring any further action. That's what that's about. A lawyer has to draft it and it has to be consented to by the other lawyer. The confidentiality agreement, in these type of actions there's an agreement where everything remains confidential, again drafted by the lawyers.
>
> Q. How common is that, sir?
>
> A. I would say it's used or I've signed confidentiality agreements involving these type of actions 99 percent of the time. I mean, it's just like a standard release.
>
> Q. Okay.
>
> A. You have a confidentiality agreement. And the last item, payment of Branch's legal fees, two hundred thousand.

[52] The appellant and Mr. Rogers both testified that the phrase "Criminal – Offer No Evidence" in C-1 reflected no more than their intention to approach Crown counsel with a view to securing his agreement to offer no evidence at the opening of the trial against Mr. Branch. Recall that the Crown had been willing to withdraw four of the charges in exchange for one guilty plea. Given that showing of weakness, it was thought Crown counsel might well be willing to fold once confronted with, not only the defence-

friendly settlement of the civil actions, but, as well, cancelled cheques signed by Mr. Branch that the defence contended showed, contrary to the allegation underlying the more serious charges, that he had reimbursed the Board for all expenses charged to its account.

[53] The appellant's examination-in-chief offered the following account of the exchange between himself and Mr. Landry:

> Q. So Mr. Gillis, let's turn to the day of December 10, 2009. What time did you arrive at court that day?
>
> A. Probably shortly before one o'clock.
>
> Q. And who were you with?
>
> A. David Rogers.
>
> Q. And would you please tell us what happened when you got to court that day.
>
> A. Court was going to start at 1:30. We did not wish to be late. We would've gone to the courtroom or I went to the courtroom and put my gown on and then would've sat down and printed out Exhibit 1 or C-1, whatever –
>
> Q. Exhibit C-1, yeah.
>
> A. Exhibit C-1. Mr. Rogers was in or out or to the, to my left, I wasn't paying much attention to him, and then I went out in the hallway. At that point I saw coming down the hall, I think Linda Gould-McDonald and Mr. Landry, those were the two that I remember.
>
> Q. Yes.
>
> A. I asked if I could speak with Mr. Landry for a moment and I turned towards the window and he stood beside me and I went through this piece of paper.
>
> Q. So where are you and Mr. Landry standing?
>
> A. Out in the public hallway.

Q. Were there any private rooms in the area?

A. Oh yes, about eight feet away across the hall there were a number of private meeting rooms if you wanted to meet in private.

Q. And so you asked to speak to Mr. Landry?
A. Yes.

Q. Where was Ms. Gould-McDonald when you asked to speak to him?

A. Well, she was standing beside him when I asked to speak with him. I don't know where she went after that, I wasn't focused on her.

Q. Was she part of the conversation with Mr. Landry?

A. No.

Q. And yourself?

A. No, she wasn't part of the conversation. What I had was some figures with respect to the North Shore Forest Product Marketing Board and somebody had to communicate it to the Board and the Board's lawyer and it wasn't Mrs. Gould-McDonald – or, Ms. Gould-McDonald.

Q. Mr. Landry testified at one point that you sort of pushed Ms. Gould-McDonald away and then he changed that and said you excluded her. Could you comment on that, Mr. Gillis?

A. I – I've never pushed a woman. It's not only the wrong thing to do but you get in trouble. I – I – And I don't even suggest that. So I didn't exclude her intentionally, she had no role to play. This dollar figure had to get back to the Board of Directors and the Board's lawyer.

Q. And so how did Mr. Landry respond to your request to speak to him?

A. He was in, how should I put it, normal good spirit or said sure and we started talking.

Q. Okay. What did you say to Mr. Landry on that day?

A. I had prepared, if you want, my speaking notes, if you call this document C-1 speaking notes, it wasn't that. I don't remember my exact words to Mr. Landry, it was three years ago. I would have gone through the dollar figures here explaining it to try and come up to the conclusion that if you fellows would pay $200,000 we could resolve the civil matter and I would've gone through –

[…]

Q. Using these notes to refresh your memory, sir, can you tell us what you did and what you said to Mr. Landry to the best of your ability?

A. To the best of my ability, what I did is I went through the first two-thirds of this page explaining the dollar figures and the cost benefit analysis and concluded by saying we were willing to settle the matter for $200,000 if you made the payment to Gilbert McGloan Gillis or whatever.

Q. What explanation did you give of those dollar amounts, sir?

A. The explanation is what I've given to you previously, that it could cost the Board upwards of $600,000 with all this litigation and Mr. Branch would come out ahead about a hundred thousand and that we're willing to settle for $200,000 at this time with a discontinuance and confidentiality agreement.

Q. Did you go through each of the items individually?

A. I went through each of the dollar figures on the first two-thirds of this page or first half of this page explaining it because to my way of thinking the Board of Directors have to understand the dollar figures and the rationale to settle a civil action and I wanted to make sure that Mr. Landry, as the messenger to take this back to Mr. Young or the - and the Board, understood the dollar figures. It was just an explanation.

[…]

Q. And how long would it have taken you, sir, to go through this with Mr. Landry that day?

A. It took two to three minutes. I didn't have a lot of time, court was going to recommence at 1:30, it's about 1:15 and I still had to sort a few papers, but I wanted to get the thing, the civil settlement in play as soon as possible.

Q. And how much of the time would've been spent, of the two or three minutes, would've been spent on the top part of the document explaining the numbers?

A. Ninety percent of the time because you have to let them fully appreciate the cost.

[…]

Q. Okay. And so what did you do with this document following your discussion with Mr. Landry?

A. I left it with him. I printed it with the intention that it would be a document that would receive circulation within the North Shore Forest Product Marketing Board of Directors and Mr. Young and perhaps others.

Q. What if any restrictions did you impose on Mr. Landry with respect to your discussions or this piece of paper?

A. Absolutely none and if he had questions I expected he would come back and ask me, Mr. Young had questions he would ask me, somebody would ask questions and we'd have to work out the terms of the minutes of settlement that we talk about here. Or I write about here.

[…]

Q. Mr. Gillis, the last thing I want to ask you, sir, is what were your intentions when you spoke to Mr. Landry that day?

**[…]**

A. The intentions were to simply resolve or start the process to resolve the civil matter. There was absolutely no intention to resolve the criminal matter with Mr. Landry.

> He had no involvement. There was no conspiracy. There was nothing to do with the criminal matter concerning Mr. Landry and our intention or my intention solely with this piece of paper and my discussion with Mr. Landry was to settle or put in process the settlement of a civil matter.

[54] On cross-examination, Crown counsel focused on what he would later argue were instances of ethical misconduct by the appellant. In that regard, he pointed to the appellant's omission to personally inform the Branch preliminary inquiry judge and the prosecutor in that case, that he was representing Mr. Branch in the wrongful dismissal and defamation action:

> Q. You didn't notify the Court and you didn't notify the prosecutor. Isn't that right?
>
> A. Notify them about what?
>
> Q. About the fact that you were representing Mr. Branch on that civil matter at the time.
>
> A. The prosecutor wasn't concerned about the civil matter because the prosecutor wasn't involved with the civil matter. The Court was concerned with the criminal matter and I was representing Mr. Branch on the criminal matter. Mr. Siscoe, when he testified for the Crown, identified his relationship with Mr. Branch that he was representing Mr. Branch – in they're trying to prove, I believe, the employment contract. So, the people that were in this courtroom knew where the representation was. I have difficulty following what your question is.

[55] The appellant added that, in any event, Mr. Siscoe had testified he (the appellant) represented Mr. Branch in the wrongful dismissal and defamation action:

> Q. Okay. And you didn't tell the Judge?
>
> A. Well, he told the Judge. He said something to the effect, "Mr. Gillis, I believe represents," or whatever the words were, "Mr. Branch and I just realized today I'm still on the – as solicitor of record," or something like that. I forget how it went but as something like that. But if you've got the transcript I could – can tell you exactly.

The appellant's suggestion that the preliminary inquiry transcript be produced to verify Mr. Siscoe's testimony on point went unheeded.

[56] Crown counsel also put into evidence, through the appellant's cross-examination, the text of various provisions of the *Code of Professional Conduct*. Curiously, he instructed the appellant to abstain from commenting on their applicability and possible violation.

[57] As will be seen, in his reasons for decision, the trial judge found the appellant behaved unethically by the "very questionable manner" in which he conducted himself during Mr. Siscoe's cross-examination. He also found the appellant violated three of the several Rules of the *Code of Professional Conduct* referenced by Crown counsel during his cross-examination. In the trial judge's view, those ethical breaches demonstrated a lack of integrity, an important factor in assessing credibility.

F. *The reasons for the trial judge's findings of credibility and reliability, and for conviction*

[58] The trial judge summarized his findings as follows:

> […] With respect to the different versions of what Gillis said to Landry in connection with the possible settlement of the criminal matter, I disbelieve Gillis' evidence. I find Landry very credible and I believe his evidence. Simply put, I am satisfied beyond a reasonable doubt that on the basis of the evidence before me, Gillis said to Landry exactly what Landry alleges, with respect to the proposed settlement of the criminal matter. [para. 83]

[59] Those observations are expanded upon in the trial judge's reasons under "Conclusion":

> It is clear to me, and I say so without hesitation, that Gillis, when speaking to Landry, did have the specific intention of

> subverting justice, when he asked Landry to make certain that Board employees did not testify against Branch.
>
> Going back to the approach mandated in R.v.W.(D.), supra, I do not believe the evidence of Gillis as to precisely what he said to Landry about the latter stopping Board witnesses from testifying, I am not left in reasonable doubt by Gillis' testimony and on the basis of the evidence which I do accept, I am convinced beyond a reasonable doubt by that evidence, of Gillis' guilt.
>
> I am satisfied that all of the essential elements of this offence have been proven and that the facts taken as a whole prove the guilt of the Accused beyond a reasonable doubt. Therefore, Gillis is found guilty of an attempted obstruction of justice, as charged. [paras. 110-112]

[60] The trial judge's reasons for disbelieving the appellant are set out in his decision under the rubric "Credibility of Rodney J. Gillis": (1) the appellant's testimony differed from "that of Rogers in some important aspects"; (2) the appellant's own testimony was "contradictory on some major issues" and was at odds with the appellant's prior statement to the police; (3) the appellant's "strong denial that he said to Landry the words attributed to him" was not "credible" because his denial that he made the statement could not be squared with his inability to "remember the exact words he used"; (4) the appellant's "own testimony" demonstrated his attempt "to resolve the criminal and civil matters violated" Rule 2 of Chapter 15, Rule 10(ix) of Chapter 8 and Rule 9(b) of Chapter 4 of the *Code of Professional Conduct* of the New Brunswick Law Society; (5) the appellant "acted in a very questionable manner, in not advising the presiding judge [at the Branch preliminary inquiry] and the Crown prosecutor of his exact involvement with [Mr.] Siscoe, prior to cross-examining him"; (6) the appellant's contention that the Crown "might agree to present no evidence on all five charges merely because the civil litigation between Branch and the Board had been settled lacks the air of reality" [Emphasis added]; and (7) the appellant's testimony was "too often […] vague, indefinite, qualified and non-committal". The appellant "did not appear to be forthright and responsive to questions" and was "often argumentative when being questioned by

[Crown counsel]". His testimony "at times, was neither reasonable nor consistent" and "[h]e did not stand up well under cross-examination".

[61] The trial judge concluded Mr. Rogers, the appellant's law partner and co-counsel for the defence at the Branch preliminary inquiry, could not be believed "on many matters about which he testified". The trial judge added he did not believe "that Rogers gave his testimony in a straightforward, honest and believable manner", adding that "[m]uch of his testimony simply did not have the ring of truth to it" and that he "was evasive at times, and, simply, not credible". The trial judge closed his assessment of Mr. Rogers' testimony and credibility by stating: "He did not stand up well under cross-examination and was argumentative not only during cross-examination but in direct, as well".

[62] As for Mr. Landry, the trial judge made the following observations regarding his testimony: "I found him to be a very credible and honest witness. He appeared to be making every effort to relate what happened as precisely as possible, and realized how important accuracy was in all of his testimony. His testimony was direct, never vague, and he held up well to a quite vigorous and thorough cross-examination. He was a credible witness and I am satisfied that his testimony was reliable". The trial judge added that none of the testimonial errors committed by Mr. Landry were "significant or troubling". In the trial judge's view, none of those errors affected Mr. Landry's credibility or "cast any doubt on the reliability of his account of the critical part of his conversation with Gillis".

## III. The Case for and Against Reversal

[63] The appellant contends in the Notice of Appeal, as amended at the hearing, that the trial judge committed reversible error of fact in relying upon negative characterizations of his testimony that are unsubstantiated by the record and in misapprehending the evidence, particularly his own testimony. The trial judge would have misapprehended the appellant's testimony regarding: (1) the alleged breaches of the

Rules of the *Code of Professional Conduct* of the New Brunswick Law Society; (2) the inevitability of involvement by the Board's lawyer, Mr. Young, in the settlement process initiated by C-1; (3) Mr. Rogers' role in the preparation of C-1; (4) the reason for his (the appellant's) approach to Mr. Landry, rather than Mr. Young; (5) the connection between the civil and criminal matters; (6) the period during which the offer of settlement would remain open for acceptance by the Board; (7) his reasons for believing the Crown might be willing to consider offering no evidence against Mr. Branch; and (8) the reason for mentioning the proposed criminal disposition of the criminal charges in C-1. In addition, the trial judge would have misapprehended other elements of the evidential record: (1) in concluding the appellant's "strong" denial - that he said the words attributed to him by Mr. Landry - was not credible because he admitted to not remembering the exact words he used to explain C-1; and (2) as they pertain to the issues said to impact on Mr. Rogers' credibility.

[64] As well, the Notice of Appeal, as amended, alleges the trial judge committed the following errors, most of which are easily characterized as legal in nature: (1) he misdirected himself as to the relevance of a civil settlement to prosecutorial discretion; (2) he relied upon the appellant's conduct in cross-examining Mr. Siscoe at the Branch preliminary inquiry as evidence of lack of integrity and credibility; (3) he considered perceived inconsistencies between the appellant's statement to the police and his testimony on direct examination despite Crown counsel's failure to raise the issue during cross-examination; (4) he made legally impermissible use of the evidence of weaknesses in the case against Mr. Branch; (5) he failed to appreciate the key basis upon which Mr. Landry's reliability was impugned; (6) he relied on neutral evidence (the wording of C-1) to support the reliability of Mr. Landry's evidence; (7) he erred in his application of *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL); and (8) the verdict is unreasonable having regard to the evidence, properly understood.

[65] Finally, in the Appellant's Submission and a mid-hearing brief filed at the Court's request, as well as during the debate on appeal, the appellant argued many of the factors which prompted the trial judge to disbelieve his testimony were never put to him

on cross-examination and that, as a result, he was deprived of a fair opportunity to make full answer and defence. This argument draws its lifeblood from Lord Herschell's speech in *Browne v. Dunn*.

[66] It is acknowledged in the Respondent's Submission that the trial judge misapprehended some of the evidence. However, the respondent contends no reversible error was committed. I agree with that contention insofar as the acknowledged misapprehensions are concerned, and will say nothing more on point.

[67] The respondent also submits the trial judge did not commit any error of law and vigorously argues the appellant is seeking to have this Court engage in a trial *de novo* of the underlying charge. In that regard, the respondent points to the observations I made, writing for the Court, in *E.K.M. v. R.*, 2012 NBCA 64, 391 N.B.R. (2d) 130, and argues those observations apply with equal force to the case at hand:

> In my respectful judgment, there is simply no merit to the appellant's objections to the findings of credibility made in the court below. Stripped to their core, those objections are not sourced in errors of law or principle, but driven solely by a disagreement with the trial judge's adverse findings, which, in my view and contrary to the appellant's submission, flowed from the application of a legally correct framework and are solidly moored to the evidential record. That being so, those findings must stand (see *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, at paras. 10-12). [para. 25]

Our Court has indeed repeatedly recognized its mandate does not include the re-trial of cases, and acted accordingly. That said, the Court is duty bound to intervene where the contested verdict is rooted in significant errors of fact or law.

## IV. Analysis and Decision

[68] The constituent elements of the offence, as particularized in the Information, are: (1) a willful attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice; (2) in a judicial proceeding (s. 139(3) provides the proceeding in question may be existing or "proposed"); (3) by attempting to dissuade a person from giving evidence; (4)

by threats, bribes or other corrupt means. Two lines of legal inquiry, both interpretative in nature, arise from the charge as it appears in the Information.

[69] The first concerns item (2). Must the attempt be in relation to a judicial proceeding and, if so, what is the meaning of the expression "proposed", or "projetée" in the French version, of s. 139(3)? At the time the appellant provided explanations for C-1 to Mr. Landry, the only existing proceeding was the preliminary inquiry into the charges against Mr. Branch, and it is common ground that the phrase "Criminal - Offer No Evidence" had nothing to do with the preliminary inquiry: it related to a proceeding (the trial of Mr. Branch) that might, or might not, take place. Hence, this question: does the pursuit of an order committing the accused to trial make it a "proposed" proceeding for s. 139 purposes? Perhaps. Absent binding judicial precedents, the answer to the foregoing questions stands to be ascertained by the application of settled principles of statutory interpretation.

[70] The second line of inquiry focuses on the meaning of the phrase "threats, bribes or other corrupt means". The trial judge found that essential component of the offence as charged was established by the appellant saying to Mr. Landry "if the Branch charges went to trial, the Board's conduct would be put into question and certain cabinet ministers would be called to testify and the matter would become messy". What is the meaning of the term "corrupt" and does it encompass the quoted statement?

[71] None of those issues has been debated in this Court. To be clear, the appellant has not argued the facts <u>as found by the trial judge</u> cannot, as a matter of law, support his conviction for the offence charged. The reasons that follow deal with the appeal as framed and argued.

[72] As the trial judge noted, credibility was "critically important in this case", a state of affairs that brings into play the much-discussed case of *R. v. W.(D.)*, where the Supreme Court of Canada laid out, in step-by-step fashion, the correct approach to adjudication of criminal liability where the accused has testified:

> First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.
>
> Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.
>
> Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. [para. 28]

[73] Focusing exclusively on the features of that approach that are key for our present purposes, the appellant's acquittal was required unless the trial judge: (1) disbelieved his denial under oath that he told Mr. Landry "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case"; and (2) after considering all of the evidence, was not left with a reasonable doubt. The trial judge disbelieved the appellant's denial and, as a result, found his guilt had been established beyond a reasonable doubt. As mentioned, the appellant challenges the trial judge's adverse finding of credibility on the grounds that it is the product of errors of fact and errors of law.

[74] The standard of review for errors of fact is palpable and overriding error. Thus, an appellate court is not at liberty to overturn findings of credibility simply because it would have come to a different conclusion. As was stated in the oft-cited case of *R v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621:

> There is general agreement on the test applicable to a review of a finding of credibility by a trial judge: the appeal court must defer to the conclusions of the trial judge unless a palpable or overriding error can be shown. It is not enough that there is a difference of opinion with the trial judge (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at paras. 32-33; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 74). [para. 10]

See, as well, *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paras. 70-73.

[75] The question of appellate review of credibility findings on the basis of allegations of factual error was recently considered in *J.N.C. v. R*, 2013 NBCA 59, 409 N.B.R. (2d) 310, where the Court observed:

> In light of the above, we owe deference to the trial judge's credibility findings unless J.N.C. can show that these are the product of a palpable and overriding error: *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 10.
>
> In *R. v. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 N.B.R. (2d) 123, at para. 26, and in other cases, including *R. v. Mollins*, 2011 NBCA 62, [2011] N.B.J. No. 237 (QL), at para. 14, this Court has adopted the definition of "palpable and overriding" articulated in *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL):
>
>> The "palpable and overriding" standard addresses both the nature of the factual error and its impact on the result. A "palpable" error is one that is obvious, plain to see or clear: *Housen* at 246. Examples of "palpable" factual errors include findings made in the complete absence of evidence, findings made in conflict with accepted evidence, findings based on a misapprehension of evidence and findings of fact drawn from primary facts that are the result of speculation rather than inference.
>>
>> An "overriding" error is an error that is sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact. Where the challenged finding of fact is based on a constellation of findings, the conclusion that one or more of those findings is founded on a "palpable" error does not automatically mean that the error is also "overriding". The appellant must demonstrate that the error goes to the root of the challenged finding of fact such that the fact cannot safely stand in the face of that error: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254 at 281. [paras. 296-97]
>
> […]
>
> With respect, there is simply no correlation between the complainant's description of the boat and her <u>credibility</u> regarding the event she describes as a sexual assault. The

> complainant's knowledge of the boat was not a matter that led to the inescapable conclusion she was being truthful with respect to the acts that form the basis of the charges against the accused. In our view, it was illogical for the judge to have concluded that, because the complainant was able to describe a boat and how she embarked, she must then be telling the truth about everything else, especially when there was evidence that neutralized the value of her descriptions.
>
> Of course, our finding that the trial judge made a palpable error in his assessment of credibility is of no moment unless that error is also an overriding one. In our view, the error falls into that category. The trial judge went to great lengths to explain how he was convinced of the "boat" incident, and thereafter simply stated he concluded the complainant was truthful regarding the other alleged incidents, without any detailed analysis of any testimony regarding these. In the circumstances, it is abundantly clear that the judge's misguided credibility analysis regarding the boat incident affected the balance of his findings. In other words, the judge anchored his entire credibility findings on the complainant's description of the accused's boat. That being a palpable error, it is also, in these circumstances, an overriding one. In the final analysis, the trial judge convicted J.N.C. because he believed the complainant, and he believed her <u>because</u> she could describe the boat. This is a palpable and overriding error in the assessment of credibility.
>
> Of course, as an appellate court, we do not have the advantage of seeing the witnesses. As a result, despite our unease or lurking doubt about the verdict, we have no way of knowing how a credibility analysis, devoid of any palpable and overriding error, might be resolved in this case. This is why, in the final analysis, we allowed both the application for leave to appeal and the appeal, quashed the conviction and ordered a new trial should the Attorney General choose to proceed with one. [paras. 14-19]
>
> [Emphasis in original.]

[76] The standard for appellate intervention on the basis of evidential misapprehension is "stringent": *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732, at paras. 1-2 and *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, Abella J., for the majority, at para.

19. In *Lohrer*, the Supreme Court of Canada cautioned against intervention unless the following conditions were met:

> *Morrissey*, it should be emphasized, describes a stringent standard. The misapprehension of the evidence must go to the substance rather than to the detail. It must be material rather than peripheral to the reasoning of the trial judge. Once those hurdles are surmounted, there is the further hurdle (the test is expressed as conjunctive rather than disjunctive) that the errors thus identified must play an essential part not just in the narrative of the judgment but "in the reasoning process resulting in a conviction". [para. 2]

[77] In *C.L.Y.*, the majority concluded the trial judge's basis for disbelieving the accused "rested on misapprehensions of his evidence and played a critical role in the convictions, rendering them insupportable" (see para. 21). I come to the same conclusion regarding the trial judge's multi-faceted basis for disbelieving the appellant. While alive to the "singular perch" occupied by the judge in assessing credibility, I conclude that basis is rooted in misapprehensions of the evidence that played a critical role in shaping the outcome in first instance.

[78] The "stringent" standard referenced in *Lohrer* and *C.L.Y* is drawn from Justice Doherty's oft-quoted reasons for judgment in *Morrissey*:

> In my opinion, on appeals from convictions in indictable proceedings where misapprehension of the evidence is alleged, this court should first consider the reasonableness of the verdict (s. 686(1)(a)(i)). If the appellant succeeds on this ground an acquittal will be entered. If the verdict is not unreasonable, then the court should determine whether the misapprehension of evidence occasioned a miscarriage of justice (s. 686(1)(a)(iii)). If the appellant is able to show that the error resulted in a miscarriage of justice, then the conviction must be quashed and, in most cases, a new trial ordered. Finally, if the appellant cannot show that the verdict was unreasonable or that the error produced a miscarriage of justice, the court must consider the vexing question of whether the misapprehension of evidence

amounted to an error in law (s. 686(1)(a)(ii)). If the error is one of law, the onus will shift to the Crown to demonstrate that it did not result in a miscarriage of justice (s. 686(1)(b)(iii)).

[…]

*Fanjoy*, like most cases where s. 686(1)(a)(iii) has been invoked, involved prosecutorial or judicial misconduct in the course of the trial: e.g., see *R. v. Stewart* (1991), 62 C.C.C. (3d) 289, 43 O.A.C. 109 (C.A.); *R. v. R. (A.J.)* (1994), 20 O.R. (3d) 405, 94 C.C.C. (3d) 168 (C.A.). Such conduct obviously jeopardizes the fairness of a trial and fits comfortably within the concept of a miscarriage of justice. Nothing in the language of the section, however, suggests that it is limited to any particular type of error. In my view, any error, including one involving a misapprehension of the evidence by the trial judge, must be assessed by reference to its impact on the fairness of the trial. If the error renders the trial unfair, then s. 686(1)(a)(iii) requires that the conviction be quashed.

When will a misapprehension of the evidence render a trial unfair and result in a miscarriage of justice? The nature and extent of the misapprehension and its significance to the trial judge's verdict must be considered in light of the fundamental requirement that a verdict must be based exclusively on the evidence adduced at trial. Where a trial judge is mistaken as to the substance of material parts of the evidence and those errors play an essential part in the reasoning process resulting in a conviction then, in my view, the accused's conviction is not based exclusively on the evidence and is not a "true" verdict. Convictions resting on a misapprehension of the substance of the evidence adduced at trial sit on no firmer foundation than those based on information derived from sources extraneous to the trial. If an appellant can demonstrate that the conviction depends on a misapprehension of the evidence then, in my view, it must follow that the appellant has not received a fair trial, and was the victim of a miscarriage of justice. This is so even if the evidence, as actually adduced at trial, was capable of supporting a conviction. [paras. 88, 92-93]

[Emphasis added.]

[79] Applying the analytical framework in the sequence recommended in *Morrissey*, I turn first to the question of whether the verdict is unreasonable. The test to be applied in determining that question is whether the verdict is one that a properly instructed jury could reasonably have rendered: *R. v. Biniaris,* 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36. Acquittal is required where a verdict is unreasonable.

[80] The defence position at trial, which was reiterated on appeal, was that Mr. Landry's account of the single relevant conversation between him and the appellant was unreliable, and that he misunderstood what was being proposed. In that regard, the defence made the following points in its comprehensive post-trial brief:

> There are many facts, which it is submitted indicate Mr. Landry is most likely mistaken in what he claims Mr. Gillis said to him. These include the following.
>
> a) It was a very short conversation and Mr. Landry testified he was most interested in the financial aspect of the proposal.
>
> b) Mr. Landry made no notes during the conversation with Mr. Gillis or at any time afterwards.
>
> c) Mr. Landry testified he was "extremely bothered" by how Mr. Gillis indicated the Board could pay Mr. Branch's legal fees. Mr. Landry "interpreted" (not Mr. Gillis said, but Mr. Landry "interpreted"), that he was being asked to misrepresent the books. Mr. Landry was not aware this form of settlement [payment by the employer of the wrongfully dismissed employee's legal fees] is completely acceptable in resolving wrongful dismissal cases. In Harris, *Wrongful Dismissal*, Vol. 3 at page 8- 29 [as it then read], the author states:
>
> > *(d) Payment Directly to Employee's Lawyer*
> >
> > The CRA's administrative practice is generally to permit payments of legal fees by the employer directly to the former employee's lawyer with no source withholding and no tax consequences (except to the lawyer). The effect on the employee will generally be the same as if the amount were

> taxable under para. 56(1)(1.1) and then an offsetting deduction for legal expenses were claimed under paragraph 60(o. l) as discussed above.

Harris [*Wrongful Dismissal*] is cited as recognized authority in numerous decisions at all court levels in wrongful dismissal cases. Additionally exhibit C-1, the written offer itself, clearly spells out for all to see that Mr. Branch's legal fees were to be paid by the Marketing Board. There was no hiding or misrepresenting anything.

d) Mr. Landry also acknowledged he was not aware of a legal practice in criminal law where charges are disposed of by the Crown offering no evidence. Such a practice is well known to the Court.

e) Mr. Landry acted normally during and after the discussion with Mr. Gillis. There was no challenge or inquiry of, "What are you asking me to do?", or any words to that effect. When Mr. Gillis was asked by Mr. Rogers after the discussion with Mr. Landry, "How did it go?", Mr. Gillis told Mr. Rogers, "They will get back to us". Crown counsel was critical of Mr. Gillis for not discussing the matter with Mr. Young on the Friday but the evidence, undisputed, is that "they would get back" to Mr. Gillis.

f) Mr. Landry did not immediately decide to make a criminal complaint. Why would one wait if the words allegedly spoken by Mr. Gillis are as clear as Mr. Landry claims? In cross-examination, Sgt. Lord confirmed his notes document that Mr. Young "works primarily in civil law and wanted someone more experienced in criminal to review the offer" and that "the offer appeared inappropriate", not "was criminal" but appeared "inappropriate". Would there really be any need for Mr. Young to inquire of other lawyers if the words allegedly stated by Mr. Gillis are as clear as Mr. Landry states?

g) The accuracy of a witness' recollection may be influenced by many factors. Mr. Landry discussed the conversation he had with Mr. Gillis with several other people many times between December 10th and December 16th. Only after which did he decide to make a criminal complaint. Mr. Landry again discussed the conversation many times between December 16th and February 23rd

when he provided the first recorded statement to Sgt. Lord. There were at least l0 discussions, as follows:

| | |
|---|---|
| Landry - Gould-[McDonald] (Mr. Landry stated 10 min. then 5-10 min. then 10 min.) | December 10/09 |
| Landry - Young (phone) (up to 15 minutes) | December 10/09 |
| Landry - Young (length not disclosed) | December 11/09 |
| Landry - Young, Gould-[McDonald] (length not disclosed) | December 11/09 |
| Landry - Young; Gould-[McDonald] (off and on all day) | December 11/09 |
| Landry-Young (length not disclosed) | December 16/09 |
| Landry – Gould-[McDonald] (length not disclosed) | December 16/09 |
| Landry - Cst. Comeau, Bathurst Police (length not disclosed) | December 16/09 |
| Landry to his Board of Directors (length not disclosed) | |
| Landry and Young (length not disclosed) | February 23/10 |

While not intentional, it is well known that such discussions can affect or taint the quality and accuracy of one's recollection.

h) Mr. Landry testified he observed a lot of animosity between Mr. Young and Mr. Gillis. This was not described by Mr. Landry as one-sided as suggested by the Crown in submissions. It was apparent in the manner and tone of Mr. Young's evidence. It was especially apparent in the rather indignant tone in responding to the last question asked of Mr. Young on cross-examination, being whether he contacted Mr. Gillis to clarify the offer. His reply was a very curt, "No". Several of Mr. Landry's conversations were with Mr. Young. It is submitted that, even unwittingly or unintentionally, animosity can influence impressions and color discussions about what was said or meant in an earlier conversation.

i) Sgt. Lord made it clear he wanted no discussions with Mr. Landry before the recorded statement so as not to taint or influence Mr. Landry in any way. Sgt. Lord testified "statements are something of a specialty of his", which he designs to ensure he does not contaminate the flow of information or provide leading questions or innuendo during the interview. Yet Mr. Landry had already spoken to many people about the matter several times. It is very possible during these many discussions that Mr. Landry's recollection of the conversation, which makes no practical sense, was affected.

j) Mr. Landry testified he was surprised when Mr. Gillis approached him.

k) No clarification of the offer was sought by anyone.

1) Mr. Landry testified he remembered additional details of the conversation with Mr. Gillis when he was preparing for trial in July 2012, two years, seven months after the event.

m) Mr. Landry then testified to remembering even more additional details for the first time at the trial when giving his testimony in August, 2012. Yet, Mr. Landry had confirmed that when he gave his initial statement on February 23rd, 2010, he knew the statement had to be complete and include all important information because of the seriousness of the charge.

n) Mr. Landry explained this new recollection of details on the basis that he was intimidated giving his statement to the police officer in 2010, an officer who specializes in taking statements, but apparently not intimidated in giving evidence in Court. The defence submits that Mr. Landry did not appear to be someone who would be easily intimidated. In fact he was, it is submitted, aggressive during cross-examination.

o) Mr. Landry was clearly mistaken on what, the offer to settle was written. It was written on the back of a single sheet of paper with a news story on the other side dated December 9, 2009. It was not on a notepad or part of any notebook. On the voir dire, which was admitted at trial, Mr. Landry testified:

BEAULIEU: The original offer of settlement, he took it from what I recall from your statement, from a pad, he ripped it off a pad? Correct?

LANDRY: Yes

BEAULIEU: So those are the pads that you know like we use in Court today, these note pads that you just rip off, you write something down

LANDRY: Well, it was a leatherette pad of some sort

BEAULIEU: A leatherette pad?

LANDRY: Well, I mean it had a leatherette case on it, he ripped it out

BEAULIEU: OK, so a notepad was within a leatherette case? Is that what you are saying?

LANDRY: Yes

On direct examination the next day Mr. Landry testified, "he ripped it out or took it out of his notebook". On cross-examination, when confronted with the fact it was a single piece of paper with a newsletter on the back, he changed his testimony and said Mr. Gillis had it in a folder or took it out of a folder. Yet in his statement to the police he specifically denied there was a folder and confirmed to the officer that:

"it was a pad, he pulled it off the top, there was no folder he ripped it out of his book and he gave me a copy"

Mr. Landry then revised his evidence again on cross-examination and said, "he frigged around with the top and pulled it out". Mr. Landry conceded at the end of this exchange that he had used a "bad choice of words". He then stated, as an explanation "tu es française?" to Ms. Beaulieu, "are you French?"

Perhaps this too is part of the reason Mr. Landry misunderstood Mr. Gillis in the first place.

p) Mr. Landry agreed his testimony that Mr. Gillis "sort of pushed Ms. Gould-[McDonald] away", was also not accurate and a "bad choice of words".

q) Mr. Landry agreed his testimony that Mr. Branch was dismissed in October, 2005, was also mistaken, it was actually March, 2006.

r) Mr. Landry acknowledged he was mistaken and gave incorrect information regarding Robert Brimsacle, one of many names thrown out by Crown. Mr. Landry realized later he thought the Crown had meant Austin Brimsacle. This demonstrates how easily mistakes and misunderstandings in conversations can occur. On this point, consider how would a lawyer, correctly and completely innocently, explain to a non-lawyer the criminal practice of resolving a charge by having the Crown offer no evidence? Might the explanation include a statement to the affect that the witnesses don't testify? Might the explanation also include a statement to the affect that the Crown recognizes it does not have a case? How easily might such an explanation be misheard or misunderstood?

s) Mr. Landry testified there were up to 30 witnesses at the preliminary; there were in fact 13 according to Mr. Gillis' testimony.

t) Mr. Landry said Linda Gould-[McDonald] was twenty feet away during the conversation with Mr. Gillis. Ms. Gould-[McDonald] said she was three feet away.

u) Ms. Linda Gould-[McDonald] said she was not close enough to hear any conversation, yet she heard at least part of the conversation when Mr. Landry asked for the paper the offer was written on. She was apparently that close when Mr. Gillis is allegedly counseling a criminal offence.

v) Ms. Linda Gould-[McDonald] said she saw Mr. Gillis writing during the conversation with Mr. Landry. Mr. Landry said Mr. Gillis did not write anything, the offer was all pre-prepared.

w) Mr. Landry appears to have had an extensive personal interest in the charge against Mr. Gillis. The evidence confirms numerous calls and emails to the police

> and even a reference to Mr. Gillis in one email as "our mutual friend".

[81] In addition, the defence post-trial brief made the case for a reasonable doubt based upon the appellant's testimony:

> 19. Additionally, Mr. Gillis chose to take the stand and testified under oath that he did not say the words alleged. He did not commit any criminal act. He testified as follows.
>
> a) The point of giving exhibit C-1 to Mr. Landry was to try and resolve the civil dispute so that defence counsel could go to the Crown with the civil dispute with the Board resolved, highlight the weaknesses in the Crown's case, show the Crown the additional cheques they had and see if they could get the Crown to agree to offer no evidence on the charges.
>
> b) There was at the start of the preliminary a proposal from one of the police officers for a plea bargain, that is for a plea of guilty to any one charge.
>
> c) He and Mr. Rogers were both of the opinion the Crown's case had problems. At the end of the day four of five charges were withdrawn against Mr. Branch and no one knows what the outcome would have been if Mr. Gillis and Mr. Rogers had continued as defence counsel.
>
> d) It was never his intention to obstruct justice.
>
> e) It was never his intention for Mr. Landry to have any role or influence with witnesses.
>
> f) He did not tell Mr. Landry, "the witnesses are 'your' witnesses and just make sure they don't testify". This denial is the testimony of Mr. Gillis that must be assessed against Mr. Landry's testimony of the [words] allegedly spoken, in the *W (D.)* analysis. Additionally, Mr. Gillis testified he is well aware the witnesses were not Mr. Landry's witnesses and that only the Crown has the ability to offer no evidence.
>
> g) He delivered an offer exhibit C-1 for the Board of Directors and their legal counsel through Mr. Landry.

h) It was intended for Mr. Landry to deliver this offer to the Board and to legal counsel.

i) He knew the offer would have to go to the Board and legal counsel for any decision to be made and to finalize any settlement documents.

j) He had the authority from Mr. Branch to settle the civil actions as outlined.

20. Mr. Gillis' testimony on these key aspects was not impeached on cross examination. His evidence at the very least raises reasonable doubt as to guilt under the *R. v. W (D.)*, Supreme Court of Canada instruction.

21. The Crown went on at some length about the alleged significance in civil practice of being the "solicitor of record". With respect, the Crown offered no evidence of "civil practice" for the Court to assess any significance in this regard. The only evidence of civil practice was from Mr. Gillis himself. He explained that the "solicitor of record" may not be the only solicitor involved in a case and that one does not need to be the solicitor of record to have authority to settle a case. There is no evidentiary base to criticize Mr. Gillis in how he proceeded, despite the Crown spending extensive time with previously undisclosed documents, establishing Mr. Gillis was not yet the solicitor of record on the documents filed in the Court.

22. The Crown introduced on cross-examination three chapters from the New Brunswick Law Society, *Code of Ethics*. With respect, alleged breaches of the *Code* are not relevant to the alleged criminal behavior this Court must assess. Nevertheless, it is noted:

(i) Chapter 4, item 9(b) under the title, "Threatening suit forbidden", referred to by the Crown, provides that a lawyer is not to seek the withdrawal of a criminal prosecution in exchange for the payment of money or transfer of property. There is no evidence of the threatening of any suit or the offering of any money or property by Mr. Gillis to anyone for the withdrawal of a criminal prosecution. There is no basis to suggest that this code was breached.

(ii) Chapter 8, item 10(iv), referred to by the Crown provides that the lawyer is not to attempt to influence the decision or actions of the court except by open persuasion as an advocate. There is no evidence to suggest this code was breached.

(iii) Chapter 8, item 10(ix) referred to, which provides that a lawyer is not to dissuade a material witness. Although there is no evidence related to a material witness, this is the criminal act alleged and the Court must determine whether such an act has been proven beyond a reasonable doubt. The *Code of Ethics* adds nothing to the Court's deliberations on this issue.

(iv) The Crown also referred to chapter 15, item 2(i), which deals with the noting of a party in default. It has no application to this case whatsoever.

(v) Chapter 15, item 2(ii) referenced, provides that a lawyer is not to communicate on a matter with a person represented by a lawyer except with the consent of that lawyer. While delivering an offer to an employee in order that it be communicated to a party, in this case a Board of Directors and legal counsel for the Board of Directors, may be a breach of item 2(ii), however, as the Crown concedes, it is not a criminal offence. Nor is it relevant to what this Court must ultimately decide as the alleged criminal act under section 139 of the *Criminal Code*.

In *R. v. Kirkham* [1998] S.J. No. 458, the Court made it clear at paragraphs 21, 23 and 33 of that decision, that professional conduct of an ethical nature was not relevant to the Court's assessment of alleged criminal obstruction. In that case a lawyer was charged with obstruction related to allegations of inappropriate contact with jurors.

23. The Defence maintains that the Crown's submission that Mr. Gillis did this alleged criminal act, "because of his own hate and disregard for rules and patent disregard for the rules of procedure" is unsubstantiated, nonsensical, and has no factual basis. Such a broad character assassination made by the Crown, based on Mr. Gillis delivering an offer to an employee for it to be delivered to the Board of Directors, legal counsel and whoever else may be necessary or desired, is unfair, unwarranted and inappropriate.

> 24. Mr. Gillis testified on direct examination of his regret that the offer was made to Mr. Landry and he recognized, in retrospect, had he made the offer to Mr. Young he would not be in the position he is in today. On cross-examination, Mr. Gillis again expressed his regret that he had not chosen a different means to deliver the offer than through Mr. Landry. Such an act however, is in no way a criminal offence nor does it justify discrediting Mr. Gillis' evidence. The fact of the matter is no complaint was ever made to the Law Society of New Brunswick and no finding has been made by the Law Society that Mr. Gillis breached any *Code of Ethics*.
>
> [Emphasis added.]

[82] The post-trial brief delved, as well, into the circumstances that, in the defence's submission, demonstrated the improbability and implausibility of the appellant having told Mr. Landry "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case":

> It is submitted that the alleged instruction to Mr. Landry is improbable, illogical and could not be effective in any event, for the following reasons.
>
> a) The conversation between Mr. Gillis and Mr. Landry was 3-4 minutes long, according to Mr. Landry, 5 at the most and focused primarily on a cost-benefit analysis for the Marketing Board to settle a civil dispute. If Mr. Gillis is given the benefit of the more favorable evidence from Mr. Landry, a 3-minute conversation, given all that was said, the discussion relating to "criminal - offer no evidence" had to be no more than seconds.
>
> b) <u>The conversation took place in a public hallway in the court house even though private rooms were available</u>.
>
> c) Mr. Landry had met Mr. Gillis only 3 times before, when Mr. Landry had assisted with French-English translation for a client of Mr. Gillis', whom Mr. Landry knew. <u>It is unreasonable to think Mr. Gillis is going to suggest criminal behaviour to a person he barely knew, someone he had met as a translator three times</u>.

d) Mr. Gillis without question, and without any hesitation, gave Mr. Landry the written offer and invited him to discuss it with whomever he needed or wished. Verbatim, the exchange on cross-examination on this point was as follows:

"BEAULIEU: You had received the offer and you reported it to the Board

LANDRY: Yes

BEAULIEU: Because that is your role, correct?

LANDRY: Yes

BEAULIEU: And Mr. Gillis acknowledged that it was OK to bring it to the Board and to discuss it with Mrs. Gould-[McDonald], right?

LANDRY: Yes

BEAULIEU: He invited you to do that?

LANDRY: Yes

BEAULIEU: After he gave you the offer

LANDRY: Yes

BEAULIEU: He said "feel free discuss with who you need to"

LANDRY: Yes

BEAULIEU: Openly

LANDRY: Yes

BEAULIEU: He did not restrict in any way shape or form don't talk about a certain portion of it, did he?

LANDRY: No

BEAULIEU: He said everything

LANDRY: Yes

BEAULIEU: And I will also say he did not even take the time to think about it, he offered you to discuss with them without hesitation, those are your words in this statement, without hesitation Mr. Rod Gillis gave me the piece of paper, ripped it out of his pad and told me to talk to the Board, right?

LANDRY: Yes

e) In point of fact, the Crown already had all the evidence the Crown believed was needed to proceed with the charges against Mr. Branch; as the old saying goes "the horse was long out of the barn", with respect to anything Mr. Landry or anyone else except the Crown could do to stop the charges.

f) The Crown had video statements for all or virtually all the witnesses. The defence was well aware of that as part of the disclosure package and, in fact, some of those video statements were used by the Crown at the Branch preliminary. The Crown would also have had the ability to use all the evidence taken at the preliminary inquiry against un-cooperative witnesses.

g) The Crown has the power of subpoena and can obtain warrants of arrest for witnesses who fail to obey a subpoena.

h) There was no discussion between Mr. Gillis and Mr. Landry whatsoever about any particular witness, or even if Mr. Landry knew who the Crown witnesses were to be. In point of fact, in Mr. Landry's testimony, he acknowledged he did not know who the witnesses for the trial were, he testified "he was not involved".

i) Mr. Landry testified on cross-examination as follows:

"BEAULIEU: Now at the preliminary hearing sir, there were numerous witnesses that were called, correct? Numerous means a lot.

LANDRY: Yes

BEAULIEU: And I would suggest to you sir that the trial anticipated probably 30 or more witnesses potentially?, you knew that?

JUDGE: You are talking about the preliminary?

BEAULIEU: The trial

LANDRY: The trial?

BEAULIEU: The trial, the trial for Mr. Branch

LANDRY: Oh, I don't know

BEAULIEU: But, OK, so your understanding for the prelim could have been as many as 30 witnesses

LANDRY: Yup

BEAULIEU: And for the trial, potentially more, you don't know

LANDRY: No, I wasn't involved"

j) Without any real explanation as to their relevance the Crown presented 30 or so names to Mr. Landry in Mr. Landry's direct examination. The Crown failed to prove what role, if any, 23 of those people had in the prosecution. The Crown just stated their name. Seven of the 30 names were identified by Mr. Landry as witnesses at the preliminary, 2 of those Mr. Landry said he did not know at all, 1, Mr. Steve Martin, Mr. Landry said he had heard of him and met him at the preliminary, 3 had been former employees for whom or when, we do not know. Nor do we know what role they had as witnesses or what knowledge, connection if any, let alone influence, Mr. Landry may have had on them. The last of the seven identified witnesses from the preliminary was an expert witness, an engineer.

k) In cross-examination of Mr. Gillis the Crown referred Mr. Gillis to the same 30 names of which Mr. Gillis recognized 9 as having been witnesses or on a witness list. No effort was made to establish who had testified up to December 10, 2009, the point in time the

> offer to settle was made and no evidence was called as to the significance of any of these individuals.
>
> l) In all of the cases cited as authority by the Crown, there was an attempt to dissuade a single, identified person involved in the prosecution. In this prosecution the Crown has not provided any evidence of who was actually to be dissuaded. Is it being suggested that without specific instructions, Mr. Landry was being counseled to dissuade some 30 people from testifying? This is not sensible. Surely, for this allegation to have any air of reality, let alone be proven beyond a reasonable doubt, the evidence should establish who realistically the witnesses were who were being targeted and over whom, it was known Mr. Landry had influence. Such evidence was not called by the Crown.
>
> m) Mr. Landry was not himself a witness and had only become the manager of the Marketing Board in February, 2007. The Branch charges with respect to the Marketing Board related to periods years earlier, between 1999 and 2005. Mr. Landry was not Mr. Branch's replacement as suggested by the Crown. Mr. Landry testified Mr. Branch was replaced by Mr. Rod O'Connell then by Mr. Yannick Sirois, then Mr. Landry took over. Mr. Landry was well removed in time and person from Mr. Branch and there was no discussion between Mr. Gillis and Mr. Landry about what, if anything, Mr. Landry knew or could influence.
>
> n) The Crown has suggested the Court should just infer Mr. Gillis knew Mr. Landry had influence and intended for him to use such influence to thwart the Crown's case. Mr. Gillis' unchallenged evidence in the statement to Sgt. Lord is that if he was going to try and influence someone it would not be Mr. Landry who Mr. Gillis saw as having no influence. There is no evidentiary base to infer influence as the Crown contends and the onus of proof remains with the Crown.
>
> [Emphasis added.]

[83] The purpose of reproducing those admittedly lengthy excerpts of the defence post-trial brief is simply to showcase the manifold arguments against conviction and their relative seriousness. Nevertheless, given the record at our disposal, a directed verdict of acquittal, while possible, would not be mandatory. Indeed, it is at least arguable

that a properly instructed trier of fact could reasonably render a verdict of guilty on the basis of Mr. Landry's testimony alone. That being so, it cannot be said that the verdict is unreasonable or that it cannot be supported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(*i*). However, as indicated, the record reveals significant errors of fact and law that operated, cumulatively, to deprive the appellant of a fair trial and bring about a miscarriage of justice.

A. *Errors of fact: the misapprehensions of the evidence*

[84] The guilty verdict in Provincial Court rests on two pillars: the first is a finding that the Crown's key witness, Mr. Landry, was both credible and reliable; the second is a finding that the appellant was not credible.

[85] The trial judge's reasons for disbelieving the appellant, which are set out in paragraph 60 hereinabove, bear repeating, if only for the sake of convenience: (1) the appellant's testimony differed from "that of Rogers in some important aspects"; (2) the appellant's own testimony was "contradictory on some major issues" and was at odds with the appellant's prior statement to the police; (3) the appellant's "strong denial that he said to Landry the words attributed to him" was not "credible" because his denial that he made the statement could not be squared with his inability to "remember the exact words he used"; (4) the appellant's "own testimony" demonstrated his attempt "to resolve the criminal and civil matters violated" Rule 2 of Chapter 15, Rule 10(ix) of Chapter 8 and Rule 9(b) of Chapter 4 of the *Code of Professional Conduct* of the New Brunswick Law Society; (5) the appellant "acted in a very questionable manner, in not advising the presiding judge [at the Branch preliminary inquiry] and the Crown prosecutor of his exact involvement with Mr. Siscoe, prior to cross-examining him"; (6) the appellant's contention that the Crown "might agree to present no evidence on all five charges <u>merely</u> because the civil litigation between Branch and the Board had been settled lacks the air of reality" (emphasis added); and (7) the appellant's testimony was "too often […] vague, indefinite, qualified and non-committal". The appellant "did not appear to be forthright and responsive to questions" and was "often argumentative when being questioned by

[Crown counsel]". His testimony "at times, was neither reasonable nor consistent" and "[h]e did not stand up well under cross-examination".

[86] I begin with the misapprehensions underlying the finding of a violation of three Rules under the *Code of Professional Conduct*. Here are the trial judge's observations on point:

> As I mentioned earlier, one of the factors to be considered when assessing the credibility of a witness is that person's integrity. It is obvious from Gillis' own testimony that the manner in which he attempted to resolve the criminal and civil matters violated a number of rules of the *Code of Conduct* of the New Brunswick Law Society. It is also obvious from Gillis' testimony that he was aware of these rules. Some examples of these violations:
>
> > 1- Chapter 15, Rule 2 (Exhibit C-27) provides that when a lawyer knows that another lawyer has been consulted in a matter, the lawyer "shall not communicate on, or attempt to negotiate or to compromise, a matter with a person represented by a lawyer except through or with the consent of that lawyer". By presenting to, and discussing with, Landry the offer of settlement, Gillis was obviously violating this rule.
> >
> > 2-Chapter 8, Rule 10(ix) (Exhibit C-26) prohibits a lawyer, representing a client in a matter, from dissuading "a material witness from giving evidence," or from advising "such a witness to be absent from proceedings". This rule, too, was violated by Gillis.
> >
> > 3-Chapter 4, Rule 9(b) (Exhibit C-25) stipulates that a lawyer "shall not advise, seek or procure the withdrawal of a criminal prosecution to or for the benefit of the client of the lawyer in consideration of the payment of money or transfer of property". Gillis obviously violated this rule with his offer of settlement, which involved a payment of $200,000.
>
> Despite the fact that it was occasionally somewhat unclear exactly which lawyer was representing Branch on the civil

> matters at any given time, on August 17, 2009, solicitor Martin Siscoe ("Siscoe") filed a Notice of Change of Solicitor in the civil action involving the lis pendens, designating solicitor G. Peter Hyslop ("Hyslop") as his replacement. However, prior to this, in late July, 2009, Branch and solicitor Hyslop had visited Gillis and Branch had asked Gillis to represent him on all civil and criminal matter, with Hyslop assisting Gillis with the lis pendens matter. Thus, in December, 2009, both Gillis (through Hyslop) and Siscoe were involved with Branch's civil suits. However, Gillis admitted that at Branch's Preliminary Inquiry, during which he, Gillis, cross-examined solicitor Martin Siscoe, he failed to advise either the presiding judge or the Crown Prosecutor that he and Siscoe were working on these files. In fact, Gillis admitted that he had not even told Siscoe that he was assisting Branch on some files. However, Gillis claims that Siscoe knew this already and mentioned it while testifying.
>
> In my opinion, Gillis acted in a very questionable manner, in not advising the presiding judge and the Crown Prosecutor of his exact involvement with Siscoe, prior to cross-examining him.
>
> Gillis testified, and I accept, that no complaints were filed against him with the New Brunswick Law Society because of any or all of the breaches of the Code of Conduct previously alluded to. And, certainly, these breaches do not constitute criminal conduct. <u>However, Gillis has raised the issue of his own character and integrity, as did his counsel in her closing arguments, by describing Gillis as a highly sought after lawyer who was not likely to commit the offence charged</u>. And, 3 of these breaches are intractably involved with the actions of Gillis which give rise to this charge. <u>Thus, the court can certainly consider these breaches in assessing his general integrity and credibility. These breaches are not denied by Gillis</u>. [paras. 73-76]
>
> [Emphasis added.]

[87] In my view, the trial judge misapprehended the record in concluding the appellant and his counsel raised the issue of his own character and integrity. The appellant, in his testimony, and defence counsel, in her closing argument, simply put forward the following proposition: the statement "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case" reflects such a basic misunderstanding of

the criminal process that the court could, and should, find it unlikely, nay implausible, that a lawyer, particularly one with the appellant's litigation experience, would make it. The proposition had nothing to do with the appellant's character and integrity, and everything to do with his knowledge of the legal process and professional experience. In that regard, it is surely with a view to avoiding any debate over the issue that the appellant filed a c.v. stripped of any reference to matters (e.g. community involvement and charitable works) that might be relied upon to argue he had put his character and integrity in issue.

[88] In any event, the trial judge clearly misapprehended the appellant's testimony when he stated "[i]t is obvious from Gillis' own testimony that the manner in which he attempted to resolve the criminal and civil matters violated a number of rules of the *Code of* [*Professional*] *Conduct*" (emphasis added). While it is true the appellant's testimony revealed conduct the Law Society might find violated Rule 2 of Chapter 15 (presenting to and discussing with Mr. Landry the offer of settlement in C-1, while the Board was represented by Mr. Young), his testimony did not acknowledge, let alone make "obvious" he violated Rule 10(ix) in Chapter 8 and Rule 9(b) in Chapter 4. The appellant's plea of not guilty and his testimony constitute a clear and unequivocal denial of any violation of those Rules. In addition, the trial judge's statement that "these breaches are not denied by Gillis" is unreasonable having regard to his plea of not guilty, his testimony and Crown counsel's instruction that he not comment on the applicability of the Rules put to him during his cross-examination. As will be seen, the finding that the appellant engaged in ethical misconduct is also tethered to errors of law.

[89] The respondent counters with the submission that those errors of fact and law are inconsequential because of this assertion by the trial judge: "even were I not to take into consideration these ethical breaches in assessing Gillis' credibility, I would still arrive at the same conclusion, regarding his credibility". With respect, I cannot imagine how the trial judge could approach the question of credibility with an open mind once he determined the appellant had engaged in multifarious professional misconduct. In the judge's view, that misconduct involved at least four instances of unethical behavior, three

of which were "intractably involved with the actions of Gillis which give rise to this charge", and all of which demonstrated he was a person without integrity and who, for that reason, should be disbelieved. In this regard, I make mine the observations on point in the Appellant's Submission:

> It is no answer to the errors in dealing with the appellant's purported ethical breaches that the trial judge said (at page 21) that he would still arrive at the same conclusion regarding credibility if he were not to take these breaches into consideration. First, this is not the typical situation in which a trial judge correctly apprehends admissible evidence and arguably inadmissible evidence, but reflects, in considering the latter, that it was not necessary to his/her decision. Here, the trial judge has misapprehended the appellant's evidence. By definition, he cannot say that he would have arrived at the same conclusion had he correctly apprehended what the appellant had to say. Second, as the trial judge himself reflected in his description of the Crown's position, the ethical breaches were the most prominent feature of the Crown's submissions; they purportedly explained why the appellant committed the offence. An error in evaluating these submissions must, with respect, constitute reversible error. [para. 56]
>
> [Emphasis added.]

[90] At any rate, reversible error taints several of the constituent elements of the trial judge's fallback rationale for disbelieving the appellant's testimony.

(1) The appellant's testimony differed from "that of Rogers in some important aspects"

[91] With respect, once the trial judge found Mr. Rogers' testimony was not credible on any material issue, the fact of differences between his testimony and that of the appellant on any such issue could not, logically, tilt the balance against the defence. In other words, the trial judge could not, in one breath, find Mr. Rogers' testimony was not credible on material topics and, in the next breath, find the appellant's testimony on

the very same points should be disbelieved because it differed from Mr. Rogers' rejected testimony.

(2) The appellant's own testimony was "contradictory on some major issues" and was at odds with the appellant's prior statement to the police

[92] The trial judge may well be right in stating the appellant's testimony was occasionally contradictory. There may be, as well, a contradiction between his statement to the police and his testimony. Those contradictions or inconsistencies may be real, or they may simply be, to borrow Mr. Landry's phrase, a reflection of a "bad choice of words".

[93] In any case, the trial judge placed particular reliance on what he perceived was a significant contradiction between the appellant's testimony and his pre-trial statement to Sergeant Lord. In my view, that "contradiction" is far from palpable. It certainly escaped the notice of both Crown and defence counsel. I will return to this issue in connection with the trial judge's errors of law.

(3) The appellant's "strong denial that he said to Landry the words attributed to him" was not "credible" because his denial that he made the statement could not be squared with his inability to "remember the exact words he used"

[94] The trial judge's complete observations on point are as follows:

> Another aspect of Gillis' testimony which is not credible is his strong denial that he said to Landry the words attributed to him, with respect to making sure that the Board employees did not testify. In one breath, Gillis denies making this statement. Yet in another, he testified that this happened three years ago and he does not remember the exact words he used.
>
> "Q. What did you say to Mr. Landry on that day?

> A. I had prepared if you want my speaking notes, if you call this document C-1 speaking notes, it wasn't that. I don't remember my exact words to Mr. Landry it was three years ago."(underlining mine).
>
> I would also point out that if, in fact, Gillis knew nothing of the police investigation of this matter until first being interviewed by Sgt. Lord, then he would have had no reason to attempt to recollect exactly what he had said to Landry, almost two years before. [paras. 71-72]

With respect, there is absolutely nothing in those observations that could rationally support a finding of lack of credibility on the appellant's part.

[95] Rather, if anything, the appellant's inability to recall the exact words he used to explain C-1 should weigh in the balance as an indicator of truthfulness. After all, and as the trial judge acknowledged, before being summoned to the Saint John police station on September 9, 2011, the appellant would have had no reason to recollect exactly what he said to Mr. Landry on December 10, 2009. Indeed, had he claimed at trial to recollect *verbatim* what he said, nearly four years before, one might be forgiven for doubting the appellant's credibility. Moreover, one would expect the appellant to forcefully assert, as he did, that although he didn't remember his exact words, he definitely did not say to Mr. Landry "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case". In my respectful judgment, there is no conflict between those two assertions by the appellant.

[96] At the hearing, I put forward, for debate, the following hypothesis: the trial judge may have misstated his finding in the excerpt reproduced immediately above, his intention being perhaps to refer to the lack of reliability of the appellant's account, not his credibility. Upon reflection, that hypothesis cannot be squared with the trial judge's assertion that credibility and reliability are distinct concepts, and that it was important for him to distinguish between the credibility of a witness and the reliability of his or her evidence. Indeed, the judge cited with evident approval the approach to the assessment of credibility proposed in *R. v. Williams*, [2012] O.J. No. 4666 (QL):

> When assessing credibility of a witness and the reliability of their testimony, the court must approach the testimony of each witness with scrutiny. A witness' testimony must be examined critically and analyzed rationally. I must consider whether the evidence is reasonable in and of itself and whether it is reasonable having regard to the admitted facts or other credible evidence. Inconsistencies and weaknesses of material issues are capable of undermining the reliability of the witness' evidence and his or her credibility. Contradictions in the evidence are important issues and may also be considered in deciding the weight to be given to the evidence.
>
> I can accept some, all or none of the witness' testimony in arriving at my conclusions. It is important for me to distinguish between credibility of a witness and the reliability of their evidence. The court needs to scrutinize each witness' testimony to decide if he or she is trying to be truthful in giving evidence.
>
> It is also important to assess the reliability of each witness' evidence. A witness may be credible but for any number of reasons the factual accuracy of what the witness says is questionable and cannot be relied upon. Therefore, concluding evidence is credible in accepting a witness' account in deciding the material facts in this case I must find the witness is trying to be truthful and his or her account is reliable. [paras. 200-202]
>
> [Emphasis added.]

(4) The appellant's contention that the Crown "might agree to present no evidence on all five charges merely because the civil litigation between Branch and the Board had been settled lacks the air of reality"

[97] In his reasons for decision, the trial judge relies upon the following understanding of the appellant's evidence to disbelieve his denial that he said "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case":

> Gillis' contention that the Crown might agree to present no evidence on all 5 charges merely because the civil litigation between Branch and the Board had been settled lacks the air of reality. It is inconceivable to me that the Crown

> would back off on all 5 serious criminal charges involving a high-profile New Brunswicker, a former member of the New Brunswick legislature, simply because the parties had come to a resolution of the civil matters, a settlement which would involve a $200,000 payment to the Gillis firm, apparently to assist with Branch's legal fees? Why would the Crown have any interest whatsoever in whether or not the civil actions between the parties had been settled? [para. 78]
>
> [Emphasis added.]

[98] In my view, these observations unjustifiably trivialize the likely impact of the settlement of the wrongful dismissal action on the Crown's determination to proceed with the criminal charges. After all, and as noted, those charges were grounded, to a significant extent, on the allegations of wrongdoing underlying the Board's defence in the civil action. If the Board folded and paid $200,000 in settlement of that action, Crown counsel might well foresee difficulties in persuading a jury of Mr. Branch's guilt. That said, what is significant for our present purposes is that the statements in question reflect a significant misapprehension of the appellant's evidence.

[99] The appellant did not testify he thought "the Crown might agree to present no evidence on all 5 charges merely because the civil litigation between Branch and the Board had been settled" (emphasis added). Nor did he testify he believed "the Crown would back off on all 5 serious criminal charges involving a high profile New Brunswicker, a former member of the New Brunswick Legislature, simply because the parties had come to a resolution of the civil matters" (emphasis added). Rather, the appellant testified he and his client hoped the Crown would agree to "offer no evidence" because other materially important circumstances would be in play, in addition to the settlement of the civil actions.

[100] First, the defence believed the Crown realized its case rested on a weak foundation. It was thought this was manifested by the offer to withdraw four of the charges in exchange for a guilty plea on one. Moreover, the defence was satisfied there was a reasonable chance staff at the Legislative Assembly would not provide testimony

supportive of the allegation of breach of trust and fraud against the Province. As well, and as mentioned, one of the Crown witnesses had attended the preliminary inquiry while seemingly under the influence of alcohol, hardly a harbinger of future cooperation and reliability.

[101] Second, the defence was in possession of cancelled cheques, signed by Mr. Branch, which arguably established payments to the Board that exceeded the amount the Crown claimed Mr. Branch had spent on the Board's credit.

[102] The use of the words "merely" and "simply" shows the trial judge misapprehended the appellant's testimony in a very significant way.

(5) The appellant's testimony was "too often […] vague, indefinite, qualified and non-committal". The appellant "did not appear to be forthright and responsive to questions" and was "often argumentative when being questioned by [Crown counsel]". His testimony "at times, was neither reasonable nor consistent […] and he did not stand up well under cross-examination"

[103] The appellant describes those characterizations of his testimony as perverse. I disagree for the simple reason that nothing in the record suggests the trial judge was animated by improper considerations. That said, I am satisfied those characterizations are unreasonable.

[104] Like my colleagues, I have come to that view after reading very closely the transcript of the evidence at trial and listening attentively to the appellant's direct examination and cross-examination. Significantly, all of the negative characterizations of the appellant's testimony are anchored to its substance and none are traceable to a trial judge's well-recognized advantage in visually assessing the demeanor of witnesses. With respect, none of those characterizations are supported by anything in the record, whether written or audio.

[105] Moreover, the trial judge's evidential misapprehensions extend beyond the appellant's testimony. Indeed, he misapprehended C-1 in finding it confirmed "much of Mr. Landry's testimony". C-1 did not confirm Mr. Landry's testimony any more than it confirmed the appellant's. It certainly did not corroborate Mr. Landry's testimony that the appellant told him "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case". Viewed in the light most favourable to the Crown's case, C-1 was neutral with respect to whether or not the appellant made this critical statement. I conclude the discussion of this topic with a concern over what is omitted from the trial judge's reasons for decision.

[106] It is settled law that reasons for decision need not deal with every defence argument advanced at trial. However, those reasons rightly become a source of heightened concern when they fail to address issues that are central to testimonial reliability in a case such as the present one. I am indeed troubled by the trial judge's failure to address a number of issues that bear upon the reliability of Mr. Landry's unconfirmed assertion that the appellant made the statement upon which his conviction rests. Those issues, which, admittedly, must be appreciated in the full context of the points made in both post-trial briefs, include the fact that Ms. Gould-McDonald, although close enough that she heard parts of the December 10, 2009 conversation between Mr. Landry and the appellant, did not hear the latter make the incriminating statement. They also include the matters identified in the following excerpt from the Appellant's Submission:

> (a) Landry misunderstood the accepted legal practice of paying a dismissed employee's legal fees in wrongful dismissal claims. He erroneously interpreted this as "misrepresenting the books." What could be more important to the assessment of Landry's reliability than consideration of how his interpretation of the offer may have been coloured by his belief that the appellant was making a fraudulent suggestion as to how the transaction should be documented?
>
> (b) Landry was unaware that it is perfectly proper for the Crown to be asked to offer no evidence. This, too, was

of great importance to the assessment of Landry's reliability since, again, it permitted an inference that he assumed the worse from his misunderstanding of this language.

(c) Both the appellant and Landry expected the offer to be presented to the Board and Young, and the appellant willingly provided Exhibit C-1 to Landry and encouraged him to share it with the others. While the trial judge did refer to some of this evidence (and in one instance, misstated it), he never addressed how one could reconcile it with an attempt to circumvent Young or attempt to obstruct justice.

(d) The appellant never discussed specific witnesses with Landry. As well, the undisputed evidence was that, to the appellant's knowledge, the prosecution had videotaped statements from its witnesses and was in a position to compel them to testify and rely on their videotaped statements if recalcitrant. The trial judge never addressed this important evidence and how one could reconcile Landry's evidence and the position of the Crown with it.

B. *Errors of Law*

[107] In the Appellant's Submission and a mid-hearing brief filed at the Court's request, as well as during the debate on appeal, the appellant argued many of the factors which prompted the trial judge to disbelieve his testimony were never put to him on cross-examination and that, as a result, he was deprived of a fair opportunity to make full answer and defence. The factors in question are: (1) the contradictory evidence provided by the appellant and Mr. Rogers; (2) the perceived inconsistency between the appellant's testimony and his pre-trial statement to Sergeant Lord; (3) the perceived contradiction between, on the one hand, the "impression" fostered by the appellant's testimony that there was no rush for the Board to respond to C-1 and, on the other, Mr. Landry's testimony to the contrary; (4) the contradiction between Mr. Landry's claim that the appellant told him "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case" and the appellant's denial; (5) the finding of a violation of two of the three Rules of the *Code of Professional Conduct* that, in the trial judge's opinion,

demonstrated lack of integrity and credibility on the part of the appellant; and (6) the theory that weaknesses in the Crown's case against Mr. Branch helped explain why the appellant would have counselled Mr. Landry to dissuade witnesses from testifying at trial.

[108] In *Browne v. Dunn*, Lord Herschell articulated the following explanation for the context-dependent requirement that a cross-examiner confront the witness with any extrinsic evidence to be used to impeach his or her credibility:

> 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. [pp. 70-71]

[109] In *R. v. Christensen*, 2001 BCSC 1196, [2001] B.C.J. No. 1697 (QL), a conviction was set aside where the defence-establishing testimony of the accused was rejected even though it was not challenged on cross-examination. In allowing the appeal,

Justice Oppal quoted with approval Stewart J.'s observations in *R v. Tyrell*, February 20, 1991, CC 90194 Vancouver Registry (B.C.S.C.):

> ... It is common ground between counsel that at no point during the cross-examination of the accused was a pointed question put to him to the effect that even looking upon the times he had given as mere estimates, there was a 'missing' (as I put it) hour and just what did he have to say about that? The Crown never cross-examined the accused in such a way as to give him an opportunity to wrestle with the problem and, perhaps, overcome it. The Crown just did not do it.
>
> Putting the circumstances of this particular case and the proceedings in this particular trial, together with the Supreme Court of Canada's observations in *Palmer v. The Queen* set out above, the test to be applied by me as the appellate court as set out in *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, (supra), and *Regina v. Chin* (supra), I am satisfied that in convicting this accused the trial court judge either lost sight of the fact that there had been no pointed cross-examination of the "missing hour", or was aware of the absence of pointed cross-examination on that point but failed to take into account the significance of the fact that there was no specific pointed cross-examination on that problem. And in the "circumstances of (this particular) case (*Palmer v. The Queen (supra)* page 210, line 23), absent pointed cross-examination which gave the accused a chance to wrestle with the problem, it would be wrong to ground a decision to reject the accused's evidence on the question of the "missing hour".... [paras. 21-22]
>
> [Emphasis added.]

See, as well, Justice MacAdam's thorough discussion of the rule and its limits in *Browne v. Dunn* in *R. v. Bennett*, 2002 NSSC 271, [2002] N.S.J. No. 549 (QL), and the discussion regarding curative measures in *R. v. Melnick*, 2005 ABPC 220, [2005] A.J. No. 1036 (QL) (Allen, Prov. Ct. Judge). Given the right circumstances, those measures might include affording the discharged witness an opportunity to return and speak to the problem from the witness stand (see *R. v. McNeill*, [2000] O.J. No. 1357 (C.A.) (QL), at paras. 47-50, per Moldaver J.A., as he then was).

[110] Applying the principles developed in the jurisprudence, I am not persuaded the trial judge erred in law in taking into account each and every factor of influence in assessing the appellant's credibility that was not put to him during cross-examination. Some of those factors would have been fairly evident to the appellant and his counsel. However, the same cannot be said for the perceived issue-specific contradiction between the appellant's answers to the trial judge's questions and the statement he gave to the police. That "contradiction" was not obvious to anyone. Not only did Crown counsel fail to raise it on cross-examination, he did not address it by way of questions arising from the judge's examination of the appellant. Nor did he mention it in his post-trial brief (see para. 3 at p. 3 of the December 5, 2012 post-trial brief) or in his oral submission (see transcript of proceedings of November 13, 2012, at p. 78). Likewise, defence counsel did not make any reference to this issue in their detailed post-trial brief and oral submission. Finally, at no time did the trial judge alert the defence to any concern he harbored regarding a possible inconsistency between the appellant's answers to his questions and the pre-trial statement to the police, let alone provide the appellant with an opportunity to return to the witness stand for the purpose of addressing any such concern.

[111] The rule in *Browne v. Dunn* is "designed to accord fairness to witnesses and the parties". The rule is not absolute and "the extent and manner of its application will be determined by the trial judge in all the circumstances of the case": John Sopinka, Sidney N. Ledermen, & Alan Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2d ed. (Toronto: Butterworths & Company (Canada) Limited, 1999) at para. 16.148. In the case at bar, the trial judge did not direct his mind to the possible unfairness of disbelieving the appellant on the basis of a contradiction that he was not given a chance to explain while testifying. I have no doubt that, had he directed his mind to this issue, the trial judge would have given the appellant an opportunity to return to the witness stand to deal with the perceived contradiction, or would have simply disregarded it. In my judgment, absent a fair opportunity to address the problem in a meaningful way, the fairness-driven rule in *Browne v. Dunn* operated to render inappropriate a consideration of the "contradiction"

and, in the result, the trial judge erred in law in allowing it to influence his assessment of the appellant's credibility. I now turn to the trial judge's second important error of law.

[112] As noted, Mr. Siscoe was still solicitor of record in the wrongful dismissal and defamation action when he was called as a Crown witness at the Branch preliminary inquiry in December 2009. The appellant conceded at trial he cross-examined Mr. Siscoe without advising beforehand the presiding judge and the crown prosecutor he had been consulted and retained by Mr. Branch to represent him in that action. It was Crown counsel's contention that this omission constituted unethical behavior of the gravest sort. The trial judge agreed with that hypothesis and found the appellant's "questionable" conduct at the Branch preliminary inquiry showed a lack of integrity, which weighed in the balance against his credibility. In my view, this finding constitutes a material error of law for the following reasons.

[113] First, the appellant was ethically bound by the Confidentiality Rule (Chapter 5 of the *Code of Professional Conduct*) not to disclose he had been consulted and retained by Mr. Branch to represent him in the wrongful dismissal and defamation action. The third commentary in Chapter 5 makes plain that the fact of consultation by a client is subject to the duty of confidentiality. It states: "Subject to the exceptions set out in the Rule in this chapter, the lawyer shall not disclose that the lawyer has been consulted by a person". The second commentary under Chapter 5 posits that the ethical rule articulated therein "is broader than the evidential rule of lawyer-client privilege respecting oral and written communications passing between the lawyer and the client". The commentary goes on to point out that the Confidentiality Rule applies "without regard to the source or the nature of the information or to the fact that others may share the knowledge". Thus, the fact of the appellant's consultation and retainer in connection with the wrongful dismissal and defamation action remained confidential <u>from his perspective</u>, even though Mr. Siscoe and others may have been privy to that information. In short, it would have been improper for the appellant to personally disclose that information to the Branch preliminary inquiry judge or the Crown prosecutor.

[114] Second, none of the exceptions referenced in the third commentary under Chapter 5 is in play, and no un-codified ethical principle required the appellant, as counsel for the defence, to disclose the information in question to the Branch preliminary inquiry judge, let alone the prosecutor. No case law imposing such an obligation was cited by the trial judge and the respondent was unable to identify any supporting jurisprudence when challenged at the hearing. That brings me to the trial judge's third material error of law.

[115] The trial judge found the appellant violated Rule 9(b) of Chapter 4 "with his offer of settlement, which involved a payment of $200,000". Rule 9(b) prohibits any attempt at securing the withdrawal of a criminal charge by the payment of money or the provision of other valuable consideration. The evidence is unambiguous: the appellant did not offer the sum of $200,000 to secure the withdrawal of the charges against Mr. Branch. Rather, what C-1 makes plain is that the Board was called upon to pay that sum to Mr. Branch. The trial judge erred in law in finding the appellant violated Rule 9(b). I now address the fourth and final material error of law.

[116] In my respectful opinion, the trial judge committed reversible error in allowing his finding of a violation of Rule 10(ix) to weigh in the balance against the appellant's credibility on the key question, which, I repeat, was whether the appellant told Mr. Landry "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case". Rule 10(ix) provides that a lawyer who represents a client in a matter must refrain from dissuading "a material witness from giving evidence" or from advising "such a witness to be absent from proceedings". It is beyond dispute that the trial judge could not find the appellant violated Rule 10(ix) without disbelieving his denial that he made the quoted statement. That being so, the trial judge's chain of reasoning cannot withstand scrutiny: the proposition (the appellant violated Rule 10(ix)) cannot be used to establish the conclusion (the appellant's denial lacked credibility) because the former results from the latter. In other words, if B is the result of A, A cannot be the result of B. That brings me to a more general concern about the appropriateness of resorting to specific instances of ethical misconduct as a basis for concluding the appellant lacked integrity, a factor that weighed heavily in the trial judge's unfavorable assessment of his credibility.

C. *Food for thought over the use of the* Code of Professional Conduct *to impugn a lawyer's testimonial credibility*

[117] The trial judge states in his reasons for decision that "one of the factors to be considered when assessing the credibility of a witness is that person's integrity". That is not precisely what the jurisprudence teaches us. What is relevant in assessing the credibility of a witness is that person's "general integrity" (see *R. v. White*, [1947] S.C.R. 268), which is arguably different from what specific violations of the *Code of Professional Conduct* might tell us about an accused lawyer's character and integrity. As noted, I am of the view the trial judge erred in concluding the appellant put his character and integrity in issue. After all, the appellant's assertion was simply that he did not make the statement attributed to him by Mr. Landry, and that he had never made any such statement in his 40-year career as a litigation lawyer. Those were statements of fact and it is difficult to see how they could operate to put the appellant's character and integrity in issue. But there are more general problems with the reasoning process adopted in first instance, all of which cause me to question its wisdom.

[118] While my concern is with the use of ethical misconduct to establish the accused lawyer's lack of integrity, which can then be relied upon to conclude his or her testimony lacks credibility, some observations are warranted regarding cross-examination in relation to any such misconduct. An accused person may be cross-examined on prior convictions, but not regarding previous criminal acts for which no conviction has been entered unless the acts in question "are connected with the offence charged and tend to prove it […] or unless they show a system or a particular intention" (see *R v. Koufis*, [1941] S.C.R. 481). The appellant has not been found guilty of professional misconduct by the Law Society for any of the instances of misconduct relied upon by the trial judge to conclude he was a person without integrity. Should there be a consistent approach as between prior criminal convictions and prior formal findings of professional misconduct? I fail to see why that question should not be answered in the affirmative. Perhaps a process akin to the one adopted in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, [1988] S.C.J. No.

40 (QL), might be applied in cases where there has been a formal finding of professional misconduct by the Law Society. But, my concern is even more fundamental.

[119] The *Code of Professional Conduct* adopted by the Law Society requires the utmost integrity from its members in a wide array of activities. Virtually all criminal charges against lawyers involve conduct disharmonious with their integrity-related obligations as members of the Law Society. Thus, if the approach adopted in first instance were to prevail, every lawyer who takes the stand in his or her defence would be cross-examinable regarding this or that Rule of the *Code of Professional Conduct*, and the trier of fact would have to accept that any breach of the *Code* showed a lack of integrity, which, in turn, would weigh against finding the lawyer to be credible. In any case like the present one that pits the accused lawyer's testimony against that of a single witness, the scales of justice would not reflect the presumption of innocence for very long. The analysis might begin with lip service paid to that sacred tenet of criminal law, but, almost instantaneously, the trier of fact would be faced with a situation where, unlike the lay accuser, the accused lawyer stood before the court as a person lacking integrity and whose testimony, as a result, might not be worthy of belief. In plain-speak, there seems to be something radically wrong with that picture. The problem is magnified on the facts of the present case.

[120] It is trite law that an accused person is required to answer no more than the charge set out in the Information or the Indictment and that the "evidence must be limited to matters relating to the transaction which forms the subject of [the charging document]": *Maxwell v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309. As the Supreme Court of Canada explained in *R. v. Koufis*, a failure to follow those elementary principles may cause <u>a loss of focus on the real issue</u>, and generate "an atmosphere of guilt […] which would indeed prejudice the accused". The appellant stood trial on a charge with the following essential component: attempting to dissuade a person from giving evidence in a judicial proceeding. Recall, once more, that the Crown's case on that issue rested entirely on Mr. Landry's recollection that the appellant told him "They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case". The trial

judge found the appellant violated Rule 10(ix) of Chapter 8, which prohibits a lawyer, representing a client in a matter, from dissuading a material witness from giving evidence and from advising such a witness to be absent from proceedings. Once the trial judge made the finding of a violation of Rule 10(ix), which demonstrated, in his mind, a lack of integrity and credibility on the appellant's part, what room was there for his apparent consideration of the second and third steps in *R. v. W.(D.)*? Those two steps are:

> Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.
>
> Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused. [para. 28]

[121] A focused and informed debate on all of these points would, no doubt, be beneficial.

## V. Conclusion and Disposition

[122] The sustainability of the appellant lawyer's conviction for "obstruction of justice" turns on two closely related findings: (1) the testimony of the Crown's key witness attributing to the appellant an incriminating statement ("They're your witnesses, make sure they don't testify and the Crown won't have a case") was both credible and reliable; and (2) the appellant's denial under oath that he ever made the statement in question was not credible. The reasons for conviction feature important misapprehensions of the evidence, particularly the appellant's testimony with respect to essential components of the trial judge's stated rationale for disbelieving him. As well, material errors of law played a key role in the analysis that led to the trial judge's credibility and reliability findings. In my view, the trial judge's errors of fact and law combined to deprive the appellant of a fair trial, and have resulted in a miscarriage of justice.

[123] For the reasons summarized hereinabove and fleshed out in the preceding text, I would grant leave, where required under s. 675(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code*, allow the appeal and quash the conviction. I would, however, reject the appellant's request for an acquittal, and simply order a new trial before another judge, leaving the decision to re-try or not where it belongs, namely with the Crown. Of course, the judge on any re-trial must totally disregard the findings made in the court below. The interests of justice command no less.

[124] I close the curtains on the proceedings at this level with a statement of the obvious: the disposition I propose makes it unnecessary to deal with the merits of the application for leave to appeal sentence.

Version française de la décision de la Cour rendue par

DRAPEAU, J.C.N.-B.

## I. Introduction

[1] L'appelant, un des avocats plaidants les plus en vue de la province, a été déclaré coupable de l'acte criminel consistant à avoir tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire en [TRADUCTION] « essayant, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de dissuader une personne de témoigner ». La validité de cette déclaration de culpabilité dépend, d'un point de vue factuel tout au moins, des conclusions suivantes qui sont étroitement liées : (1) le témoignage du principal témoin à charge attribuant à l'appelant une déclaration incriminante était à la fois crédible et fiable; et (2) la dénégation sous serment de l'appelant selon laquelle il n'a jamais fait la déclaration en question n'était pas crédible.

[2] Tout en reconnaissant d'emblée que l'examen de ces conclusions afin de déterminer s'il y a eu erreur factuelle nécessite l'application d'une norme de contrôle empreinte de déférence, et que ces conclusions ne sauraient être modifiées en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, l'appelant prétend que le dossier révèle plusieurs erreurs de cette nature. À cet égard, l'appelant met en lumière certaines caractéristiques des motifs de décision détaillés rendus en première instance qui, prétend-il, montrent qu'il y a eu interprétation erronée de la preuve, notamment de son propre témoignage, pour ce qui concerne certains éléments fondamentaux des raisons pour lesquelles le juge du procès a dit ne pas le croire. Si le verdict n'est pas un verdict [TRADUCTION] « juste » (voir l'arrêt *R. c. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL), au par. 93), il ne saurait être maintenu. L'appelant invoque les mots mêmes que le juge du procès a employés afin de convaincre la Cour d'appel d'intervenir pour ce motif.

[3] De plus, l'appelant fait valoir que les conclusions du juge du procès concernant la crédibilité et la fiabilité sont le produit d'erreurs de droit substantielles. Ces erreurs consisteraient notamment dans le fait que le juge du procès s'est appuyé sur des imputations, inadmissibles en droit, de mauvaise conduite professionnelle pour conclure que l'appelant manquait d'intégrité, facteur qui a eu une influence considérable sur l'évaluation négative de sa crédibilité par le juge du procès. Le juge du procès aurait également commis une erreur en prenant en compte, pour les fins de cette évaluation, ce qu'il estimait être une contradiction entre le témoignage de l'appelant et la déclaration qu'il avait faite à la police avant le procès. Il s'agirait d'une erreur parce que cette dite « contradiction » n'a pas été soulevée auprès de l'appelant en contre-interrogatoire. Cette doléance fait intervenir le célèbre arrêt *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (Ch. des lords).

[4] Je conclus, en toute déférence, que le juge du procès a commis des erreurs de fait et de droit qui nous obligent à infirmer sa décision. D'ailleurs, je suis porté à penser que plusieurs de ces erreurs suffiraient à elles seules à justifier l'intervention en appel. Je préfère, toutefois, trancher l'appel en fonction du fait que ces erreurs ont eu pour effet cumulatif de priver l'appelant d'un procès équitable et ont donné lieu à une erreur judiciaire. Il s'ensuit que je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'appel, dans la mesure nécessaire, d'accueillir l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité, sans prononcer un verdict d'acquittement. Je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et de laisser la décision de procéder ou non à la réinstruction de l'affaire à celui à qui cette décision appartient, savoir le ministère public. Quoi qu'il en soit, étant donné le dispositif que je propose, il est inutile d'examiner le fond de la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine.

## II. Le contexte

### A. *Les principaux acteurs de la saga*

[5] L'appelant, Rodney Gillis, est membre du Barreau du Nouveau-Brunswick depuis 1971 et il est conseiller de la reine depuis plus de deux décennies. Pendant toute la

période pertinente, il était associé au sein du cabinet d'avocats Gilbert McGloan Gillis. L'appelant acceptait des mandats diversifiés et il agissait parfois comme avocat de la défense au criminel, mais il était spécialisé dans le contentieux civil (principalement dans les poursuites pour préjudice corporel et pour faute professionnelle médicale). David Nathan Rogers était lui aussi associé au sein du cabinet Gilbert McGloan Gillis. Il avait davantage d'expérience dans l'exercice du droit criminel.

[6] L'**Office de commercialisation des produits forestiers du Nord**, comme les six autres offices du genre qui existent ailleurs dans la province, représente des propriétaires de lots boisés privés. L'Office a pour principal objectif de donner à ses membres un plus grand pouvoir de négociation afin qu'ils obtiennent le meilleur prix pour leur produit. Le personnel de l'Office comprend un directeur général.

[7] La **Commission des produits forestiers du Nouveau-Brunswick** est une entité distincte. Elle a la charge de chapeauter les sept offices de commercialisation des produits forestiers de la province. En vertu de la *Loi sur les produits naturels*, L.N.-B. 1999, ch. N-1.2, la Commission est autorisée à exercer les pouvoirs d'un office, afin de mener une enquête indépendante sur ses affaires, en cas d'allégation d'inconduite grave de la part des fonctionnaires.

[8] **Frank Branch** est ancien député et président de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick. Il a été nommé directeur général de l'Office à la fin d'octobre 1995. M. Branch a prétendu avoir subséquemment négocié un contrat de travail de dix ans qui est entré en vigueur le 1er avril 2001. Le 13 octobre 2005, la Commission a suspendu M. Branch, avec traitement, et le 8 mars 2006, l'Office a mis fin à son emploi pour motif valable. M. Branch a subséquemment été accusé, en vertu du *Code criminel*, de cinq infractions ayant un rapport avec le motif de congédiement. M. Branch a prétendu : qu'il n'avait rien fait de mal, que ce soit sur le plan civil ou criminel; que la conduite invoquée comme motif de congédiement et à l'appui des accusations criminelles était autorisée et acceptable; que son congédiement était illicite et que sa réputation avait été, de façon injuste et injustifiable, ternie par la Commission et l'Office; et qu'il avait

droit à des dommages-intérêts considérables pour rupture de son contrat de travail et diffamation.

[9] **Alain Jean-Paul Landry** est entré en fonction à l'Office après le congédiement de M. Branch. Il en est devenu le directeur général le 28 février 2007. Ce qui est plus important encore, il occupait cet emploi le 10 décembre 2009 et la preuve à l'appui de la déclaration de culpabilité repose sur la crédibilité et la fiabilité de la version qu'il a donnée, dans le cadre de la preuve testimoniale, d'une courte conversation qu'il a eue avec l'appelant, le jour en question, dans le corridor public situé à l'extérieur de la salle d'audience où se tenait l'enquête préliminaire relative aux accusations portées contre M. Branch. M. Landry n'est ni avocat ni comptable.

[10] **Linda Gould-McDonald** était directrice administrative de la Commission pendant la période pertinente. En octobre 2005, la Commission a reçu une plainte d'inconduite professionnelle de la part de M. Branch. La Commission a répondu en prenant le contrôle des activités de l'Office. Elle a instauré M^me^ Gould-McDonald à sa direction, en lui donnant comme directive d'aller au fond de la plainte. Au début de 2006, les résultats de l'enquête qu'elle a codirigée ont été remis au Service de police de la Ville de Bathurst. L'affaire a, ensuite, été transmise à la Force policière de Fredericton afin qu'elle l'examine et prenne les mesures nécessaires. Le sergent Mark Lord de la Force policière de Fredericton a pris la déclaration de l'appelant en septembre 2011. Bien que disculpatoire à première vue, la déclaration est devenue une pièce à conviction au procès et a joué un rôle important dans le raisonnement que le juge a suivi pour en arriver à conclure qu'il ne croyait pas le témoignage de l'appelant sur la question-clé à trancher au procès.

B. *Le prélude à l'événement du 10 décembre 2009 qui a donné lieu à l'accusation [TRADUCTION] d'« entrave à la justice »*

[11] En juillet 2009, M. Branch s'est présenté, en compagnie de l'avocat Peter Hyslop, au cabinet d'avocats de l'appelant à Saint John et il a retenu ses services pour tous les litiges dans lesquels il était engagé : deux poursuites civiles intéressant

l'Office et les cinq accusations criminelles susmentionnées. Une fois que ces accusations ont été déposées, toutes les parties ont convenu de mettre les poursuites civiles en attente. C'était là la situation qui existait, en décembre 2009, au moment de l'enquête préliminaire sur les cinq accusations portées contre M. Branch.

(1) L'action que M. Branch a engagée contre la Commission et l'Office pour congédiement injustifié et diffamation

[12] La première des poursuites civiles était une action pour congédiement injustifié et diffamation que M. Branch a engagée contre l'Office et la Commission en juillet 2006. Martin Siscoe, un avocat de Bathurst, a été le premier avocat commis au dossier pour le compte de M. Branch dans cette poursuite.

[13] Dans un exposé de la demande modifié, déposé le 5 octobre 2006, M. Branch a sollicité des dommages-intérêts pour rupture du contrat de travail de dix ans susmentionné ou, subsidiairement, des dommages-intérêts pour congédiement injustifié sans préavis suffisant et, dans tous les cas, des dommages-intérêts pour diffamation. M. Branch a prétendu qu'on ne lui avait pas donné les raisons de sa suspension et de son congédiement et que les deux étaient non motivés. Il a également prétendu que les communications de la Commission et de l'Office avec les médias après son congédiement ont causé un préjudice grave à sa réputation et l'ont empêché de présenter sa candidature au poste de député de l'Assemblée législative lors de l'élection provinciale de 2006 dans la circonscription de Nepisiguit, poste qu'il occupait depuis près de trente ans.

[14] Les défendeurs ont déposé des exposés de la défense distincts à la fin de l'année 2006. L'avocat commis au dossier pour le compte de la Commission était un avocat du ministère de la Justice, Clyde Spinney, c.r. L'avocat commis au dossier pour le compte de l'Office était Basile Chiasson, c.r., avocat de pratique privée de Bathurst. Les deux défendeurs ont nié que le prétendu contrat de travail de dix ans fût valide et ont fait valoir qu'il était nul ou annulable à la discrétion de l'Office. Quoi qu'il en soit, les

défendeurs ont nié toute rupture transgressive et tout droit à des dommages-intérêts, M. Branch ayant été congédié pour un motif valable, savoir la perte de confiance dans sa capacité d'agir comme directeur général en raison de plusieurs manquements aux obligations dont il était tenu envers l'Office pendant son mandat. Les défendeurs ont aussi déclaré que les commentaires publics qu'ils avaient faits après le congédiement étaient fondés et véridiques et avaient été faits de bonne foi et qu'il n'y avait aucun obstacle d'ordre juridique qui aurait empêché M. Branch de se porter candidat à l'élection de 2006. Ils ont nié toute responsabilité.

[15] L'Office a également formé une demande reconventionnelle en dommages-intérêts. Il a prétendu que M. Branch avait : (1) violé des clauses implicites du contrat de travail qu'il avait passé avec l'Office; (2) manqué à son obligation de confidentialité envers l'Office, ainsi qu'à des obligations juridiques, à des obligations en equity et à des obligations d'origine législative; (3) détourné, à son propre usage, des éléments d'actif et des sommes d'argent appartenant à l'Office; (4) obtenu un avantage au détriment de l'Office; et (5) incité l'ancien président de l'Office à manquer aux obligations dont il était tenu envers l'Office, tout en complotant avec lui en vue de causer des dommages et un préjudice à l'Office. Je marque une pause pour souligner que les accusations criminelles portées contre M. Branch étaient fondées, dans une large mesure, sur les mêmes allégations d'agissements. Dans sa défense reconventionnelle, M. Branch a qualifié la demande reconventionnelle de frivole et vexatoire et a nié toutes les allégations d'agissements qui y étaient formulées.

[16] Par suite du dépôt d'un avis de changement d'avocat, le 5 février 2008, David Duncan Young a officiellement remplacé M$^{e}$ Chiasson comme avocat commis au dossier pour le compte de l'Office. À la date de l'infraction reprochée dans l'accusation déposée contre l'appelant, le 10 décembre 2009, M$^{e}$ Young était, à la connaissance de l'appelant, l'avocat de l'Office.

[17] Bien que M$^{e}$ Siscoe soit resté l'avocat commis au dossier pour le compte de M. Branch dans l'action pour congédiement injustifié et diffamation jusqu'au 30 mars

2011 (date à laquelle il a temporairement été remplacé par un autre avocat de Bathurst), et que l'appelant ne soit devenu l'avocat commis au dossier que le 30 octobre 2011, nul ne conteste que son contrat de services juridiques établi en juillet 2009 englobait cette action ainsi que tous les autres litiges concernant M. Branch.

[18] Le 10 décembre 2009, l'appelant a écrit sur un bout de papier, en lettres moulées, et remis à M. Landry, le directeur général de l'Office, une proposition de règlement amiable généralement formulée (pièce C-1) dans laquelle il disait prévoir que M. Branch recouvrerait des dommages-intérêts de l'ordre de 300 000 $ si l'action pour congédiement injustifié et diffamation était accueillie. La proposition comprenait également une évaluation, par l'appelant, du montant total des honoraires d'avocats que devrait acquitter l'Office pour présenter une défense dans l'action : environ 200 000 $.

(2) L'action de l'Office en vue de faire annuler les transports de biens effectués par M. Branch, l'action dite « en instance »

[19] La deuxième poursuite civile a été engagée par l'Office contre M. Branch, son épouse et leurs trois enfants. Dans l'exposé de la demande, que M^e^ Young a déposé le 2 juillet 2008 au nom de l'Office, on prétend que des transports précis de biens réels effectués par M. Branch et son épouse en faveur de leurs trois enfants entre le 19 mai 2006 et le 24 octobre 2008 n'étaient pas des transports de bonne foi, parce qu'ils ont été effectués sans contrepartie suffisante et dans l'intention de frustrer, de léser, de frauder ou de tenir en suspens les créanciers de M. Branch. On fait également valoir dans l'exposé de la demande que les transports en question ont été effectués pendant que M. Branch était insolvable ou sur le point de l'être, ou en prévision du recouvrement de créances susceptibles de devenir des créances judiciaires. On prétend en outre qu'il s'ensuit que les transports étaient nuls. Les mesures réparatoires suivantes sont notamment sollicitées : (1) une ordonnance annulant les transports effectués; et (2) la délivrance d'un certificat d'affaire en instance relativement aux biens-fonds et lieux en question. Un certificat d'affaire en instance (formule 42A) a subséquemment été établi et enregistré.

[20] M^e^ Hyslop a remplacé M^e^ Siscoe comme avocat commis au dossier dans l'action en instance le 17 août 2009. Dans l'exposé de la défense modifié qui a été déposé au nom de M. Branch le 23 octobre 2009, on prétend que les transports étaient tous des donations entre vifs et qu'une contrepartie n'était donc pas nécessaire. Corrélativement, on laisse entendre que si les transports ont été faits en faveur des enfants, c'est afin d'effectuer une planification successorale d'une manière compatible avec le transfert des biens familiaux des Branch au cours des générations précédentes. L'exposé de la défense modifié comprenait également : (1) une dénégation du fait que M. Branch était insolvable ou au seuil de l'insolvabilité; et (2) une prétention selon laquelle il possédait, pendant toute la période pertinente, des liquidités suffisantes pour s'acquitter de toutes ses obligations à mesure qu'elles étaient échues. La plaidoirie prenait fin sur une prétention selon laquelle l'action était frivole et vexatoire et avait pour seul objet de mettre M. Branch dans l'embarras relativement à son action pour congédiement injustifié et diffamation.

[21] L'appelant a témoigné que bien qu'il ne fût pas l'avocat commis au dossier dans cette action, il était néanmoins l'avocat de M. Branch et ses services avaient été retenus, notamment, afin qu'il aide M^e^ Hyslop à obtenir l'annulation du certificat d'affaire en instance.

(3) L'instance criminelle engagée contre M. Branch

[22] Le 27 janvier 2009, M. Branch a été accusé de cinq actes criminels prévus au *Code criminel*, chacun ayant un lien avec son emploi de directeur général de l'Office : abus de confiance et fraude de plus de 5000 $ à l'endroit de la Province du Nouveau-Brunswick (art. 122 et al. 380(1)*a*), respectivement); fraude de plus de 5 000 $ à l'endroit de l'Office (al. 380(1)*a*)); et deux chefs d'extorsion à l'endroit d'employés de l'Office (al. 346(1.1)*b*)). Le témoignage non contredit de l'appelant nous éclaire sur l'allégation qui sous-tend chaque chef d'accusation :

> [TRADUCTION]
> Deux des accusations se rapportaient à la période comprise entre mai 2003 et juin 2005, je crois, et on prétendait qu'il avait fraudé l'Office de commercialisation des produits forestiers du Nord relativement à des reçus d'achat d'essence présentés comme frais de déplacement parce qu'il avait en même temps facturé l'Assemblée législative puisqu'il était député. La deuxième accusation était le revers de la première, savoir qu'il s'était rendu coupable d'abus de confiance ou de fraude à l'endroit de la Province en présentant des reçus pour des achats d'essence qui lui avaient été remboursés par l'Office de commercialisation des produits forestiers du Nord, de sorte que les deux premières accusations visaient de l'essence achetée pendant cette période. La troisième accusation se rapportait à une période différente. C'est entre 1999 et 2003 ou 2005 qu'il avait obtenu des matériaux de construction ou des marchandises en les portant au compte des produits forestiers, de l'Office de commercialisation des produits forestiers du Nord et qu'il ne les avait pas payés. C'étaient là les trois premières, et les deux dernières consistaient en des accusations d'avoir proféré une menace ou des accusations d'extorsion, savoir qu'il aurait entre octobre 2005 et mars 2006 forcé deux personnes à écrire une lettre. C'étaient là les accusations.

[23] En somme, les accusations d'abus de confiance et de fraude à l'endroit de la Province du Nouveau-Brunswick étaient fondées sur une allégation selon laquelle M. Branch avait facturé les mêmes frais de déplacement à la Province du Nouveau-Brunswick et à l'Office. Comme on pouvait s'y attendre, le témoignage de certains membres du personnel de l'Assemblée législative allait être nécessaire pour prouver ces accusations. L'accusation de fraude à l'endroit de l'Office reposait sur la prétention selon laquelle M. Branch avait obtenu des matériaux de construction ou d'autres marchandises en les portant au compte de l'Office et ne l'avait pas remboursé. Finalement, chaque accusation [TRADUCTION] d'« extorsion » était fondée sur l'allégation selon laquelle M. Branch avait forcé quelqu'un à écrire une lettre en son nom. En fin de compte, quatre accusations ont été retirées et M. Branch a plaidé coupable à l'accusation d'avoir fraudé l'Office (bien que cela se soit produit longtemps après l'enquête préliminaire).

[24] Pendant toute la période pertinente, le ministère public a été représenté par un membre éminent du Barreau du Québec. On a vraisemblablement pensé qu'il valait mieux retenir les services d'un avocat de l'extérieur de la province étant donné les antécédents politiques de M. Branch.

[25] M. Branch a tout d'abord été représenté par M^e^ Siscoe, qui a comparu pour son compte dans toutes les procédures tenues devant la Cour provinciale avant juillet 2009. Ces procédures ont notamment consisté dans le choix de M. Branch d'être jugé par un juge et un jury.

[26] L'appelant est devenu l'avocat de M. Branch relativement aux accusations criminelles susmentionnées lors de leur rencontre à son bureau en juillet 2009. Peu après, M^e^ Siscoe a remis à l'appelant les documents que le ministère public lui avait transmis antérieurement conformément à ses obligations en matière de divulgation.

[27] L'enquête préliminaire relative aux cinq accusations a commencé le lundi 7 décembre 2009 et a pris fin le vendredi de la même semaine. Le ministère public a présenté le témoignage de plus d'une douzaine de témoins, y compris certains dirigeants et employés de l'Office, à l'appui de la citation à procès relativement à l'ensemble des accusations.

[28] Le substitut du procureur général a cité M^e^ Siscoe comme témoin à seule fin de faire la lumière sur la relation de travail qui unissait M. Branch et l'Office. Il semblerait que l'appelant ait contre-interrogé M^e^ Siscoe. Toutefois, la transcription de l'enquête préliminaire ne fait pas partie du dossier. Nous ne savons pas quelles questions ont été soulevées pendant le contre-interrogatoire et nous ne savons pas non plus combien de temps il a duré. Bien que M^e^ Siscoe fût encore, à ce moment-là, l'avocat commis au dossier pour le compte de M. Branch, l'action pour congédiement injustifié et diffamation était en suspens, les parties ayant convenu de la mettre en attente jusqu'à ce que les accusations criminelles soient tranchées. Néanmoins, une grande partie du contre-interrogatoire de l'appelant mené par le substitut du procureur général, devant le

tribunal d'instance inférieure, a porté sur la proposition voulant qu'il eût adopté un comportement contraire à la déontologie en n'informant pas le juge qui présidait l'enquête préliminaire de M. Branch et le poursuivant, avant de commencer le contre-interrogatoire de M^e^ Siscoe, que ses services avaient été retenus afin qu'il représente M. Branch dans l'action en dommages-intérêts. Le juge du procès a souscrit à cette hypothèse et a conclu que ce comportement contraire à la déontologie reflétait un manque d'intégrité qui militait contre la crédibilité de l'appelant. Il a tiré cette conclusion malgré le fait que l'appelant avait dit sous serment, affirmation qui n'avait pas été contestée, se souvenir que M^e^ Siscoe avait fait allusion, dans le cadre de son témoignage à l'enquête préliminaire de M. Branch, à la participation professionnelle de l'appelant à l'action civile. Je reviens sur cette question dans le cadre de l'analyse relative aux erreurs de droit du juge du procès.

[29] Quoi qu'il en soit, M. Branch a été renvoyé pour subir son procès relativement à l'ensemble des accusations. Néanmoins, la défense a perçu des indices lui donnant à penser que l'issue finale, au procès, pourrait ne pas être favorable au ministère public. Les raisons d'être optimiste étaient notamment les suivantes : (1) pendant que ses témoins rendaient témoignage, le ministère public a offert de retirer quatre des accusations en échange d'un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation; (2) la coopération des éventuels témoins à charge n'était pas toujours évidente (par exemple : un des représentants de l'Office s'était présenté à l'audience pendant que ses facultés étaient, selon toute apparence, affaiblies par l'alcool); (3) on ne pouvait pas prévoir d'avance que le témoignage des membres du personnel de l'Assemblée législative apporterait l'appui voulu aux accusations d'abus de confiance et de fraude à l'endroit de la Province; et (4) la défense avait en sa possession des chèques annulés qui étaient susceptibles, à tout le moins, de soulever un doute raisonnable en ce qui concernait l'accusation de fraude à l'endroit de l'Office.

[30] M. Landry (le directeur général de l'Office), M^e^ Young (l'avocat de l'Office) et M^me^ Gould-McDonald (la directrice administrative de la Commission) ont assisté à la plupart des étapes de l'enquête préliminaire à titre d'observateurs. Ni

M. Landry ni M^me^ Gould-McDonald n'ont témoigné. On s'attendait à ce que M^e^ Young, qui était absent le 10 décembre, revienne le lendemain.

C. *L'événement qui sous-tend l'accusation [TRADUCTION] d'« entrave à la justice » portée contre l'appelant : l'offre de règlement amiable présentée à M. Landry le 10 décembre 2009*

[31] L'appelant et un associé de son cabinet d'avocats, David Nathan Rogers, ont agi comme avocats de M. Branch à l'enquête préliminaire pendant toute la semaine du 7 décembre. Le jeudi 10 décembre 2009, un peu avant le début de la séance de l'après-midi, l'appelant est allé voir M. Landry, qu'il connaissait un peu pour avoir déjà brièvement collaboré avec lui, quelques années auparavant, relativement à des questions sans rapport avec l'affaire. L'appelant a demandé à M. Landry s'il pouvait lui dire un mot. Il a ensuite passé en revue, en sa compagnie, la pièce C-1 (pièce I-1 aux fins de l'identification) sur laquelle étaient esquissés les éléments fondamentaux d'une offre de règlement amiable avec l'Office que M. Branch jugeait acceptable. Je fais une pause pour signaler que les parties s'entendent pour reconnaître que l'appelant aurait dû attendre le retour de M^e^ Young et remettre la pièce C-1 à ce dernier. La règle 2 du chapitre 15 du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick est directement pertinente. Elle dispose qu'un avocat « ne communique pas ni ne cherche à transiger ou à négocier directement avec une personne représentée par un autre avocat, sauf avec le consentement ou par l'entremise de ce dernier ». Il se peut, comme l'a pensé l'appelant à haute voix pendant son témoignage, qu'il eût évité de s'exposer à une poursuite criminelle s'il avait traité avec M^e^ Young. Il s'avère effectivement que certaines règles de déontologie professionnelle ont pour objet de servir l'intérêt supérieur du client <u>et</u> de l'avocat.

[32] La pièce C-1 est ainsi rédigée :

| STATUS | BRANCH COST | BOARD COST |
|---|---|---|
| 1. CRIMINAL R v. BRANCH | LEGAL 200K | |
| 2 CIVIL BRANCH v. BOARD | (-300K) | 300K DAMAGES<br>200K LEGAL |
| 3 CIVIL LIS PENDENS | | 100K LEGAL |
| | (100K.) | 600K |

CRIMINAL DEFENCE
— 2000 — BOARD - CONDUCT
2 CABINET MINISTERS
INVOLVEMENT

OFFER
1. CRIMINAL — OFFER NO EVIDENCE
2 CIVIL — DISCONTINUANCE
— CONFID. AGREEMENT
3 DAMAGES OF BRANCH LEGAL FEE
200K.

I-1
R.v. Selei
Aug 15/12

[33] Pour aider le lecteur à mieux comprendre, j'offre la version suivante, dactylographiée, de la pièce C-1 :

[TRADUCTION]

| ÉTAT | | BRANCH COÛTS | OFFICE COÛTS |
|---|---|---|---|
| 1. | AU CRIMINEL<br>R c. BRANCH | HONORAIRES<br>200 K$ | |
| 2. | AU CIVIL<br>BRANCH c. L'OFFICE | (–300 K$) | 300 K$<br>DOMMAGES-INTÉRÊTS<br>200 K$<br>HONORAIRES |
| 3. | AU CIVIL<br>EN INSTANCE | | 100 K$<br>HONORAIRES |
| | | (100 K$) | 600 K$ |

DÉFENSE AU CRIMINEL

– 2000 – OFFICE – CONDUITE

PARTICIPATION DE DEUX MINISTRES GOUVERNEMENTAUX

OFFRE

a. AU CRIMINEL – NE PRÉSENTER AUCUNE PREUVE

b. AU CIVIL – ABANDON DES POURSUITES
– ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ

c. PAIEMENT DES HONORAIRES D'AVOCAT DE BRANCH
200 K$

[34] Comme on peut le voir, on trouve au début de la pièce C-1 une évaluation des honoraires d'avocat de M. Branch pour présenter une défense contre les accusations criminelles (200 000 $) ainsi qu'une projection de ce qu'il en coûterait à l'Office pour le cas où il subirait un échec dans les poursuites civiles (300 000 $ en dommages-intérêts et 300 000 $ de plus au titre des honoraires d'avocat). La pièce C-1 expose ensuite une partie de la stratégie de la défense dans l'instance criminelle : elle consistait notamment à mettre en doute la conduite même de l'Office et à mettre en jeu les rôles joués par deux ministres du cabinet provincial. Le document prend fin sur une offre de règlement amiable, laquelle envisageait une possible extinction de l'instance criminelle pour défaut de poursuivre ([TRADUCTION] « ne présenter aucune preuve »), l'abandon des poursuites civiles, la passation d'une entente de confidentialité et le paiement, par l'Office, des honoraires d'avocat de M. Branch qui s'établissaient à 200 000 $. Le débat devant le tribunal d'instance inférieure a surtout porté sur les explications que l'appelant a données immédiatement avant la remise de la pièce C-1 à M. Landry, plus précisément sur ce qu'il avait dit, le cas échéant, en guise de clarification de l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve ».

[35] La thèse du ministère public, au procès, était que la pièce C-1, interprétée à la lumière des explications que l'appelant avait données à M. Landry, constituait une tentative d'entrave à la justice. Il en était ainsi, a-t-on prétendu, parce que la proposition de règlement, telle qu'expliquée par l'appelant, supposait que M. Landry prenne des mesures pour faire en sorte que les dirigeants et employés de l'Office susceptibles d'être assignés comme témoins par le ministère public aux fins du procès ne comparaissent pas. La thèse du ministère public était entièrement fondée sur le témoignage de M. Landry, plus précisément sur l'allégation qu'il avait faite sous serment selon laquelle l'appelant avait clarifié le sens de l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve » en disant : [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ».

[36] L'appelant a témoigné que même s'il ne se souvenait pas des mots exacts qu'il avait employés, des années auparavant, pour expliquer la pièce C-1, il n'avait jamais prononcé les paroles en question :

> [TRADUCTION]
> Q. « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ». Qu'avez-vous à répondre à ça monsieur – ou, maître Gillis?
>
> R. Je n'ai jamais dit cela. M. Landry fait erreur.
>
> **[…]**
>
> Q. Comment savez-vous que vous n'avez pas dit cela, maître Gillis?
>
> R. Je suis absolument certain de ne pas avoir dit cela. Il y a 40 ans que j'exerce le droit. J'ai passé 1000, 1500 jours au tribunal à interroger et contre-interroger des témoins ... je n'ai jamais, jamais dit cela. Et je m'en souviendrais si je l'avais dit.

[37] La défense a prétendu pendant toute la durée du procès que les paroles attribuées à l'appelant, savoir [TRADUCTION] « [c]e sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve », trahissaient une méconnaissance tellement fondamentale de la façon dont le droit criminel fonctionne qu'aucun avocat, et encore moins un avocat plaidant chevronné, ne les prononcerait jamais. À cet égard, la défense a souligné le truisme suivant : la décision de produire des témoignages n'appartenait pas à l'Office; elle relevait plutôt du pouvoir exclusif du ministère public, représenté, en l'espèce, par un procureur indépendant. De plus, et selon la défense, d'innombrables circonstances démontraient le peu de fiabilité du souvenir textuel qu'avait M. Landry des propos incriminants cités ci-dessus et le fait qu'il est fort peu plausible que l'appelant ait commis le crime imputé. J'examinerai ces questions sous peu.

[38] Pendant son témoignage, l'appelant a dit, pour décrire la pièce C-1, qu'il s'agissait [TRADUCTION] d'« une analyse coût/bénéfice qu['il avait] préparée et écrite en lettres moulées afin de montrer qu'il pouvait être sage, ou non, de régler l'instance civile à l'amiable » (c'est moi qui souligne). Il a témoigné que l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve » était comprise sous la rubrique [TRADUCTION] « Offre » pour dissiper les préoccupations que l'Office pouvait avoir à l'idée de régler les poursuites civiles en payant 200 000 $ pour ensuite faire l'objet de critiques pour avoir versé cette somme s'il advenait que M. Branch soit finalement déclaré coupable :

> [TRADUCTION]
>
> Q. Était-il nécessaire de l'inclure, maître?
>
> R. Supposons que vous êtes l'Office et que je vous dis, à vous, l'Office : [TRADUCTION] « Voici les conséquences financières d'un règlement amiable. Voici ce que cela pourrait vous coûter. Voici ce que cela pourrait coûter à M. Branch. » Et, je passe le tout en revue et vous, l'Office, me regardez et vous me dites : [TRADUCTION] « Bien, si je vous verse les 200 000 $, maître Gillis, et si le ministère public maintient la poursuite et que M. Branch est déclaré coupable, nos membres se demanderaient pourquoi nous avons fait cela. Pourquoi nous avons payé 200 000 $ que nous n'avions pas à payer ». Et c'est pourquoi nous – ou j'ai écrit ici ce dont Me Rogers et moi avions discuté, savoir du fait que nous irions – David Rogers et moi irions, ou David Rogers irait, parler au substitut afin de voir si nous pourrions amener le ministère public à abandonner la poursuite en ne produisant aucun témoignage. S'ils acceptaient, tant mieux, s'ils refusaient, nous aurions 200 000 $ pour payer entièrement la défense de M. Branch au criminel.

[39] La discussion avec M. Landry a eu lieu dans le corridor public à l'extérieur de la salle d'audience, quelques minutes avant la reprise de l'enquête préliminaire. Aucune personne étrangère à la discussion n'a témoigné avoir entendu l'appelant dire [TRADUCTION] « [c]e sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne

témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve », bien que M^me^ Gould-McDonald fût près d'eux, ait entendu M. Landry demander à voir la pièce C-1 et ait vu l'appelant la lui remettre.

[40] Tout de suite après, l'appelant est retourné dans la salle d'audience pour la reprise de l'instance. Il l'a fait après que M. Landry lui eut donné l'assurance que l'Office lui donnerait une réponse en ce qui concernait l'offre de règlement. Il ne lui a jamais donné de réponse.

D. *Les événements pertinents qui ont suivi la discussion du 10 décembre 2009 entre l'appelant et M. Landry*

[41] Dans les jours qui ont suivi la remise de la pièce C-1, M. Landry a discuté de sa teneur ainsi que des explications fournies par l'appelant avec M^me^ Gould-McDonald puis avec l'avocat de l'Office, M^e^ Young. Par suite de ces discussions, et à l'insu de l'appelant, M. Landry a déposé une plainte officielle auprès du Service de police de la Ville de Bathurst le 16 décembre 2009. Comme nous le verrons, la défense a prétendu que ces discussions ont fort bien pu être à l'origine de ce qu'elle a décrit comme le souvenir erroné qu'a M. Landry des explications données par l'appelant.

[42] Sans savoir que la police enquêtait sur la pièce C-1 et sur ses énoncés explicatifs du 10 décembre 2009, l'appelant s'est présenté au poste de police de Saint John le 9 septembre 2011, à la demande du sergent Lord. L'appelant a été mis en état d'arrestation dès son arrivée au poste. Peu après, il a fait une déclaration dans laquelle il a exposé le souvenir qu'il avait des événements du 10 décembre 2009. Chose importante, le juge du procès, dans ses motifs de décision, invoque des incohérences qu'il a constatées entre le témoignage de l'appelant et la déclaration qu'il a faite le 9 septembre 2011 afin d'étayer son opinion voulant que l'appelant ne fût pas crédible.

[43] Le 25 novembre 2011, l'appelant a été accusé d'avoir tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire en

essayant, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de dissuader une personne de témoigner, acte criminel prévu au par. 139(2). Les parties clefs de l'art. 139 sont ainsi rédigées :

| | |
|---|---|
| **139** (2) Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years. | **139** (2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice. |
| (3) Without restricting the generality of subsection (2), every one shall be deemed wilfully to attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice who in a judicial proceeding, existing or proposed, | (3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est censé tenter volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice quiconque, dans une procédure judiciaire existante ou projetée, selon le cas : |
| (*a*) dissuades or attempts to dissuade a person by threats, bribes or other corrupt means from giving evidence; | *a*) dissuade ou tente de dissuader une personne, par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption, de témoigner; |
| […] | […] |

E. *Les éléments saillants du procès*

[44] Le procès, qui a commencé le 15 août 2012 et a été ajourné à quelques reprises, a pris fin avec la déclaration de culpabilité de l'appelant le 31 janvier 2013. Le 20 juin 2013, l'appelant a été condamné à un emprisonnement de vingt-deux mois.

[45] La preuve du ministère public consistait dans la note rédigée à la main en lettres moulées (la pièce C-1), l'exposé testimonial du souvenir qu'avait M. Landry des clarifications données par l'appelant, en anglais, en ce qui concerne ce document et la déclaration que l'appelant a faite au sergent Lord le 9 septembre 2011.

[46] M. Landry, qui est francophone, a rendu témoignage le 16 août 2012, soit plus de deux ans et demi après sa conversation avec l'appelant concernant la pièce C-1. Il est sans doute opportun de faire observer qu'à plus d'une reprise, M. Landry est revenu sur son témoignage, en expliquant que ses déclarations inexactes antérieures relatives aux faits constituaient [TRADUCTION] « un mauvais choix de mots ». La défense a laissé entendre que le fait que l'anglais n'était pas la langue maternelle de M. Landry pouvait, en conjonction avec d'autres facteurs, notamment l'absence de formation juridique, expliquer tout simplement son compte-rendu erroné de l'explication qu'a donnée l'appelant de l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve ».

[47] Quoi qu'il en soit, M. Landry a souligné qu'il a tout de suite envisagé avec méfiance la proposition de règlement exposée dans la pièce C-1. Cette perception négative a pris naissance parce que selon son [TRADUCTION] « interprétation », la proposition obligeait l'Office à se lancer dans une tenue des comptes malhonnête, plus précisément à fournir une [TRADUCTION] « explication inexacte [des comptes] » :

> [TRADUCTION]
> Q. Très bien.
>
> R. Ils se tenaient là, et comme nous allions – nous arrivions à leur hauteur, Rod Gillis m'a dit – il a dit : [TRADUCTION] « Puis-je vous parler »? Il m'a alors pris à part. David Rogers s'est éloigné et Linda Gould a continué à marcher. Il m'a montré un bout de papier.
>
> […]
>
> R. Il se tenait debout. Il avait un stylo à la main et il m'a montré un bout de papier ou une feuille de papier qui se trouvait dans un bloc-notes et il a dit qu'il avait une offre à me faire.
>
> […]
>
> R. Alors, cette – nous avons examiné cette offre qu'il avait couchée sur papier. La première partie consistait en une énumération de chiffres –

[…]

Q. D'accord. Si vous voulez bien continuer, monsieur Landry?

R. Ce que montre, ce que ce document montre est – la partie supérieure montre – sont des chiffres pour divers événements et c'est ce que Me Gillis a passé en revue. Le numéro un portait sur le procès au criminel, c'est-à-dire les honoraires que devrait payer M. Branch pour son procès au criminel, soit 200 000 $. Quant à l'affaire civile Branch c. l'Office, je vais passer en revue les honoraires imputables à l'Office tout d'abord. Cela allait coûter […] 200 000 $ de frais à l'Office et ils allaient obtenir 300 000 $ en dommages-intérêts. Donc, il me disait qu'ils allaient obtenir gain de cause au civil et qu'il allait recevoir des dommages-intérêts de 300 000 $.

[…]

R. Donc vous prenez – il prenait 300 000 $ de l'Office et il inscrivait ça comme entrée négative de 300 000 $ pour la cause au civil, car cette somme allait constituer […] des fonds que M. Branch allait pouvoir récupérer. Le numéro trois était la cause au civil – il s'agissait du certificat d'affaire en instance que détenait l'Office concernant les biens de M. Branch et il a dit qu'il allait coûter à l'Office une somme additionnelle de 100 000 $ en frais pour cette affaire en instance. Donc la somme totale que l'Office devrait payer s'élevait à 600 000 $. Et Branch allait pouvoir récupérer 100 000 $. Une fois qu'il aurait payé ses 200 000 $, reçu les 300 000 $, il allait lui rester 100 000 $. L'Office allait devoir payer 600 000 $.

[…]

R. Puis nous sommes passés à la défense au criminel –

Q. Alors qu'est-ce que Me Gillis vous a dit concernant cette partie du document, si en effet il vous a dit quelque chose?

R. La défense au criminel?

Q. Oui.

R. D'accord. Concernant la défense au criminel, il a dit que les choses allaient se gâter. Il y avait deux ministres gouvernementaux qui se trouvaient impliqués mais qu'ils allaient –

[…]

R. Mais les deux ministres gouvernementaux allaient être appelés à la barre des témoins pour témoigner au sujet de leur participation et […] la conduite de l'Office allait être remise en question. Alors, il a dit qu'il avait une offre à me faire.

[…]

R. L'offre quant à l'affaire au criminel était celle-ci : ne présenter aucune preuve. Au numéro deux, il y avait l'abandon de toutes les poursuites au civil et signature d'une entente de confidentialité par les deux parties. Le numéro trois prévoyait le paiement des honoraires d'avocat de Branch, qui se montaient à 200 000 $.

Q. D'accord. Donc, monsieur Landry, lorsque M^e^ Gillis a dit ce que vous venez de décrire et vous a présenté cette offre, comment avez-vous réagi?

R. Ma première réaction portait sur le remboursement de 200 000 $ – j'ai dit à M^e^ Gillis – je lui ai dit que notre organisation avait des états financiers vérifiés. Je lui ai dit que je ne pouvais pas établir un chèque de 200 000 $. Que je n'étais pas habilité à faire cela. Et j'ai dit – qu'est-ce que – pourquoi – pourquoi, vous savez – pourquoi faites-vous cette proposition? – il a répondu : [TRADUCTION] « Eh bien, ce que nous pouvons faire » a-t-il dit, [TRADUCTION] « c'est de faire passer cela comme des honoraires professionnels – Nous pouvons utiliser comme intermédiaire notre cabinet d'avocats et faire passer cela comme des honoraires d'avocat et vous pouvez vous en sortir de cette manière. Vous pouvez le faire » – mais cela me dérangeait beaucoup, parce que nous avions affaire ici à un cas de fraude et il me demandait, essentiellement, c'est ainsi que je l'ai interprété, il me demandait non pas de vraiment falsifier les comptes, mais d'en fournir une explication inexacte.

[…]

> R. Parce que j'ai des vérificateurs, je dois expliquer les 200 000 $ et il y aurait – il y aurait – j'aurais une facture du cabinet d'avocats de M^e^ Gillis pour la somme de 200 000 $ couvrant des honoraires d'avocat que l'Office n'aurait pas approuvés – parce qu'il n'a pas embauché ces avocats ou quoi que ce soit de cette nature.

[48] Selon la défense, les soupçons de M. Landry étaient tout à fait injustifiés. La proposition de règlement amiable n'envisageait pas la remise à l'Office d'une note d'honoraires du cabinet Gilbert McGloan Gillis. Ce cabinet d'avocats avait rendu des services juridiques uniquement à M. Branch et la note d'honoraires lui serait adressée à lui et à personne d'autre. L'appelant avait cru comprendre, et sa conviction trouvait appui dans l'ouvrage de David Harris intitulé *Wrongful Dismissal*, vol. 3 (Toronto : Carswell, 1990), à la p. 8-29, que les honoraires d'avocat que doit supporter un employé dans la poursuite d'une demande pour congédiement injustifié, et qui sont payés par l'employeur dans le cadre d'un règlement amiable, étaient déductibles, en toute légitimité, à titre de frais professionnels.

[49] De toute façon, comme nous l'avons mentionné, M. Landry a dit sous serment qu'il arrivait à se rappeler mot pour mot ce que l'appelant avait dit quelque deux ans et demi plus tôt afin d'expliquer l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve » que l'on trouve dans la pièce C-1 :

> [TRADUCTION]
> Et je lui ai demandé, en deuxième lieu – je lui ai dit concernant l'offre [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve » – je lui ai dit [TRADUCTION] « qu'est-ce que vous voulez dire? Je n'ai aucun contrôle sur le – processus criminel ». Et il m'a dit, il a dit : […] [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ».
>
> Q. Alors qu'est-ce que vous avez répondu à cela, monsieur Landry?
>
> R. J'ai dit : [TRADUCTION] « Écoutez ... ». Je lui ai dit que je n'avais aucun pouvoir sur cela. Je lui ai dit que je

> consulterais et que je lui donnerais une réponse. Et il a dit : [TRADUCTION] « Eh bien, faites vite parce que l'offre ne restera pas sur la table très longtemps ».

[50] L'interrogatoire principal de l'appelant a eu lieu le 20 septembre 2012. Il a témoigné que bien qu'il ne se rappelât pas les mots exacts qu'il avait employés le 10 décembre 2009 pour étoffer le contenu de la pièce C-1 au profit de M. Landry et de l'Office, il n'avait certainement pas dit à M. Landry : [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ». Il vaut la peine de répéter le témoignage qu'a rendu l'appelant à cet égard :

> [TRADUCTION]
> Q. « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ». Qu'avez-vous à répondre à ça monsieur – ou, maître Gillis?
>
> R. Je n'ai jamais dit cela. M. Landry fait erreur.
>
> **[…]**
>
> Q. Comment savez-vous que vous n'avez pas dit cela, maître Gillis?
>
> R. Je suis absolument certain de ne pas avoir dit cela. Il y a 40 ans que j'exerce le droit. J'ai passé 1000, 1500 jours au tribunal à interroger et contre-interroger des témoins ... je n'ai jamais, jamais dit cela. Et je m'en souviendrais si je l'avais dit.
>
> [C'est moi qui souligne.]

[51] La compréhension qu'avait l'appelant de la pièce C-1 est exposée en détail dans l'extrait suivant de son interrogatoire principal :

> [TRADUCTION]
> Q. J'aimerais, si vous le voulez bien, maître Gillis, que vous preniez le temps d'expliquer à Son Honneur, étape par étape, ce que cette feuille de papier montre, ou entend montrer.

R. J’essayais de démontrer graphiquement à des gens que je ne connaissais pas les conséquences financières de ce litige. Donc, j’ai deux colonnes; la colonne de gauche montre les coûts que M. Branch devra supporter et la colonne de droite, les coûts que l’Office devra supporter. Ensuite, je commente les montants que nous sommes en train d’examiner. Le premier litige est l’instance criminelle, R. c. Branch. Selon mon estimation, les frais de justice, si nous nous entendons, s’établiraient probablement à environ 200 000 $ et plus, j’ai donc inscrit : honoraires, deux cents.

Q. D’accord.

R. Que devra payer M. Branch. Et le montant que devra payer l’Office est de zéro parce qu’il n’est pas partie à ce litige, c’est au ministère public qu’incombent les frais de justice, le paiement des honoraires de l’avocat.

Q. D’accord.

R. La rubrique suivante est la poursuite civile, Branch c. l’Office, c’est l’action, l’action pour congédiement injustifié de 2006 dans laquelle les témoins chiffrent la demande à environ cinq cent mille. J’ai évalué que si nous allions en cour, si nous obtenions cinq cent mille, si nous obtenions trois cent mille, M. Branch allait récupérer trois cent mille, et dans la colonne de droite j’ai dit que l’Office allait devoir payer non seulement les trois cent mille en dommages-intérêts dans le cadre d’un règlement, mais deux cent mille et plus d’honoraires d’avocat si un procès en bonne et due forme était tenu. Vient ensuite le troisième litige, l’instance civile, l’affaire en instance, c’est-à-dire l’action de juillet 2009 qui grève ses biens. Aucune somme d’argent ne reviendra à M. Branch lorsque ce litige sera clos, il reprendra tout simplement ses biens pour en disposer, comme il le voulait, à des fins successorales, mais l’Office devra payer, pour poursuivre cette action, des honoraires d’avocat de cent mille et plus. Donc, au bout du compte, j’ai dit que si nous continuions, M. Branch finirait par avoir un avantage de plus de cent mille dollars et l’Office devrait payer de sa poche environ six cent mille. Donc, c’est pour établir le ton, montrer le risque qu’ils courent, et ce n’est pas, nous ne sommes pas en train de dire que nous allons obtenir la totalité des cinq cent mille mais nous allons en obtenir une grande partie, donc – Au milieu de la page, je devais dire à l’Office que M. Branch

> voulait remettre en question ce que l'Office a fait et que M. Branch avait l'intention de citer, au procès, deux ministres gouvernementaux pour témoigner au sujet de leur participation à cette affaire.
>
> […]
>
> R. … Au bas de la page, j'en arrive à l'offre elle-même et je passe de nouveau en revue les trois éléments, un, deux, trois. Le premier élément est l'action au criminel, comme au haut de la page, c'est une affirmation, le ministère public ne présentera aucune preuve, nous irons voir le ministère public et nous essaierons de les amener à ne présenter, ou David Rogers irait les voir, à ne présenter aucune preuve. Le deuxième élément, les poursuites civiles, abandon des poursuites, entente de confidentialité. Pour régler une poursuite civile, vous avez une ordonnance par consentement prévoyant le rejet ou l'abandon et qui interdit toute nouvelle poursuite. C'est de cela qu'il s'agit. Il faut qu'un avocat la rédige et il faut que l'autre avocat y consente. L'entente de confidentialité, dans ce genre de poursuites, il s'agit d'une entente prévoyant que tout reste confidentiel, elle aussi rédigée par les avocats.
>
> Q. Est-ce courant, maître?
>
> R. Je dirais que j'ai utilisé ou que j'ai signé des ententes de confidentialité relativement à ce genre d'actions dans quatre-vingt-dix-neuf pour cent des cas. Je veux dire que c'est comme une libération type.
>
> Q. D'accord.
>
> R. Vous avez une entente de confidentialité. Et le dernier élément, le paiement des honoraires d'avocat de M. Branch, deux cent mille dollars.

[52] L'appelant et M^e^ Rogers ont tous deux témoigné que l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve » que l'on trouve dans la pièce C-1 reflétait tout au plus leur intention d'aller voir le substitut du procureur général dans le but de l'amener à consentir à ne présenter aucune preuve à l'ouverture du procès intenté à M. Branch. On se rappellera que le ministère public s'était montré disposé à retirer quatre des accusations en échange d'un seul plaidoyer de culpabilité. Étant donné

qu'il avait ainsi montré sa faiblesse, on a pensé que le substitut du procureur général pourrait bien être disposé à abandonner sa poursuite une fois confronté non seulement au règlement amiable des poursuites civiles en faveur de la défense, mais aussi aux chèques oblitérés portant la signature de M. Branch dont la défense prétendait qu'ils établissaient, contrairement aux allégations sous-tendant les chefs d'accusation les plus graves, qu'il avait remboursé à l'Office toutes les dépenses portées à son compte.

[53] L'interrogatoire principal de l'appelant a donné lieu à la version suivante de l'échange entre M. Landry et lui :

> [TRADUCTION]
> Q. Alors, maître Gillis, penchons-nous maintenant sur la journée du 10 décembre 2009. À quelle heure êtes-vous arrivé au palais de justice ce jour-là?
>
> R. Probablement un peu avant treize heures.
>
> Q. Et vous étiez avec qui?
>
> R. David Rogers.
>
> Q. Et pourriez-vous, s'il-vous-plaît, nous dire ce qu'il s'est passé lorsque vous êtes arrivé à la Cour ce jour-là.
>
> R. La séance allait commencer à 13 h 30. Nous ne voulions pas être en retard. Nous nous sommes rendus à la salle d'audience ou je me suis rendu à la salle d'audience et j'ai revêtu ma toge et ensuite je me suis assis et j'ai rédigé en lettres moulées la pièce 1 ou C-1, quelle que soit sa cote –
>
> Q. La pièce C-1, oui.
>
> R. La pièce C-1. M^e^ Rogers était dans, ou à l'extérieur, ou à la, à ma gauche, je ne lui prêtais pas vraiment attention, et ensuite je suis sorti dans le corridor. À ce moment-là, j'ai aperçu, qui descendaient le corridor, je pense Linda Gould-McDonald et M. Landry; ce sont les deux personnes dont je me souviens.
>
> Q. Oui.

R. J'ai demandé si je pouvais m'entretenir avec M. Landry pendant un instant et je me suis tourné vers la fenêtre et il se tenait debout à côté de moi et j'ai passé ce bout de papier en revue.

Q. Donc où vous trouviez-vous M. Landry et vous?

R. À l'extérieur, dans le corridor.

Q. Y avait-il des salles privées à proximité?

R. Oh oui, à environ huit pieds, de l'autre côté du corridor, il y avait un certain nombre de salles de réunion privées si vous vouliez vous réunir en privé.

Q. Et donc, vous avez demandé à parler à M. Landry?

R. Oui.

Q. Où se trouvait M^me^ Gould-McDonald lorsque vous avez demandé à lui parler?

R. Eh bien, elle se trouvait à côté de lui lorsque j'ai demandé à lui parler. Je ne sais pas où elle est allée après cela, mon attention n'était pas concentrée sur elle.

Q. A-t-elle pris part à la conversation avec M. Landry?

R. Non.

Q. Et avec vous?

R. Non, elle n'a pas pris part à la conversation. J'avais quelques chiffres concernant l'Office de commercialisation des produits forestiers du Nord et il fallait que quelqu'un les communique à l'Office et à l'avocat de l'Office et ce n'était pas M^me^ Gould-McDonald.

Q. M. Landry a témoigné qu'à un moment donné vous aviez un peu poussé M^me^ Gould-McDonald pour qu'elle s'en aille et ensuite il a modifié son propos et a dit que vous l'aviez exclue. Pourriez commenter cela, maître Gillis?

R. Je – je n'ai jamais poussé de femme. C'est non seulement la mauvaise chose à faire, mais ça vous attire des ennuis. Je – je – et je ne laisse même pas entendre que –

Donc, je ne l'ai pas exclue intentionnellement, elle n'avait aucun rôle à jouer. Les montants en question devaient se rendre jusqu'au conseil d'administration et jusqu'à l'avocat de l'Office.

Q. Et quelle a été la réaction de M. Landry lorsque vous avez demandé à lui parler?

R. Il était, comment dire, d'une humeur normale ou il a dit [TRADUCTION] « bien sûr » et nous avons commencé à parler.

Q. D'accord. Qu'avez-vous dit à M. Landry ce jour-là?

R. J'avais préparé, si vous voulez, mon aide-mémoire, si vous appelez le document C-1 un aide-mémoire, ce n'en était pas un. Je ne me rappelle pas les paroles exactes que j'ai dites à M. Landry, c'était il y a trois ans. J'ai dû passer en revue les montants en dollars qui sont inscrits ici en les expliquant afin d'essayer d'en arriver à la conclusion que s'ils acceptaient de payer 200 000 $, nous pourrions régler la poursuite civile; et j'aurais passé en revue –

[…]

Q. En vous servant de ces notes pour vous rafraîchir la mémoire, maître, pouvez-vous nous dire, de votre mieux, ce que vous avez fait et ce que vous avez dit à M. Landry?

R. Pour autant que je m'en souvienne, ce que j'ai fait, c'est passer en revue les deux premiers tiers de cette page en expliquant les sommes mentionnées et l'analyse coût/bénéfice et j'ai terminé en disant que nous étions disposés à régler l'affaire pour 200 000 $ si le paiement était versé au cabinet Gilbert McGloan Gillis ou quoi que ce soit.

Q. Quelle explication avez-vous donnée en ce qui concerne ces sommes, maître?

R. L'explication est celle que je vous ai donnée précédemment, savoir que l'Office pourrait avoir à payer plus de 600 000 $ étant donné tous ces litiges et que M. Branch s'en tirerait avec un gain d'environ cent mille dollars et que nous étions disposés à régler pour 200 000 $

à ce moment-là moyennant l'abandon des poursuites et une entente de confidentialité.

Q. Avez-vous passé en revue chacun des éléments individuellement?

R. J'ai passé en revue chacune des sommes inscrites dans les deux premiers tiers de cette page ou la première moitié de cette page en les expliquant parce que, selon moi, le conseil d'administration devait comprendre les montants inscrits et le raisonnement qui militait en faveur du règlement d'une poursuite civile et je voulais m'assurer que M. Landry, en sa qualité de messager qui devait transmettre ceci à Me Young ou au – et au conseil d'administration, comprenait les montants en question. Ce n'était qu'une explication.

[…]

Q. Et combien de temps vous aurait-il fallu, maître, pour passer tout cela en revue avec M. Landry ce jour-là?

R. Il m'a fallu deux ou trois minutes. Je n'avais pas beaucoup de temps, la Cour allait recommencer à siéger à 13 h 30, il était environ 13 h 15 et il me restait à mettre de l'ordre dans quelques documents, mais je voulais mettre la chose, le règlement de la poursuite civile, en jeu le plus tôt possible.

Q. Et sur ces deux ou trois minutes, combien de temps auriez-vous consacré à la partie supérieure du document afin d'expliquer les chiffres?

R. Quatre-vingt-dix pour cent de ces quelques minutes parce qu'il fallait leur permettre de bien comprendre les coûts.

[…]

Q. D'accord. Et puis, qu'avez-vous fait de ce document après votre discussion avec M. Landry?

R. Je le lui ai laissé. Je l'avais écrit en lettres moulées afin d'en faire un document qui serait distribué au sein du conseil d'administration de l'Office de commercialisation

> des produits forestiers du Nord et communiqué à M^e^ Young et peut-être à d'autres personnes.
>
> Q. Quelles restrictions, le cas échéant, avez-vous imposées à M. Landry en ce qui concerne votre discussion ou ce bout de papier?
>
> R. Absolument aucune, et s'il avait des questions, je m'attendais à ce qu'il revienne me voir et me les pose; ou si M^e^ Young avait des questions, à ce qu'il me les pose, à ce que quelqu'un me pose des questions et il aurait fallu nous entendre sur les clauses du règlement amiable dont nous avions parlé ici. Ou que j'avais couché par écrit ici.
>
> […]
>
> Q. Maître Gillis, la dernière question que je veux vous poser est celle-ci : quelles étaient vos intentions lorsque vous avez parlé à M. Landry ce jour-là?
>
> **[…]**
>
> R. Mon intention était tout simplement de régler ou de lancer le processus devant permettre de régler l'instance civile. Je n'avais absolument pas l'intention de régler l'instance criminelle avec M. Landry. Il n'avait rien à y voir. Il n'y avait pas de complot. M. Landry n'avait aucun rôle à jouer dans l'instance criminelle et notre intention ou plutôt mon intention était uniquement, en présentant ce bout de papier et en ayant cette discussion avec M. Landry, de régler à l'amiable ou de mettre en marche le règlement amiable d'une instance civile.

[54] En contre-interrogatoire, le substitut du procureur général a mis l'accent sur ce qu'il allait plus tard prétendre être des exemples d'inconduite professionnelle de la part de l'appelant. À cet égard, il a souligné l'omission de l'appelant d'informer personnellement le juge qui présidait l'enquête préliminaire de M. Branch et le poursuivant dans cette affaire qu'il représentait M. Branch dans l'action pour congédiement injustifié et diffamation :

> [TRADUCTION]
> Q. Vous n'avez pas avisé la Cour et vous n'avez pas avisé le poursuivant. N'est-ce pas exact?

> R. Les aviser à propos de quoi?
>
> Q. À propos du fait que vous représentiez M. Branch dans le cadre des poursuites civiles à ce moment-là.
>
> R. Le poursuivant n'était pas préoccupé par l'instance civile parce que le poursuivant ne prenait pas part à l'instance civile. La Cour s'intéressait à l'instance criminelle et je représentais M. Branch dans le cadre de l'instance criminelle. Me Siscoe, lorsqu'il a témoigné pour le ministère public, a mentionné sa relation avec M. Branch, le fait qu'il représentait M. Branch – ils essayaient de prouver, je crois, l'existence du contrat de travail. De sorte que les personnes présentes dans la salle d'audience sachent qui représentait qui. J'ai de la difficulté à bien saisir votre question.

[55] L'appelant a ajouté que, de toute façon, Me Siscoe avait témoigné qu'il (l'appelant) représentait M. Branch dans l'action pour congédiement injustifié et diffamation :

> [TRADUCTION]
> Q. D'accord. Et vous ne l'avez pas dit au juge?
>
> R. Eh bien, il l'a dit au juge. Il a dit [TRADUCTION] « Me Gillis, je crois, représente » ou quelque chose d'analogue, quels qu'aient pu être les mots exacts, [TRADUCTION] « M. Branch et moi venons de nous rendre compte aujourd'hui que je suis toujours inscrit – comme l'avocat commis au dossier » ou quelque chose du genre. J'ai oublié les paroles mais c'était quelque chose de ce genre. Si vous avez la transcription, je pourrais – vous le dire avec précision.

La proposition de l'appelant voulant que la transcription de l'enquête préliminaire soit produite pour vérifier le témoignage rendu par Me Siscoe à cet égard a été laissée sans réponse.

[56] Le substitut du procureur général a également déposé en preuve, dans le cadre du contre-interrogatoire de l'appelant, le texte de différentes dispositions du *Code*

*de déontologie professionnelle*. Chose curieuse, il a donné comme directive à l'appelant de s'abstenir de commenter leur applicabilité et leur possible violation.

[57] Comme nous le verrons, le juge du procès a conclu, dans ses motifs de décision, que l'appelant s'était comporté d'une façon contraire à la déontologie d'après la [TRADUCTION] « manière très répréhensible » dont il s'était conduit pendant le contre-interrogatoire de M^e^ Siscoe. Il a également conclu que l'appelant avait enfreint trois des nombreuses règles du *Code de déontologie professionnelle* qu'avait mentionnées le substitut du procureur général pendant son contre-interrogatoire. Le juge du procès a estimé que ces manquements à la déontologie traduisaient un manque d'intégrité, facteur important dans l'appréciation de la crédibilité.

F. *Les raisons qui fondent les conclusions du juge du procès en matière de crédibilité et de fiabilité ainsi que la déclaration de culpabilité*

[58] Le juge du procès a ainsi résumé ses conclusions :

> [TRADUCTION]
> […] [E]n ce qui concerne les différentes versions de ce que Gillis a dit à Landry au sujet d'un règlement possible de l'affaire criminelle, je n'accorde aucune crédibilité au témoignage de Gillis. Je conclus que Landry est un témoin très crédible et je considère son témoignage digne de foi. Bref, je suis convaincu, hors de tout doute raisonnable, d'après la preuve qui m'a été présentée, que Gillis a dit à Landry exactement les paroles que Landry lui attribue au sujet du règlement proposé de la poursuite criminelle. [par. 83]

[59] Ces observations sont formulées d'une façon plus complète dans les motifs du juge du procès sous la rubrique [TRADUCTION] « Conclusion » :

> [TRADUCTION]
> Il est clair dans mon esprit, et je dis cela sans réserve aucune, que lorsqu'il s'est entretenu avec Landry, Gillis avait l'intention spécifique de miner le cours de la justice

> en demandant à Landry de faire en sorte que les employés de l'Office ne témoignent pas contre Branch.
>
> Si je tiens compte de la démarche énoncée dans *R. c. W.(D.)*, précité, je ne crois pas la preuve fournie par Gillis concernant les paroles exactes qu'il aurait dites à Landry pour qu'il empêche les témoins de l'Office de témoigner. Aucun doute raisonnable ne subsiste dans mon esprit par suite du témoignage de Gillis, et la preuve que j'ai acceptée me convainc hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de Gillis.
>
> Je suis convaincu que tous les éléments essentiels de l'infraction ont été prouvés et que les faits, considérés dans leur ensemble, prouvent la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. En conséquence, Gillis est déclaré coupable de tentative d'entrave à la justice, tel qu'il a été accusé. [par. 110 à 112]

[60] Les raisons pour lesquelles le juge du procès n'a pas cru l'appelant sont énoncées dans sa décision sous la rubrique [TRADUCTION] « Crédibilité de Rodney J. Gillis » : (1) le témoignage de l'appelant différait de [TRADUCTION] « celui de Rogers sous certains aspects importants »; (2) le témoignage rendu par l'appelant lui-même était [TRADUCTION] « contradictoire sur certaines questions importantes » et ne concordait pas avec la déclaration que l'appelant avait faite à la police; (3) la partie du témoignage où l'appelant avait [TRADUCTION] « ni[é] fermement avoir dit à Landry les paroles qui lui [étaient] attribuées » n'était pas [TRADUCTION] « digne de foi » parce que cette dénégation ne cadrait pas avec son incapacité à [TRADUCTION] « se rappelle[r] ses paroles exactes »; (4) [TRADUCTION] « le témoignage même » de l'appelant montrait que sa tentative en vue de [TRADUCTION] « régler les affaires au criminel et au civil violait » la règle 2 du chapitre 15, la règle 10(ix) du chapitre 8 et la règle 9b) du chapitre 4 du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick; (5) l'appelant avait [TRADUCTION] « agi de manière très répréhensible en omettant d'aviser le juge qui présidait l'audience [à l'enquête préliminaire de M. Branch] et le poursuivant de sa collaboration précise avec l'avocat Siscoe, avant de contre-interroger celui-ci »; (6) [TRADUCTION] « il y [avait] peu de vraisemblance à la prétention de [l'appelant] selon laquelle il se pouvait que le ministère

public accepte de ne présenter aucune preuve concernant les cinq accusations simplement parce que l'affaire civile entre Branch et l'Office aurait été réglée » (c'est moi qui souligne); et (7) le témoignage de l'appelant était [TRADUCTION] « souvent vague, imprécis, intéressé et neutre ». L'appelant avait [TRADUCTION] « semblé manquer de franchise et éluder les questions » et s'était [TRADUCTION] « souvent montré combatif lorsqu'il [avait] été interrogé par [le substitut du procureur général] ». [TRADUCTION] « [P]arfois son témoignage ne semblait ni raisonnable ni cohérent […] [et il n'avait] pas su très bien résister au contre-interrogatoire ».

[61] Le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « de nombreux aspects du témoignage de Me Rogers », associé de l'appelant et co-conseiller juridique pour la défense à l'enquête préliminaire de M. Branch, n'étaient pas dignes de foi. Le juge du procès a ajouté qu'il ne croyait pas [TRADUCTION] « que Rogers ait donné son témoignage avec franchise, honnêteté et de manière crédible », ajoutant que [TRADUCTION] « [t]out simplement, une bonne partie de son témoignage semblait invraisemblable », qu'il s'était [TRADUCTION] « montré évasif par moments et, très simplement, il n'était pas crédible ». Le juge du procès a clos son évaluation du témoignage et de la crédibilité de Me Rogers en disant ceci : [TRADUCTION] « Il n'a pas su bien résister au contre-interrogatoire et il s'est montré argumentateur, non seulement durant le contre-interrogatoire, mais aussi durant l'interrogatoire principal ».

[62] En ce qui concerne M. Landry, le juge du procès a fait les observations suivantes relativement à son témoignage : [TRADUCTION] « Je conclus que ce témoin est très crédible et honnête. Il a semblé faire tous les efforts possibles pour relater les faits aussi précisément qu'il pouvait le faire et il était conscient de l'importance de l'exactitude dans tout son témoignage. Il a fourni un témoignage franc, il n'a jamais été vague dans ses propos et il a su bien résister à un contre-interrogatoire des plus rigoureux et approfondi. Il a été un témoin crédible et je suis convaincu que son témoignage est digne de foi ». Le juge du procès a ajouté qu'aucune des erreurs commises par M. Landry dans son témoignage n'était [TRADUCTION] « importante ou inquiétante ». De l'avis du juge du procès, aucune de ces erreurs ne nuisait à la crédibilité de M. Landry et

[TRADUCTION] « ne [semait de] doute quant à la fiabilité de sa version des parties déterminantes de la conversation qui a eu lieu entre lui et Gillis ».

III. L'argumentation pour ou contre l'infirmation

[63] L'appelant prétend dans l'avis d'appel, ensemble les modifications apportées à l'audience, que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision en s'appuyant sur des descriptions négatives de son témoignage qui ne trouvent pas appui dans le dossier et en interprétant la preuve, notamment son propre témoignage, d'une façon erronée. Le juge du procès aurait mal interprété le témoignage de l'appelant concernant : (1) les prétendues violations du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick; (2) l'inévitabilité de la participation de l'avocat de l'Office, M^e^ Young, au processus de règlement amiable amorcé par la pièce C-1; (3) le rôle de M^e^ Rogers dans la préparation de la pièce C-1; (4) la raison pour laquelle il (l'appelant) s'est adressé à M. Landry plutôt qu'à M^e^ Young; (5) le lien entre l'instance civile et l'instance criminelle; (6) la période pendant laquelle l'offre de règlement amiable resterait en vigueur aux fins de son acceptation par l'Office; (7) les raisons pour lesquelles il croyait que le ministère public pourrait être disposé à envisager de ne produire aucun témoignage contre M. Branch; et (8) la raison pour laquelle il a mentionné l'issue proposée en ce qui concerne les accusations criminelles sur la pièce C-1. De plus, le juge du procès aurait mal interprété d'autres éléments de preuve : (1) en concluant que la partie du témoignage où l'appelant a [TRADUCTION] « fermement » nié avoir prononcé les paroles que M. Landry lui attribuait n'était pas crédible, parce qu'il avait admis ne pas se rappeler les paroles exactes qu'il avait prononcées pour expliquer la pièce C-1; et (2) en ce qu'ils se rapportent aux questions qui, selon lui, avaient une incidence sur la crédibilité de M^e^ Rogers.

[64] De plus, on prétend également dans l'avis d'appel, ensemble ses modifications, que le juge du procès a commis les erreurs suivantes, la plupart étant facilement qualifiées, de par leur nature, d'erreurs de droit : (1) il s'est mal instruit de la pertinence du règlement amiable d'une instance civile pour ce qui concernait le pouvoir

discrétionnaire du poursuivant; (2) il a invoqué la conduite de l'appelant pendant le contre-interrogatoire de M^e^ Siscoe à l'enquête préliminaire de M. Branch comme preuve d'un manque d'intégrité et de crédibilité; (3) il a tenu compte de ce qu'il estimait être des contradictions entre la déclaration que l'appelant avait faite à la police et le témoignage qu'il avait rendu pendant l'interrogatoire principal malgré le défaut du ministère public de soulever cette question pendant le contre-interrogatoire; (4) il a fait un usage de la preuve de lacunes dans les prétentions formulées contre M. Branch, usage qui est interdit en droit; (5) il n'a pas bien saisi la raison fondamentale pour laquelle la fiabilité de M. Landry était contestée; (6) il s'est appuyé sur un élément de preuve neutre (le libellé de la pièce C-1) pour conclure que le témoignage de M. Landry était fiable; (7) il a commis une erreur dans l'application de l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n^o^ 26 (QL); et (8) le verdict est déraisonnable compte tenu de la preuve, convenablement interprétée.

[65] Finalement, dans son mémoire ainsi que dans un autre mémoire déposé vers le milieu de l'audience à la demande de la Cour, et pendant le débat qui a eu lieu en appel, l'appelant a prétendu qu'il n'avait jamais été contre-interrogé au sujet de plusieurs des facteurs qui ont amené le juge du procès à ne pas croire son témoignage et qu'il s'ensuit qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable de présenter une défense pleine et entière. Cet argument tire sa force vitale du discours de lord Herschell dans l'arrêt *Browne c. Dunn*.

[66] Dans le mémoire de l'intimée, on reconnait que le juge du procès a mal interprété certains éléments de preuve. Toutefois, l'intimée prétend qu'aucune erreur justifiant l'infirmation de la décision n'a été commise. Je souscris à cette prétention pour ce qui concerne les erreurs d'interprétation qui ont été reconnues et je ne dirai rien de plus à ce propos.

[67] L'intimée fait également valoir que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit et prétend énergiquement que l'appelant essaie d'amener notre Cour à se lancer dans un procès de novo relativement à l'accusation sous-jacente. À cet égard, l'intimée souligne les observations que j'ai faites, en rendant le jugement de la Cour, dans

l'arrêt *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, 391 R.N.-B. (2e) 130, et prétend que ces observations s'appliquent avec la même rigueur à l'instance qui nous occupe en l'espèce :

> Je suis respectueusement d'avis que les objections de l'appelant aux conclusions en matière de crédibilité qu'a tirées le tribunal d'instance inférieure sont tout simplement sans fondement. Ramenées à l'essentiel, ces objections ne trouvent pas leur source dans des erreurs de droit ou de principe mais procèdent uniquement d'un rejet des conclusions défavorables du juge du procès lesquelles, à mon avis et contrairement à ce que prétend l'appelant, ont découlé de l'application d'un cadre juridiquement exact et sont solidement ancrées dans la preuve. Puisque tel est le cas, ces conclusions doivent être confirmées (voir l'arrêt *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, aux par. 10 à 12). [par. 25]

Notre Cour a en effet reconnu à maintes reprises qu'elle n'a pas pour mandat d'instruire les instances de nouveau, et elle a agi en conséquence. Cela dit, la Cour a le devoir d'intervenir lorsque le verdict contesté est enraciné dans d'importantes erreurs de fait ou de droit.

## IV. Analyse et décision

[68] Les éléments constitutifs de l'infraction, selon les précisions données dans la dénonciation, sont les suivants : (1) avoir tenté volontairement d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice, (2) dans une procédure judiciaire (le par. 139(3) dispose que la procédure en question peut être existante ou « projetée »), (3) en essayant de dissuader une personne de témoigner, (4) par des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption. Étant donné l'accusation qui est formulée dans la dénonciation, l'analyse juridique comportera deux volets, tous deux de nature interprétative.

[69] Le premier volet concerne le deuxième élément constitutif. La tentative doit-elle forcément se rapporter à une procédure judiciaire et, dans l'affirmative, quel est le sens du mot « projetée », ou *proposed* dans la version anglaise, au par. 139(3)? Au moment où Me Gillis a expliqué la pièce C-1 à M. Landry, la seule procédure existante

était l'enquête préliminaire sur les accusations portées contre M. Branch et les parties s'entendent pour reconnaître que l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve » n'avait rien à voir avec l'enquête préliminaire : elle se rapportait à une procédure (le procès de M. Branch) qui pouvait, ou non, avoir lieu. D'où la question suivante : la recherche d'une ordonnance citant l'accusé à procès fait-elle du procès une procédure « projetée » pour les fins de l'art. 139? Peut-être. En l'absence de précédents obligatoires, la réponse à la question qui précède doit être obtenue par l'application des principes d'interprétation législative bien établis.

[70] Le deuxième volet de l'analyse s'intéresse au sens de l'expression « des menaces, des pots-de-vin ou d'autres moyens de corruption ». Le juge du procès a conclu que cet élément essentiel de l'infraction imputée était établi du fait que l'appelant avait dit à M. Landry que [TRADUCTION] « si les accusations criminelles portées contre Branch se rendaient au procès, la conduite de l'Office serait remise en question, certains ministres gouvernementaux seraient appelés à témoigner et les choses allaient se gâter ». Quel est le sens de l'expression « de corruption » et englobe-t-elle les propos cités ci-dessus?

[71] Aucune de ces questions n'a été débattue devant notre Cour. Pour que les choses soient claires, l'appelant n'a pas prétendu que les <u>conclusions de fait du juge du procès</u> ne peuvent, en droit, étayer sa déclaration de culpabilité relativement à l'infraction imputée. Les motifs qui suivent traitent de l'appel tel qu'il a été formulé et plaidé.

[72] Comme l'a souligné le juge du procès, la crédibilité était [TRADUCTION] « un élément déterminant en l'espèce », situation qui fait intervenir l'arrêt *R. c. W.(D.)*, souvent examiné, dans lequel la Cour suprême du Canada a énoncé, étape par étape, la bonne façon d'aborder le règlement de la question de la responsabilité criminelle dans les cas où l'accusé a témoigné :

> Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

> Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.
>
> Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé. [par. 28]

[73] Si l'on s'en tient exclusivement aux éléments de cette démarche qui sont essentiels pour les fins qui nous occupent, l'acquittement de l'appelant était requis sauf si le juge du procès : (1) ne l'a pas cru lorsqu'il a nié, sous serment, avoir dit à M. Landry [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve »; et (2) après avoir examiné la preuve dans son ensemble, n'avait pas de doute raisonnable. Le juge du procès n'a pas cru la dénégation de l'appelant et, par conséquent, il a conclu que sa culpabilité avait été établie hors de tout doute raisonnable. Comme nous l'avons vu, l'appelant conteste la conclusion défavorable du juge du procès concernant sa crédibilité pour le motif qu'elle est le produit d'erreurs de fait et d'erreurs de droit.

[74] La norme de contrôle qui s'applique aux erreurs de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante. Une cour d'appel ne saurait donc infirmer des conclusions concernant la crédibilité pour la simple raison qu'elle en serait arrivée à une conclusion différente. Comme la Cour suprême l'a dit dans l'arrêt *R c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, souvent cité :

> En ce qui a trait au critère d'examen d'une conclusion sur la crédibilité tirée en première instance, il est généralement admis que la cour d'appel doit faire preuve de déférence, sauf erreur manifeste ou dominante. Elle ne peut intervenir simplement parce qu'elle diffère d'opinion (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32-33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 74). [par. 10]

Voir, également, l'arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux par. 70 à 73.

[75] La question du contrôle, en appel, des conclusions en matière de crédibilité tirées à la suite d'allégations d'erreurs factuelles a récemment été examinée dans l'arrêt *J.N.C. c. R.*, 2013 NBCA 59, 409 R.N.-B. (2e) 310, où la Cour a fait observer ce qui suit :

> Étant donné ce qui précède, nous devons faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge du procès en matière de crédibilité, à moins que J.N.C. ne puisse démontrer que ces conclusions sont le produit d'une erreur manifeste et dominante : *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, au par. 10.
>
> Dans *R. c. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 R.N.-B. (2e) 123, au par. 26, et dans d'autres affaires, dont *Mollins c. R.*, 2011 NBCA 62, [2011] A.N.-B. no 237 (QL), au par. 14, notre Cour a fait sienne la définition de l'expression « manifeste et dominante » énoncée dans l'arrêt *Waxman c. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL) :
>
>> La norme de l'« erreur manifeste et dominante » concerne à la fois la nature de l'erreur factuelle et son incidence sur l'issue de l'affaire. Une erreur « manifeste » est une erreur qui est tout à fait évidente : *Housen*, à la page 246. Les erreurs factuelles « manifestes » consistent notamment en des conclusions tirées en l'absence totale de preuves, des conclusions incompatibles avec la preuve établie, des conclusions fondées sur une interprétation erronée de la preuve et des conclusions de fait tirées à partir de faits primaires qui résultent d'une conjecture plutôt que d'une inférence. Une erreur « dominante » est une erreur qui est suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée. Lorsque la conclusion de fait contestée est fondée sur une multitude de conclusions, la conclusion voulant qu'une ou plusieurs de ces conclusions soient fondées sur une erreur « manifeste » ne signifie pas nécessairement que l'erreur est également « dominante ».

> L'appelant doit établir que l'erreur compromet irrémédiablement la conclusion de fait contestée, à tel point que le fait ne saurait être confirmé étant donné cette erreur : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la page 281. [par. 296 et 297]
>
> […]

En toute déférence, il n'existe aucune corrélation entre la description du bateau donnée par la plaignante et sa crédibilité concernant l'incident qu'elle prétend avoir été une agression sexuelle. Le fait que la plaignante connaissait le bateau n'était pas un facteur qui menait à la conclusion inéluctable qu'elle disait la vérité relativement aux actes qui fondent les accusations portées contre l'accusé. À notre avis, il était illogique de la part du juge d'avoir conclu que, parce que la plaignante pouvait décrire un bateau et la manière dont elle y était montée, elle devait dire la vérité au sujet de tout le reste, surtout que la preuve comportait des éléments qui neutralisaient la valeur de ses descriptions.

Bien entendu, que nous ayons conclu que le juge du procès a commis une erreur manifeste dans son appréciation de la crédibilité n'a aucune importance à moins que cette erreur ne soit aussi dominante. Nous estimons que l'erreur appartient à cette catégorie. Le juge du procès a fait de grands efforts pour expliquer pourquoi il était convaincu que l'incident du « bateau » avait eu lieu, et par la suite il s'est contenté d'affirmer qu'il concluait que la plaignante disait la vérité concernant les autres présumés incidents, sans fournir d'analyse détaillée de quelque témoignage qui s'y rapportait. Dans les circonstances, il est tout à fait clair que les erreurs commises par le juge dans son analyse de la crédibilité relativement à l'incident du bateau ont eu une incidence sur le reste de ses conclusions. Autrement dit, le juge a fondé l'ensemble de ses conclusions en matière de crédibilité sur la description du bateau de l'accusé fournie par la plaignante. Il s'agit d'une erreur manifeste qui, dans les circonstances de l'espèce, est aussi une erreur dominante. Au bout du compte, le juge du procès a déclaré J.N.C. coupable parce qu'il a cru la plaignante, et il l'a crue en raison du fait qu'elle pouvait décrire le bateau. C'est là une erreur manifeste et dominante commise dans l'appréciation de la crédibilité.

> Il va sans dire qu'en tant que cour d'appel, nous n'avons pas l'avantage d'observer les témoins. Par conséquent, malgré notre malaise ou notre doute persistant au sujet du verdict, nous ne disposons d'aucun moyen de savoir comment une analyse de la crédibilité non entachée d'une erreur manifeste et dominante pourrait être effectuée en l'espèce. Cela explique pourquoi, en fin de compte, nous avons accueilli la demande d'autorisation d'appel et l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès si le Procureur général choisit cette voie. [par. 14 à 19]
>
> [Souligné dans l'original.]

[76] La norme qui régit l'intervention en appel pour cause d'interprétation erronée de la preuve est « stricte » : *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732, aux par. 1 et 2, et *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, la juge Abella, qui rendait le jugement de la majorité, au par. 19. Dans l'arrêt *Lohrer*, la Cour suprême a fait une mise en garde contre l'intervention, sauf dans le cas où les conditions suivantes sont réunies :

> L'arrêt *Morrissey*, faut-il le souligner, établit une norme stricte. L'interprétation erronée de la preuve doit porter sur l'essence plutôt que sur des détails. Elle doit avoir une incidence importante plutôt que secondaire sur le raisonnement du juge du procès. Une fois ces obstacles surmontés, il faut en outre (le critère étant énoncé de manière conjonctive plutôt que disjonctive) que les erreurs ainsi relevées aient joué un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore « dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité ». [par. 2]

[77] Dans l'arrêt *C.L.Y.*, la Cour a conclu à la majorité que si la juge du procès n'avait pas accordé foi au témoignage de l'accusé, c'était « qu'elle ne l'[avait] pas apprécié correctement et cette erreur [avait] joué un rôle capital dans les condamnations, de sorte qu'elles [devaient] être cassées » (voir le par. 21). J'en arrive à la même conclusion en ce qui concerne les multiples raisons pour lesquelles le juge du procès n'a pas ajouté foi au témoignage de l'appelant. Bien que je sois conscient de la « position privilégiée » qu'occupe le juge pour ce qui est d'évaluer la crédibilité, je conclus que les raisons avancées par le juge du procès trouvent leur source dans une appréciation erronée

de la preuve, laquelle a joué un rôle fondamental dans l'issue qu'a connue l'affaire en première instance.

[78] La norme « stricte » mentionnée dans les arrêts *Lohrer* et *C.L.Y* provient des motifs de jugement, souvent cités, du juge Doherty dans l'arrêt *Morrissey* :

> [TRADUCTION]
> À mon avis, lorsqu'elle est saisie d'un appel d'une déclaration de culpabilité au criminel dans lequel on invoque des erreurs dans l'appréciation de la preuve, notre Cour doit tout d'abord examiner le caractère raisonnable du verdict (ss-al. 686(1)*a*)(i)). Si ce moyen est accueilli, l'acquittement sera prononcé. Si le verdict n'est pas déraisonnable, la cour doit alors déterminer si la mauvaise appréciation de la preuve a donné lieu à une erreur judiciaire grave (ss-al. 686(1)*a*)(iii). Si l'appelant est en mesure d'établir que l'erreur dans l'appréciation de la preuve a donné lieu à une erreur judiciaire, la déclaration de culpabilité doit être annulée et, dans la plupart des cas, un nouveau procès ordonné. Finalement, si l'appelant n'est pas en mesure d'établir que le verdict était déraisonnable ou que l'erreur dans l'appréciation de la preuve a entraîné une erreur judiciaire, la Cour doit se poser l'épineuse question qui consiste à savoir si l'erreur dans l'appréciation de la preuve a constitué une erreur de droit (ss-al. 686(1)*a*)(ii)). S'il s'agit d'une erreur de droit, c'est au ministère public qu'incombera la charge d'établir qu'elle n'a pas donné lieu à une erreur judiciaire (ss-al. 686(1)*b*)(iii)).
>
> […]
>
> L'affaire *Fanjoy*, comme la plupart des instances où le ss-al. 686(1)*a*)(iii) a été invoqué, concernait une inconduite du poursuivant ou du juge pendant le procès : voir, par exemple *R. c. Stewart* (1991), 62 C.C.C. (3d) 289, 43 O.A.C. 109 (C.A.), et *R. c. R. (A.J.)* (1994), 20 O.R. (3d) 405, 94 C.C.C. (3d) 168 (C.A.). Ce genre de conduite compromet évidemment l'équité d'un procès et relève parfaitement du concept de l'erreur judiciaire. Il n'y a rien dans le libellé de la disposition, toutefois, qui donne à penser que ce concept serait limité à un genre d'erreur précis. À mon avis, une erreur quelle qu'elle soit, y compris

> une erreur dans l'appréciation de la preuve commise par le juge du procès, doit être évaluée en fonction de son incidence sur le caractère équitable du procès. Si l'erreur rend le procès inéquitable, le ss-al. 686(1)*a*)(iii) prescrit que la déclaration de culpabilité doit être annulée.
>
> Dans quelles circonstances une erreur dans l'appréciation de la preuve rend-elle un procès inéquitable et entraîne-t-elle une erreur judiciaire? La nature et l'ampleur de l'erreur dans l'appréciation de la preuve et son importance pour le verdict rendu par le juge du procès doivent être examinées à la lumière du principe fondamental qui veut que le verdict soit exclusivement fondé sur la preuve produite au procès. À mon avis, si le juge commet une erreur quant à l'essence d'un élément de preuve important et que cette erreur joue un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité, il s'ensuit que la déclaration de culpabilité de l'accusé n'est pas fondée exclusivement sur la preuve et ne constitue pas un verdict « juste ». Les déclarations de culpabilité fondées sur une interprétation erronée de l'essence même de la preuve produite au procès n'ont pas un fondement plus solide que les déclarations de culpabilité fondées sur des renseignements provenant de sources étrangères au procès. Si un appelant peut démontrer que la déclaration de culpabilité repose sur une interprétation erronée de la preuve, force est de conclure, selon moi, que l'appelant n'a pas subi un procès équitable et qu'il a été victime d'une erreur judiciaire. Tel est le cas même si la preuve réellement produite au procès était susceptible d'étayer une déclaration de culpabilité. [par. 88, 92 et 93]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[79] Si j'applique le cadre analytique dans l'ordre recommandé dans l'arrêt *Morrissey*, j'examine en premier lieu la question de savoir si le verdict est déraisonnable. Le critère à appliquer afin de répondre à cette question consiste à savoir si le verdict est l'un de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées aurait pu raisonnablement rendre : *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, au par. 36. L'acquittement doit être prononcé lorsqu'un verdict est déraisonnable.

[80] La position de la défense au procès, position qui a été réitérée en appel, était que la version que M. Landry a donnée de la seule conversation pertinente qui a eu

lieu entre l'appelant et lui n'était pas fiable et qu'il a mal compris ce qui était proposé. À cet égard, la défense a fait valoir les points suivants dans le mémoire détaillé qu'elle a déposé après le procès :

> [TRADUCTION]
> Il y a de nombreux faits qui, prétendons-nous, indiquent que M. Landry fait fort probablement erreur en ce qui concerne ce que M^e^ Gillis lui aurait dit. Ces faits sont notamment les suivants.
>
> a) Ce fut une très brève conversation et M. Landry a témoigné qu'il était surtout intéressé par l'aspect financier de la proposition.
>
> b) M. Landry n'a pris aucune note pendant la conversation avec M^e^ Gillis, ni après la conversation.
>
> c) M. Landry a témoigné que la description que M^e^ Gillis lui avait faite de la façon dont l'Office pourrait payer les honoraires d'avocat de M. Branch l'avait [TRADUCTION] « beaucoup dérangé ». Selon l'« interprétation » de M. Landry (pas selon les paroles de M^e^ Gillis, mais selon l'« interprétation » de M. Landry), on lui demandait de fournir une explication inexacte des comptes. M. Landry ne savait pas que cette forme de règlement amiable [le paiement, par l'employeur, des honoraires d'avocat de l'employé victime de congédiement injustifié] est parfaitement acceptable afin de régler une poursuite pour congédiement injustifié. On peut lire ceci dans l'ouvrage de Harris intitulé *Wrongful Dismissal*, vol. 3, à la page 8-29 [tel était alors son numéro] :
>
>> [TRADUCTION]
>> *d) Paiement versé directement à l'avocat de l'employé*
>>
>> L'ARC a pour pratique administrative de généralement permettre que l'employeur paye les honoraires directement à l'avocat de l'ex-employé sans retenue à la source et sans conséquences fiscales (sauf pour l'avocat). L'incidence sur l'employé sera généralement la même que si la somme en question était imposable en vertu du par. 56(1)(1.1) [*sic*] et qu'une déduction compensatoire pour frais juridiques était demandée

> en vertu de l'al. 60*o.1*) comme nous l'avons vu ci-dessus.

Harris [*Wrongful Dismissal*] est cité à titre de référence dans de nombreuses décisions rendues par des tribunaux de tous les niveaux en matière de congédiement injustifié. De plus, la pièce C-1, savoir l'offre écrite elle-même, montre clairement aux yeux de tous que les honoraires d'avocat de M. Branch devaient être payés par l'Office de commercialisation. Il n'était pas question de dissimuler quoi que ce soit ni d'en donner une explication inexacte.

d) M. Landry a également reconnu qu'il ne savait pas qu'il était courant, en matière criminelle, que des accusations ont été réglées parce que le ministère public ne présente aucune preuve. Cette pratique est bien connue de la Cour.

e) M. Landry a agi de façon normale durant et après l'entretien avec Me Gillis. Il n'y a eu ni contestation ni question du genre [TRADUCTION] « Qu'est-ce que vous me demandez de faire? », ni aucunes paroles en ce sens. Lorsque Me Rogers a demandé à Me Gillis, après la discussion avec M. Landry, [TRADUCTION] « comment cela s'est-il passé? », Me Gillis a dit à Me Rogers : [TRADUCTION] « Ils vont nous donner une réponse. » Le substitut du procureur général s'est montré critique à l'endroit de Me Gillis parce qu'il n'avait pas discuté de la question avec Me Young le vendredi, mais la preuve non contestée établit [TRADUCTION] qu'« ils allaient donner une réponse » à Me Gillis.

f) M. Landry n'a pas décidé immédiatement de déposer une plainte au criminel. Pourquoi avoir attendu si les paroles que Me Gillis aurait prononcées étaient aussi claires que M. Landry le prétend? En contre-interrogatoire, le sergent Lord a confirmé que ses notes attestent que Me Young [TRADUCTION] « travaille principalement en droit civil et voulait qu'une personne plus expérimentée en droit criminel examine l'offre » et que [TRADUCTION] « l'offre semblait inappropriée », pas qu'elle [TRADUCTION] « était criminelle », mais qu'elle semblait [TRADUCTION] « inappropriée ». Aurait-il été vraiment nécessaire que Me Young consulte d'autres avocats si les paroles attribuées à Me Gillis étaient aussi claires que M. Landry le dit?

g) L'exactitude du souvenir qu'a un témoin peut être influencée par de nombreux facteurs. M. Landry a discuté de la conversation qu'il a eue avec M^e^ Gillis avec plusieurs autres personnes et à plusieurs reprises entre le 10 et le 16 décembre. Ce n'est qu'après cela qu'il a décidé de déposer une plainte au criminel. M. Landry a de nouveau discuté de cette conversation à de nombreuses reprises entre le 16 décembre et le 23 février, jour où il a fait la première déclaration enregistrée au sergent Lord. Il y a eu au moins dix discussions, savoir :

| | |
|---|---|
| Landry - Gould-McDonald<br>(M. Landry a dit 10 min.,<br>puis 5 à 10 min., puis 10 min.) | le 10 décembre 2009 |
| Landry - Young (téléphone)<br>(jusqu'à 15 minutes) | le 10 décembre 2009 |
| Landry - Young (durée non divulguée) | le 11 décembre 2009 |
| Landry - Young,<br>Gould-McDonald<br>(durée non divulguée) | le 11 décembre 2009 |
| Landry – Young,<br>Gould-McDonald<br>(par intermittence toute la journée) | le 11 décembre 2009 |
| Landry-Young<br>(durée non divulguée) | le 16 décembre 2009 |
| Landry – Gould-McDonald<br>(durée non divulguée) | le 16 décembre 2009 |
| Landry - agent Comeau,<br>Police de Bathurst<br>(durée non divulguée) | le 16 décembre 2009 |
| Landry et son conseil<br>d'administration (durée non divulguée) | |
| Landry et Young<br>(durée non divulguée) | le 23 février 2010 |

Même si cela n'est pas intentionnel, il est notoire que ces discussions peuvent influer sur la qualité et l'exactitude d'un souvenir ou les altérer.

h) M. Landry a témoigné avoir constaté une grande animosité entre M^e^ Young et M^e^ Gillis. M. Landry n'a pas dit qu'elle était uniquement le fait d'une des parties comme l'a laissé entendre le ministère public pendant ses observations. Elle s'est manifestée dans la manière dont M^e^ Young a témoigné et le ton qu'il a adopté. Elle était

particulièrement apparente dans le ton plutôt indigné qui a été adopté pour répondre à la dernière question posée à Me Young en contre-interrogatoire, savoir s'il avait communiqué avec Me Gillis afin de clarifier l'offre. Sa réponse a été brusque : [TRADUCTION] « Non ». C'est avec Me Young que M. Landry a eu plusieurs des conversations en question. Nous faisons valoir que, même sans qu'on le sache ou sans qu'on le veuille, l'animosité peut faire naître des impressions et fausser des discussions sur ce qui a été dit ou sur ce qu'on a voulu dire lors d'une conversation antérieure.

i) Le sergent Lord a clairement dit qu'il voulait n'avoir aucun entretien avec M. Landry avant l'enregistrement de la déclaration afin de ne pas influencer M. Landry de quelque façon que ce soit. Le sergent Lord a témoigné que [TRADUCTION] « les déclarations sont en quelque sorte [sa] spécialité » et il les recueille en s'assurant de ne pas contaminer les renseignements fournis et de ne pas poser des questions suggestives ou faire des insinuations pendant l'entretien. Pourtant, M. Landry avait déjà parlé de l'affaire à de nombreuses personnes plusieurs fois. Il est fort possible que pendant ces nombreuses discussions, le souvenir qu'avait M. Landry de la conversation, souvenir qui n'a, en pratique, pas de sens, ait été modifié.

j) M. Landry a témoigné avoir été étonné lorsque Me Gillis est venu le voir.

k) Aucune clarification de l'offre n'a été demandée par qui que ce soit.

l) M. Landry a témoigné s'être rappelé de détails additionnels au sujet de la conversation avec Me Gillis pendant qu'il se préparait en vue du procès en juillet 2012, soit deux ans et sept mois après les faits.

m) M. Landry a ensuite témoigné se rappeler encore plus de détails additionnels pour la première fois au procès, pendant qu'il rendait témoignage, en août 2012. Pourtant, M. Landry avait confirmé qu'au moment où il a fait sa déclaration initiale le 23 février 2010, il savait que la déclaration devait être complète et faire état de tous les renseignements importants étant donné la gravité de l'accusation.

n) Pour expliquer le fait qu'il se remémorait de nouveaux détails, M. Landry a dit qu'il était intimidé lorsqu'il avait fait sa déclaration au policier en 2010, lequel policier est spécialisé dans la prise des déclarations, mais il n'était pas semble-t-il intimidé lorsqu'il s'est agi de rendre témoignage devant la Cour. La défense fait valoir que M. Landry n'a pas semblé être quelqu'un qui se laisserait facilement intimider. En fait, il était agressif, faisons-nous valoir, pendant le contre-interrogatoire.

o) M. Landry a clairement fait une erreur en ce qui concerne ce sur quoi l'offre de règlement amiable était rédigée. Elle était écrite au verso d'une seule feuille de papier sur laquelle figurait, au recto, un bulletin d'information daté du 9 décembre 2009. Elle n'était pas écrite sur un bloc-notes non plus que dans un calepin. Lors du voir-dire, qui a été admis au procès, M. Landry a rendu le témoignage suivant :

[TRADUCTION]
BEAULIEU : L'offre de règlement amiable originale, il l'a prise dans, d'après ce que je me rappelle de votre témoignage, dans un bloc-notes, il a déchiré la page d'un bloc-notes? Est-ce exact?

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Donc, il s'agit des blocs-notes du genre dont, vous savez, dont nous nous servons en Cour aujourd'hui, des bloc-notes dont on déchire une page lorsqu'on écrit quelque chose dessus.

LANDRY : Eh bien, c'était un genre de bloc-notes en similicuir.

BEAULIEU : Un bloc-notes en similicuir?

LANDRY : Eh bien, je veux dire qu'il était recouvert d'un étui en similicuir, il en a arraché une page.

BEAULIEU : Bien, donc, il y avait un bloc-notes à l'intérieur d'un étui en similicuir? Est-ce bien ce que vous dites?

LANDRY : Oui.

Pendant l'interrogatoire principal, le lendemain, M. Landry a dit ceci : [TRADUCTION] « Il a arraché la page ou l'a sortie de son calepin ». En contre-interrogatoire, lorsqu'on l'a mis en présence du fait qu'il s'agissait d'une seule feuille de papier au verso de laquelle il y avait un bulletin d'information, il a modifié son témoignage et a dit que Me Gillis l'avait mise dans une chemise ou l'avait sortie d'une chemise. Pourtant, dans sa déclaration à la police, il a expressément nié qu'il y eût une chemise et a confirmé au policier que :

[TRADUCTION] « c'était un bloc-notes, il a déchiré la page du dessus, il n'y avait pas de chemise, il l'a arrachée de son calepin et m'en a donné une copie ».

M. Landry est ensuite de nouveau revenu sur son témoignage en contre-interrogatoire et a dit : [TRADUCTION] « il a un peu joué avec le dessus et il l'a sortie ». M. Landry a reconnu, à la fin de cet échange, que cela avait été [TRADUCTION] « un mauvais choix de mots ». Il a ensuite dit, en guise d'explication « tu es française? » à Me Beaulieu, [TRADUCTION] « êtes-vous francophone? ».

Cela explique peut-être aussi en partie pourquoi M. Landry a mal compris Me Gillis dès le départ.

p) M. Landry a reconnu que son témoignage selon lequel Me Gillis avait [TRADUCTION] « un peu poussé Mme Gould-McDonald pour qu'elle s'en aille » n'était pas non plus exact et avait aussi été [TRADUCTION] « un mauvais choix de mots ».

q) M. Landry a reconnu que son témoignage selon lequel M. Branch avait été congédié en octobre 2005 était également erroné, c'était en fait en mars 2006.

r) M. Landry a reconnu qu'il s'est trompé et a donné des renseignements incorrects concernant Robert Brimsacle, un des nombreux noms lancés par le ministère public. M. Landry s'est plus tard rendu compte qu'il avait pensé que le ministère public voulait parler d'Austin Brimsacle. Cela montre à quel point il est facile que des erreurs et des malentendus se glissent dans une conversation. Sur ce point, on doit se demander de quelle façon un avocat peut, correctement et en toute bonne foi, expliquer à un

> non-juriste la pratique qui consiste, en droit criminel, à régler une accusation en faisant en sorte que le ministère public ne présente aucune preuve? L'explication pourrait-elle comprendre une déclaration portant que les témoins ne rendront pas témoignage? L'explication pourrait-elle aussi comprendre une déclaration selon laquelle le ministère public reconnaît qu'il n'a pas de preuve? À quel point est-il facile que l'on puisse se méprendre sur cette explication ou mal la comprendre?
>
> s) M. Landry a témoigné qu'il y avait jusqu'à trente témoins à l'enquête préliminaire; il y en avait en fait treize selon le témoignage de Me Gillis.
>
> t) M. Landry a dit que Linda Gould-McDonald se trouvait à une distance de vingt pieds pendant la conversation avec Me Gillis. Mme Gould-McDonald a dit qu'elle se trouvait à trois pieds d'eux.
>
> u) Mme Linda Gould-McDonald dit qu'elle n'était pas assez proche pour entendre une conversation quelconque et pourtant, elle a entendu au moins la dernière partie de la conversation, savoir celle où M. Landry a demandé la feuille de papier sur laquelle l'offre était écrite. Elle était, semble-t-il, tout aussi proche au moment où Me Gillis aurait, à ce qu'on prétend, conseillé la perpétration d'une infraction criminelle.
>
> v) Mme Linda Gould-McDonald dit qu'elle a vu Me Gillis en train d'écrire pendant la conversation avec M. Landry. M. Landry a dit que Me Gillis n'a rien écrit, que l'offre avait été entièrement préparée à l'avance.
>
> w) M. Landry semble avoir eu un intérêt personnel important dans le dépôt de l'accusation contre Me Gillis. La preuve confirme l'existence de nombreux appels et courriels à la police et même une mention de Me Gillis, dans un courriel, comme étant [TRADUCTION] « notre ami commun ».

[81] De plus, dans son mémoire ultérieur au procès, la défense a présenté une argumentation en faveur d'un doute raisonnable qui était fondée sur le témoignage de l'appelant :

[TRADUCTION]
19. En outre, Me Gillis a choisi de rendre témoignage et il a témoigné sous serment qu'il n'a pas prononcé les paroles qui lui sont imputées. Il n'a commis aucun acte criminel. Voici le témoignage qu'il a rendu.

a) La remise de la pièce C-1 à M. Landry avait pour but d'essayer de régler la poursuite civile afin que les avocats de la défense puissent aller voir le ministère public une fois le litige civil avec l'Office réglé, mettre en lumière les lacunes de la preuve du ministère public, montrer au ministère public les chèques additionnels qu'ils avaient en leur possession et voir s'ils pouvaient amener le ministère public à accepter de ne présenter aucune preuve relativement aux accusations.

b) Au début de l'enquête préliminaire, il y a eu, de la part d'un des policiers, une proposition en vue d'une négociation de plaidoyer, c'est-à-dire en vue d'un plaidoyer de culpabilité à l'une quelconque des accusations.

c) Me Rogers et lui étaient tous deux d'avis que la preuve du ministère public posait problème. Au bout du compte, quatre des cinq accusations portées contre M. Branch ont été retirées et personne ne sait quelle aurait été l'issue si Me Gillis et Me Rogers étaient demeurés avocats de la défense.

d) Il n'a jamais eu l'intention d'entraver la justice.

e) Il n'a jamais eu l'intention d'amener M. Landry à jouer un rôle quelconque auprès des témoins ou à les influencer.

f) Il n'a pas dit à M. Landry [TRADUCTION] « les témoins sont "vos" témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas ». Cette dénégation est le témoignage de Me Gillis qui doit être évalué et mis en comparaison avec le témoignage de M. Landry, en ce qui concerne [les paroles] qui auraient été prononcées, dans le cadre de l'analyse prescrite par l'arrêt *W.(D.)*. En outre, Me Gillis a témoigné qu'il est fort conscient du fait que les témoins n'étaient pas les témoins de M. Landry et que seul le ministère public est habilité à ne présenter aucune preuve.

g) Il a présenté une offre, la pièce C-1, à l'intention du conseil d'administration et de son conseiller juridique par l'intermédiaire de M. Landry.

h) L'intention était que M. Landry remette cette offre au conseil d'administration et au conseiller juridique.

i) Il savait que l'offre devait être présentée au conseil d'administration et au conseiller juridique pour qu'une décision soit prise et pour que la dernière main soit mise à d'éventuels documents constatant le règlement amiable.

j) M. Branch lui avait donné l'autorisation de régler les poursuites civiles à l'amiable conformément à ce qui a été mentionné.

20. La véracité du témoignage de M^e^ Gillis sur ces aspects clefs n'a pas été contestée en contre-interrogatoire. Son témoignage soulève à tout le moins un doute raisonnable quant à sa culpabilité selon les directives de la Cour suprême du Canada données dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*.

21. Le ministère public a assez longuement fait état de la prétendue signification d'être, au civil, l'« avocat commis au dossier ». En toute déférence, le ministère public n'a produit aucune preuve de la « pratique au civil » applicable afin que la Cour puisse apprécier une quelconque signification à cet égard. La seule preuve ressortissant à la pratique au civil est venue de M^e^ Gillis lui-même. Il a expliqué que l'« avocat commis au dossier » n'est pas forcément le seul avocat chargé d'une affaire et qu'il n'est pas nécessaire d'être l'avocat commis au dossier pour avoir l'autorisation de régler une affaire à l'amiable. Il n'y a aucune preuve sur laquelle s'appuyer pour critiquer la façon dont M^e^ Gillis a procédé, malgré le fait que le ministère public s'est longuement étendu sur des documents jusqu'alors non divulgués, établissant que M^e^ Gillis n'était pas encore l'avocat commis au dossier pour ce qui concerne les documents déposés devant la Cour.

22. Le ministère public a produit en contre-interrogatoire trois chapitres du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick. En toute déférence, les prétendues violations du *Code* ne sont pas pertinentes pour ce qui concerne le prétendu

comportement criminel que la Cour doit évaluer. Nous soulignons néanmoins ceci :

(i) Le chapitre 4, règle 9b), sous le titre « Interdiction des menaces de poursuite », qu'invoque le ministère public, dispose qu'un avocat ne peut rechercher l'abandon d'une poursuite criminelle en échange du paiement d'une somme ou de la cession d'un bien. Il n'y a aucun élément de preuve établissant que M^e^ Gillis aurait menacé qui que ce soit de poursuite ou offert une somme d'argent ou un bien à quiconque en vue d'obtenir l'abandon d'une poursuite criminelle. Rien ne permet de laisser entendre qu'il y a eu violation de ce *code*.

(ii) Le chapitre 8, règle 10(iv), qu'invoque le ministère public, dispose qu'il est interdit à l'avocat de tenter d'influencer la décision de la Cour ou les mesures prises sauf par la libre persuasion en tant que défenseur. Aucun élément de preuve ne donne à penser qu'il y a eu violation de cette règle.

(iii) Le chapitre 8, règle 10(ix), qui est invoqué, dispose qu'il est interdit à un avocat de dissuader un témoin important de témoigner. Bien qu'il n'existe aucun élément de preuve relatif à un témoin important, c'est là l'acte criminel allégué et la Cour doit déterminer si la perpétration de cet acte a été prouvée hors de tout doute raisonnable. Le *Code de déontologie* n'apporte rien aux délibérations de la Cour sur cette question.

(iv) Le ministère public a aussi invoqué le chapitre 15, règle 2(i), qui traite de la constatation du défaut d'une partie. Cette disposition ne s'applique pas non plus à la présente instance.

(v) Le chapitre 15, règle 2(ii), qui est invoqué, dispose qu'il est interdit à un avocat de communiquer directement avec une personne représentée par un autre avocat, sauf avec le consentement de ce dernier. Bien que la remise d'une offre à un employé afin qu'elle soit communiquée à une partie, en l'espèce un conseil d'administration et l'avocat du conseil d'administration, puisse constituer une violation de la règle 2(ii), il ne s'agit toutefois pas, ainsi que le reconnaît le ministère public, d'une infraction criminelle. Cela n'a non plus aucune pertinence pour ce qui concerne la question que la Cour doit en définitive trancher,

> savoir le prétendu acte criminel visé à l'article 139 du *Code criminel*.
>
> Dans la décision *R. c. Kirkham*, [1998] S.J. No. 458, la Cour a clairement dit, aux paragraphes 21, 23 et 33, qu'une conduite relevant de la déontologie n'est pas pertinente pour les fins de l'évaluation par la Cour d'une prétendue entrave à la justice d'ordre criminel. Dans cette affaire, un avocat avait été accusé d'entrave à la justice relativement à des allégations de communications irrégulières avec des jurés.
>
> 23. La défense maintient que la prétention du ministère public selon laquelle Me Gillis a commis l'acte criminel reproché [TRADUCTION] « parce qu'il déteste et méprise les règles et fait manifestement peu de cas des règles de procédure » n'est pas étayée, est absurde et n'a aucun fondement factuel. Une médisance d'une portée aussi large de la part du ministère public, faite pour la simple raison que Me Gillis a remis une offre à un employé afin que celui-ci la transmette au conseil d'administration, à l'avocat et à toute autre personne selon qu'il l'estimerait nécessaire ou souhaitable, est injuste, injustifiée et déraisonnable.
>
> 24. Me Gillis a témoigné pendant l'interrogatoire principal qu'il regrettait que l'offre ait été présentée à M. Landry et il a reconnu, après coup, que, s'il avait présenté cette offre à Me Young, il ne se trouverait pas dans la situation où il se trouve aujourd'hui. En contre-interrogatoire, Me Gillis a de nouveau exprimé son regret de ne pas avoir choisi un moyen différent pour présenter l'offre au lieu de le faire par l'intermédiaire de M. Landry. Cet acte, toutefois, ne constitue en aucune façon une infraction criminelle et il ne justifie pas non plus que l'on jette le discrédit sur le témoignage de Me Gillis. Le fait est qu'aucune plainte n'a jamais été déposée devant le Barreau du Nouveau-Brunswick et que le Barreau n'a jamais tiré de conclusion portant que Me Gillis aurait violé un quelconque *Code de déontologie*.
>
> [C'est moi qui souligne.]

[82] Le mémoire postérieur au procès approfondissait, également, les circonstances qui, prétendait la défense, démontraient qu'il était peu probable ou peu plausible que l'appelant ait pu dire à M. Landry [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins,

donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve » :

> [TRADUCTION]
> Nous faisons valoir que la prétendue directive qui aurait été donnée à M. Landry est peu probable et illogique et qu'on n'aurait pas pu y donner suite de toute façon, pour les raisons suivantes.
>
> a) La conversation entre Me Gillis et M. Landry a duré de trois à quatre minutes, selon M. Landry, cinq tout au plus, et a principalement porté sur une analyse coût/bénéfice du règlement d'une poursuite civile par l'Office de commercialisation. Si l'on accorde à Me Gillis l'avantage du témoignage le plus favorable rendu par M. Landry, soit une conversation de trois minutes, étant donné tout ce qui a été dit, la discussion concernant l'expression [TRADUCTION] « Au criminel – ne présenter aucune preuve » n'a pas pu durer plus de quelques secondes.
>
> b) La conversation a eu lieu dans un corridor public du palais de justice malgré le fait que des salles privées étaient disponibles.
>
> c) M. Landry n'avait rencontré Me Gillis que trois fois auparavant, lorsqu'il l'avait aidé à faire une traduction du français à l'anglais pour un client de Me Gillis que M. Landry connaissait. Il n'est pas raisonnable de penser que Me Gillis suggérerait une conduite criminelle à quelqu'un qu'il connaissait à peine, qu'il avait rencontré, comme traducteur, à trois reprises.
>
> d) Me Gillis a, sans trop se poser de questions et sans hésiter, remis à M. Landry l'offre écrite et l'a invité à en discuter avec quiconque selon qu'il l'estimerait nécessaire ou souhaitable. Textuellement, l'échange qui a eu lieu en contre-interrogatoire sur ce point a été le suivant :
>
> [TRADUCTION]
> BEAULIEU : Vous aviez reçu l'offre et vous en avez fait part au conseil d'administration.
>
> LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Parce que c'était votre rôle, exact?

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Et M^e^ Gillis a reconnu qu'il était tout à fait indiqué de la présenter au conseil et d'en discuter avec M^me^ Gould-McDonald, n'est-ce pas?

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Il vous a invité à le faire?

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Après vous avoir remis l'offre.

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Il a dit [TRADUCTION] « n'hésitez pas à en discuter avec les personnes que vous devez consulter ».

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : En toute franchise.

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Il n'a apporté aucune restriction de quelque nature que ce soit, du genre [TRADUCTION] « ne parlez pas d'une certaine partie de l'offre », n'est-ce pas?

LANDRY : Non.

BEAULIEU : Il a dit l'offre en entier.

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Et je dirai aussi qu'il n'a même pas pris le temps d'y penser, il vous a offert d'en discuter avec eux, sans la moindre hésitation, ce sont là les paroles que vous avez prononcées dans cette déclaration, [TRADUCTION] « sans hésitation, maître Rod Gillis m'a donné la feuille de papier, il l'a arrachée de son bloc-notes et m'a dit de parler au conseil », est-ce exact?

LANDRY : Oui.

e) En fait, le ministère public avait déjà toutes les preuves dont il croyait avoir besoin pour aller de l'avant avec les accusations portées contre M. Branch; comme le dit le vieil adage, [TRADUCTION] « il ne sert à rien de fermer la porte de l'écurie lorsque le cheval s'est déjà échappé », en ce qui concerne ce que M. Landry ou n'importe qui d'autre que le ministère public aurait pu faire pour retirer les accusations.

f) Le ministère public avait les déclarations sur vidéo de tous les témoins ou presque. La défense le savait parfaitement grâce à la preuve communiquée et en fait, le ministère public a utilisé certaines des déclarations sur vidéo à l'enquête préliminaire de M. Branch. Le ministère public aurait également pu utiliser toute la preuve recueillie à l'enquête préliminaire à l'encontre de témoins peu coopératifs.

g) Le ministère public a le pouvoir d'assigner des témoins et il peut obtenir des mandats d'arrestation à l'encontre des témoins qui refusent d'obéir à une assignation.

h) Il n'y a eu absolument aucune discussion entre M^e^ Gillis et M. Landry à propos d'un témoin en particulier, ou quant à savoir si M. Landry savait qui allaient être les témoins à charge. En fait, pendant son témoignage, M. Landry a reconnu qu'il ne savait pas qui étaient les témoins qui devaient être entendus au procès, il a témoigné [TRADUCTION] qu'« il ne participait pas au processus ».

i) En contre-interrogatoire, M. Landry a rendu le témoignage suivant :

[TRADUCTION]
BEAULIEU : Bien, monsieur, à l'enquête préliminaire, il y a de nombreux témoins qui ont été appelés, n'est-ce pas? « De nombreux » voulant dire « beaucoup ».

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Et mon opinion, monsieur, est qu'on s'attendait à ce qu'il y ait probablement trente témoins ou plus peut-être au procès? Vous le saviez?

LE JUGE : Vous parlez de l'enquête préliminaire?

BEAULIEU : Du procès.

LANDRY : Du procès?

BEAULIEU : Du procès, du procès de M. Branch.

LANDRY : Oh, je ne sais pas.

BEAULIEU : Mais, d'accord, d'après ce que vous avez compris, il aurait pu y avoir jusqu'à trente témoins pour l'enquête préliminaire.

LANDRY : Oui.

BEAULIEU : Et pour le procès, davantage peut-être, vous ne savez pas.

LANDRY : Non, je ne participais pas au processus.

j) Sans donner de véritable explication quant à leur pertinence, le ministère public a présenté trente noms environ à M. Landry pendant son interrogatoire principal. Le ministère public n'a pas établi quel rôle, le cas échéant, devaient jouer vingt-trois de ces personnes dans la poursuite. Le ministère public a seulement donné leurs noms. M. Landry a dit que sept de ces trente personnes étaient des témoins à l'enquête préliminaire, que deux d'entre elles lui étaient inconnues et que l'une d'entre elles était monsieur Steve Martin, qu'il avait entendu parler de lui et avait fait sa connaissance à l'enquête préliminaire; trois de ces personnes étaient d'anciens employés mais nous ne savons pas pour qui ils travaillaient ni à quel moment. Nous ne savons pas non plus quel était leur rôle comme témoins ou à quel point M. Landry pouvait les connaître, avoir un lien avec eux, le cas échéant, ou, à plus forte raison, exercer une influence sur eux. Le dernier des sept témoins identifiés relativement à l'enquête préliminaire était un témoin expert, un ingénieur.

k) Pendant le contre-interrogatoire de M^e^ Gillis, le ministère public l'a renvoyé aux mêmes trente noms, parmi lesquels M^e^ Gillis a reconnu neuf personnes qui avaient été témoins ou dont le nom avait figuré sur une liste de témoins. Aucun effort n'a été fait en vue d'établir qui avait témoigné jusqu'au 10 décembre 2009, savoir le jour où l'offre de règlement amiable a été faite, et aucune preuve

n'a été produite en ce qui concerne l'importance de l'une ou l'autre des personnes en question.

l) Dans toutes les instances que le ministère public a invoquées comme précédent, il y avait eu une tentative en vue de dissuader une seule personne, bien identifiée, qui prenait part à la poursuite. Dans la poursuite qui nous occupe en l'espèce, le ministère public n'a produit aucun élément de preuve établissant qui devait, en fait, être dissuadé. Laisse-t-on entendre que sans directives précises, on conseillait à M. Landry de dissuader quelque trente personnes de témoigner? Cela n'est pas raisonnable. Pour que cette allégation ait une certaine vraisemblance, et à plus forte raison soit prouvée hors de tout doute raisonnable, il faudrait que la preuve établisse de façon réaliste qui étaient les témoins qui étaient visés et sur qui, à ce qu'on savait, M. Landry avait de l'influence. Le ministère public n'a produit aucune preuve de cette nature.

m) M. Landry lui-même n'était pas un témoin et il n'était devenu le directeur de l'Office de commercialisation qu'en février 2007. Les accusations portées contre M. Branch relativement à l'Office de commercialisation se rapportaient à des périodes antérieures, soit entre 1999 et 2005. M. Landry n'était pas le remplaçant de M. Branch comme l'a laissé entendre le ministère public. M. Landry a témoigné que M. Branch avait été remplacé par monsieur Rod O'Connell, puis par monsieur Yannick Sirois et qu'ensuite, M. Landry avait pris le poste. M. Landry était très éloigné dans le temps et physiquement de M. Branch et il n'y a eu aucune discussion entre M^e^ Gillis et M. Landry à propos de ce que ce dernier savait ou de ce sur quoi il pouvait exercer une influence, le cas échéant.

n) Le ministère public a laissé entendre que la Cour devait tout simplement inférer que M^e^ Gillis savait que M. Landry avait de l'influence et voulait que ce dernier se serve de cette influence pour faire obstacle à la preuve du ministère public. Le témoignage non contesté que M^e^ Gillis a rendu dans le cadre de sa déclaration au sergent Lord est que, s'il avait voulu essayer d'influencer quelqu'un, ce n'aurait pas été M. Landry, M^e^ Gillis estimant que celui-ci n'avait aucune influence. Il n'existe aucune preuve sur laquelle s'appuyer pour inférer qu'il y a eu influence comme le prétend le ministère public et le ministère public ne s'est toujours pas acquitté du fardeau de la preuve.

[C’est moi qui souligne.]

[83] La reproduction de ces certes longs extraits du mémoire déposé par la défense après le procès a tout simplement pour but de présenter les multiples arguments qui militent contre la déclaration de culpabilité et leur sérieux relatif. Néanmoins, étant donné le dossier dont nous disposons, un verdict d’acquittement imposé, bien que possible, ne serait pas obligatoire. En effet, il est à tout le moins permis de soutenir qu’un juge des faits ayant reçu des directives appropriées pourrait raisonnablement rendre un verdict de culpabilité sur la foi du seul témoignage de M. Landry. Cela étant, on ne saurait dire que le verdict est déraisonnable ou qu’il ne peut pas s’appuyer sur la preuve au sens du ss-al. 686(1)*a*)(i). Toutefois, comme nous l’avons vu, le dossier révèle d’importantes erreurs de fait et de droit qui ont eu pour effet cumulatif de priver l’appelant d’un procès équitable et ont donné lieu à une erreur judiciaire.

A. *Les erreurs de fait : l’interprétation erronée de la preuve*

[84] Le verdict de culpabilité prononcé devant la Cour provinciale repose sur deux piliers : le premier est une conclusion selon laquelle le principal témoin à charge, M. Landry, était à la fois crédible et fiable; le second est une conclusion selon laquelle l’appelant n’était pas crédible.

[85] Il vaut la peine, ne serait-ce que par souci de commodité, de reproduire les raisons pour lesquelles le juge du procès n’a pas cru l’appelant et qui sont exposées au paragraphe 60 ci-dessus : (1) le témoignage de l’appelant différait de [TRADUCTION] « celui de Rogers sous certains aspects importants »; (2) le témoignage rendu par l’appelant lui-même était [TRADUCTION] « contradictoire sur certaines questions importantes » et ne concordait pas avec la déclaration que l’appelant avait faite à la police; (3) la partie du témoignage où l’appelant avait [TRADUCTION] « ni[é] fermement avoir dit à Landry les paroles qui lui [étaient] attribuées » n’était pas [TRADUCTION] « digne de foi » parce que cette dénégation ne cadrait pas avec son incapacité à [TRADUCTION] « se rappelle[r] ses paroles exactes »;

(4) [TRADUCTION] « le témoignage même » de l'appelant montrait que sa tentative en vue de [TRADUCTION] « régler les affaires au criminel et au civil violait » la règle 2 du chapitre 15, la règle 10(ix) du chapitre 8 et la règle 9b) du chapitre 4 du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick; (5) l'appelant avait [TRADUCTION] « agi de manière très répréhensible en omettant d'aviser le juge qui présidait l'audience [à l'enquête préliminaire de M. Branch] et le poursuivant de sa collaboration précise avec l'avocat Siscoe, avant de contre-interroger celui-ci »; (6) [TRADUCTION] « il y [avait] peu de vraisemblance à la prétention de [l'appelant] selon laquelle il se pouvait que le ministère public accepte de ne présenter aucune preuve concernant les cinq accusations <u>simplement</u> parce que l'affaire civile entre Branch et l'Office aurait été réglée » [c'est moi qui souligne]; et (7) le témoignage de l'appelant était [TRADUCTION] « souvent vague, imprécis, intéressé et neutre ». L'appelant avait [TRADUCTION] « semblé manquer de franchise et éluder les questions » et s'était [TRADUCTION] « souvent montré combatif lorsqu'il [avait] été interrogé par [le substitut du procureur général] ». [TRADUCTION] « [P]arfois son témoignage ne semblait ni raisonnable ni cohérent […] [et il n'avait] pas su très bien résister au contre-interrogatoire ».

[86] Je commence par les erreurs d'interprétation qui sous-tendent la conclusion voulant qu'il y ait eu violation de trois règles énoncées au *Code de déontologie professionnelle*. Voici les observations du juge du procès à cet égard :

> [TRADUCTION]
> Comme je l'ai mentionné plus tôt, un des facteurs dont il faut tenir compte dans l'évaluation de la crédibilité d'un témoin est l'intégrité de la personne. <u>Il est évident, d'après le témoignage même de Gillis, que la manière dont il a tenté de régler les affaires au criminel et au civil violait un certain nombre de règles du *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick</u>. Il est évident aussi d'après le témoignage de Gillis qu'il était au courant de ces règles. Voici quelques exemples des violations qu'il aurait commises :

> 1- Au chapitre 15, à la règle 2 (pièce C-27), il est prévu que lorsqu'un avocat sait qu'un de ses collègues a été consulté dans une affaire, il « ne communique pas ni ne cherche à transiger ou à négocier directement avec une personne représentée par un autre avocat, sauf avec le consentement ou par l'entremise de ce dernier ». En discutant avec Landry et en lui présentant l'offre de règlement, Gillis violait manifestement cette règle.
>
> 2- Au chapitre 8, à la règle 10(ix) (pièce C-26), il est prévu qu'un avocat qui agit à titre de défenseur d'un client dans une affaire ne doit pas dissuader « un témoin important de témoigner » ou conseiller à celui-ci « de s'absenter de l'instance ». Gillis a violé cette règle aussi.
>
> 3- Au chapitre 4, à la règle 9b) (pièce C-25), il est prévu que l'avocat « ne peut conseiller, rechercher ou obtenir l'abandon d'une poursuite criminelle moyennant le paiement d'une somme ou la cession d'un bien à son client ou au profit de celui-ci ». Manifestement, Gillis a violé cette règle par l'offre de règlement qu'il a faite et qui prévoyait le versement de la somme de 200 000 $.

Malgré le fait qu'il n'était pas très clair parfois quel avocat représentait Branch dans les affaires civiles à un moment donné, le 17 août 2009, l'avocat Martin Siscoe (« Siscoe ») a déposé un avis de changement d'avocat dans la poursuite civile concernant le certificat d'affaire en instance, dans lequel il a nommé l'avocat G. Peter Hyslop (« Hyslop ») comme son remplaçant. Auparavant, toutefois, vers la fin du mois de juillet 2009, Branch et l'avocat Hyslop avaient visité Gillis, et Branch avait demandé à Gillis de le représenter dans toutes les affaires civiles et criminelles, Hyslop devant prêter main-forte à Gillis pour le certificat d'affaire en instance. Par conséquent, en décembre 2009, Gillis (par l'entremise de l'avocat Hyslop) et Siscoe représentaient Branch dans les poursuites civiles. Toutefois, Gillis a admis qu'à l'enquête préliminaire de Branch, durant laquelle Gillis a contre-interrogé Martin Siscoe, il avait omis d'informer et le juge qui présidait l'audience et le poursuivant du fait que lui-même et Siscoe occupaient dans ces dossiers. En effet, Gillis a admis qu'il n'avait même pas dit à Siscoe qu'il représentait Branch dans

> certains dossiers. Toutefois, Gillis prétend que Siscoe savait déjà cela et qu'il l'avait mentionné dans son témoignage.
>
> À mon avis, Gillis a agi de manière très répréhensible en omettant d'aviser le juge qui présidait l'audience et le poursuivant de sa collaboration précise avec l'avocat Siscoe, avant de contre-interroger celui-ci.
>
> Gillis a témoigné qu'aucune plainte n'a été déposée contre lui auprès du Barreau du Nouveau-Brunswick en raison de quelque violation que ce soit, ou de toutes les violations mentionnées auparavant, relativement au *Code de déontologie professionnelle* et j'accepte son témoignage sur ce point. Par ailleurs, il va sans dire que ces violations ne constituent pas des infractions criminelles. Toutefois, Gillis a soulevé lui-même la question de sa moralité et de son intégrité, tout comme l'a fait son avocate dans ses observations finales, en décrivant Gillis comme un avocat très sollicité qui ne serait pas susceptible de commettre l'infraction qui lui est reprochée. De plus, trois de ces violations sont inextricablement liées aux actions de Gillis qui ont donné lieu à la présente accusation. Par conséquent, la Cour peut certainement tenir compte de ces violations dans l'évaluation de l'intégrité et de la crédibilité en général. Les violations en question ne sont pas niées par Gillis. [par. 73 à 76]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[87] À mon avis, le juge du procès a mal interprété la preuve en concluant que l'appelant et son avocate avaient eux-mêmes soulevé la question de sa moralité et de son intégrité. L'appelant, dans son témoignage, et l'avocate de la défense, dans ses observations finales, ont tout simplement mis de l'avant la proposition suivante : l'énoncé [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve » traduit une incompréhension si fondamentale du processus pénal que la Cour pourrait, et devrait, estimer peu probable, voire invraisemblable, qu'un avocat, tout particulièrement un avocat ayant l'expérience que possède l'appelant comme avocat plaidant, ait pu faire cet énoncé. Cette proposition n'a rien à voir avec la moralité et l'intégrité de l'appelant et a tout à voir avec la connaissance du processus judiciaire et l'expérience professionnelle. À cet égard, c'est certainement

dans le but d'éviter tout débat sur la question que l'appelant a déposé un curriculum vitae dépouillé de toutes mentions (par exemple, participation communautaire et travail bénévole) sur lesquelles on pourrait s'appuyer pour prétendre qu'il avait mis sa moralité et son intégrité en cause.

[88] De toute façon, il est manifeste que le juge du procès a mal interprété le témoignage de l'appelant lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Il est évident, d'après le témoignage même de Gillis, que la manière dont il a tenté de régler les affaires au criminel et au civil violait un certain nombre de règles du *Code de déontologie professionnelle* » (c'est moi qui souligne). S'il est vrai que le témoignage de l'appelant a révélé une conduite dont le Barreau pourrait conclure qu'elle violait la règle 2 du chapitre 15 (avoir présenté l'offre de règlement énoncée dans la pièce C-1 à M. Landry et en avoir discuté avec lui pendant que l'Office était représenté par M^e^ Young), son témoignage n'a pas reconnu et il était encore moins [TRADUCTION] « évident » d'après ce témoignage qu'il a violé la règle 10(ix) du chapitre 8 et la règle 9b) du chapitre 4. Le plaidoyer de non-culpabilité de l'appelant ainsi que son témoignage constituent une dénégation claire et non équivoque de toute violation de ces règles. De plus, l'énoncé du juge du procès selon lequel [TRADUCTION] « [l]es violations en question ne sont pas niées par Gillis » est déraisonnable compte tenu de son plaidoyer de non-culpabilité, de son témoignage et du fait que le substitut du procureur général lui a enjoint de ne pas commenter l'applicabilité des règles mentionnées pendant son contre-interrogatoire. Comme nous le verrons, la conclusion voulant que l'appelant se soit rendu coupable d'inconduite professionnelle est elle aussi liée à des erreurs de droit.

[89] L'intimée réplique que ces erreurs de fait et de droit sont sans importance en raison de l'assertion suivante qu'a faite le juge du procès : [TRADUCTION] « [M]ême si je ne tenais pas compte de ces violations du *Code de déontologie professionnelle* en évaluant la crédibilité de Gillis, je parviendrais tout de même à la même conclusion au sujet de sa crédibilité ». En toute déférence, je ne puis imaginer comment le juge du procès a pu aborder la question de la crédibilité avec un esprit ouvert après avoir déterminé que l'appelant s'était rendu coupable d'inconduite professionnelle

à de multiples égards. Le juge était d'avis que l'inconduite en question consistait en au moins quatre cas de comportement contraire à la déontologie, dont trois étaient [TRADUCTION] « inextricablement lié[s] aux actions de Gillis qui ont donné lieu à la présente accusation », et qui démontraient qu'il était une personne dénuée d'intégrité et qui, pour cette raison, ne devait pas être crue. À cet égard, je fais miennes les observations formulées à ce propos dans le mémoire de l'appelant :

> [TRADUCTION]
> Le fait que le juge ait dit (à la page 21) qu'il en arriverait à la même conclusion concernant la crédibilité même s'il ne tenait pas compte des violations en question ne corrige en rien les erreurs qu'il a commises en examinant ces prétendues violations du *Code de déontologie*. Premièrement, il ne s'agit pas en l'espèce de la situation classique où le juge du procès apprécie correctement la preuve admissible et celle qui, peut-on penser, n'est pas admissible, mais fait observer, en examinant cette dernière, qu'elle n'était pas essentielle à sa décision. <u>En l'espèce, le juge du procès a mal interprété le témoignage de l'appelant. Par définition, il ne peut pas dire qu'il serait arrivé à la même conclusion s'il avait correctement évalué ce que l'appelant avait à dire</u>. Deuxièmement, comme l'a fait observer le juge du procès lui-même en décrivant la position du ministère public, <u>les manquements à la déontologie étaient les éléments les plus importants des prétentions du ministère public; ils expliquaient, censément, pourquoi l'appelant avait commis l'infraction. Une erreur dans l'évaluation de ces prétentions doit forcément, en toute déférence, constituer une erreur justifiant l'infirmation de la décision</u>. [par. 56]
> [C'est moi qui souligne.]

[90] De toute façon, une erreur justifiant l'infirmation de la décision entache plusieurs des éléments constitutifs des raisons subsidiaires pour lesquelles le juge du procès a dit ne pas croire le témoignage de l'appelant.

(6) <u>Le témoignage de l'appelant différait de [TRADUCTION] « celui de Rogers sous certains aspects importants »</u>

[91] En toute déférence, dès lors que le juge du procès avait conclu que le témoignage de M^e^ Rogers n'était pas crédible en ce qui concernait l'une quelconque des questions substantielles, le fait qu'il y eût des différences entre son témoignage et celui de l'appelant relativement à l'une quelconque de ces questions ne pouvait pas, en toute logique, faire pencher la balance contre la défense. Autrement dit, le juge ne pouvait pas conclure, une seconde, que le témoignage de M^e^ Rogers n'était pas crédible sur des sujets importants et conclure, dans la seconde suivante, qu'il ne fallait pas ajouter foi au témoignage de l'appelant sur les mêmes points parce qu'il différait du témoignage de M^e^ Rogers qui avait été rejeté.

(7) Le témoignage rendu par l'appelant lui-même était [TRADUCTION] « contradictoire sur certaines questions importantes » et ne concordait pas avec la déclaration que l'appelant avait faite à la police

[92] Le juge du procès a sans doute eu raison de dire que le témoignage de l'appelant était parfois contradictoire. Il est possible, également, qu'il y ait eu des contradictions entre sa déclaration à la police et son témoignage. Ces contradictions ou incohérences sont peut-être réelles, mais elles peuvent aussi tout simplement traduire, pour reprendre l'expression de M. Landry, [TRADUCTION] « un mauvais choix de mots ».

[93] Quoi qu'il en soit, le juge du procès a accordé une importance particulière à ce qu'il estimait être une contradiction marquée entre le témoignage de l'appelant et la déclaration que celui-ci avait faite au sergent Lord avant le procès. J'estime que cette « contradiction » est loin d'être manifeste. Elle a certainement échappé au substitut du procureur général et à l'avocate de la défense. Je reviendrai sur cette question lors de l'examen des erreurs de droit du juge.

(8) La partie du témoignage où l'appelant a [TRADUCTION] « ni[é] fermement avoir dit à Landry les paroles qui lui [étaient] attribuées » n'était pas [TRADUCTION] « digne de foi » parce que cette dénégation

ne cadrait pas avec son incapacité à [TRADUCTION] « se rappelle[r] ses paroles exactes »

[94] Les observations complètes que le juge du procès a faites à cet égard sont les suivantes :

> [TRADUCTION]
> Il y a une autre partie du témoignage de Gillis qui n'est pas digne de foi, soit celle où il nie fermement avoir dit à Landry les paroles qui lui sont attribuées concernant le fait que Landry devait s'assurer que les employés de l'Office ne témoignent pas. D'un côté, Gillis nie avoir dit ces paroles, et d'un autre côté, il a témoigné que cet incident s'est produit il y a trois ans et qu'il ne se rappelle pas ses paroles exactes.
>
> > [TRADUCTION]
> > Q. Qu'avez-vous dit à M. Landry ce jour-là?
> >
> > R. J'avais préparé, si vous voulez, mes notes d'entretien, si vous appelez ce document C-1 des notes d'entretien, ce n'était pas cela. Je ne me souviens pas des paroles exactes que j'ai dites à M. Landry, c'était il y a trois ans. » (C'est moi qui souligne.)
>
> J'ajouterais également que si, en effet, Gillis ne savait rien de l'enquête policière dans cette affaire avant d'être interviewé par le sergent Lord, alors il n'aurait eu aucune raison de se souvenir exactement de ce qu'il avait dit à Landry, presque deux ans auparavant. [par. 71 et 72]

En toute déférence, il n'y a absolument rien dans ces observations qui soit rationnellement susceptible d'étayer une conclusion voulant que l'appelant ne fût pas crédible.

[95] Au contraire, l'incapacité de l'appelant de se rappeler les mots exacts qu'il a employés pour expliquer la pièce C-1 devrait peser dans la balance comme signe de véracité. Après tout, et comme l'a reconnu le juge du procès, avant d'être convoqué au

poste de police de Saint John le 9 septembre 2011, l'appelant n'aurait eu aucune raison de se rappeler exactement ce qu'il avait dit à M. Landry le 10 décembre 2009. D'ailleurs, s'il avait prétendu, au procès, se rappeler mot à mot ce qu'il avait dit, presque quatre ans plus tôt, il serait pardonnable de douter de la crédibilité de l'appelant. De plus, on s'attendrait à ce que l'appelant fasse valoir avec beaucoup d'insistance, comme il l'a fait, que bien qu'il ne se rappelât pas ses paroles exactes, il n'avait certainement pas dit à M. Landry : [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ». Je suis respectueusement d'avis qu'il n'y a pas de conflit entre ces deux assertions que l'appelant a faites.

[96] À l'audience, j'ai avancé, pour alimenter le débat, l'hypothèse suivante : le juge du procès a peut-être mal exprimé sa conclusion dans l'extrait qui est immédiatement reproduit ci-dessus, son intention étant peut-être de faire état du manque de fiabilité de la version de l'appelant, pas de son manque de crédibilité. Réflexion faite, toutefois, cette hypothèse n'est pas conciliable avec l'affirmation du juge du procès voulant que la crédibilité et la fiabilité soient deux concepts distincts et qu'il était important qu'il fasse la distinction entre la crédibilité d'un témoin et la fiabilité de son témoignage. En effet, le juge a cité, en marquant son approbation évidente, la démarche proposée dans la décision *R. c. Williams*, [2012] O.J. No. 4666 (QL), afin d'évaluer la crédibilité des témoins :

> [TRADUCTION]
> S'agissant de l'évaluation de la crédibilité d'un témoin et de la fiabilité de son témoignage, la Cour doit procéder à un examen minutieux du témoignage de chaque témoin. Elle doit faire un examen critique et une analyse rationnelle de ce témoignage. Je dois me poser la question de savoir si le témoignage est intrinsèquement raisonnable et s'il est raisonnable aussi à la lumière des faits admis et d'autres témoignages crédibles. Toutes incohérences et lacunes sur des questions déterminantes sont susceptibles de miner la fiabilité du témoignage d'un témoin et la crédibilité de celui-ci. L'existence d'éléments contradictoires est un facteur important qui peut aussi entrer en ligne de compte dans le poids qu'il faut accorder au témoignage.

> Je peux accepter l'ensemble ou une partie du témoignage d'un témoin ou je peux le rejeter au complet en tirant mes conclusions. Il est important que je fasse la distinction entre la crédibilité d'un témoin et la fiabilité de son témoignage. La Cour doit scruter le témoignage de chaque témoin afin de décider s'il s'efforce de dire la vérité en rendant témoignage.
>
> Il est important aussi d'évaluer la fiabilité de chaque témoignage. Un témoin peut être crédible, mais, pour diverses raisons, l'exactitude factuelle de ce qu'il dit peut être douteuse et peut ne pas être digne de foi. Par conséquent, pour conclure qu'un témoignage est crédible et accepter la version d'un témoin en décidant quels sont les faits déterminants en l'espèce, je dois conclure que le témoin s'efforce de dire la vérité et que sa version est fiable. [par. 200 à 202]
>
> [C'est moi qui souligne.]

(9) [TRADUCTION] « [I]l y [avait] peu de vraisemblance à la prétention de [l'appelant] selon laquelle il se pouvait que le ministère public accepte de ne présenter aucune preuve concernant les cinq accusations simplement parce que l'affaire civile entre Branch et l'Office aurait été réglée. »

[97] Dans ses motifs de décision, le juge du procès s'appuie sur l'interprétation suivante du témoignage de l'appelant pour indiquer qu'il ne croit pas ce dernier lorsqu'il nie avoir dit [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve » :

> [TRADUCTION]
> Il y a peu de vraisemblance à la prétention de Gillis selon laquelle il se pouvait que le ministère public accepte de ne présenter aucune preuve concernant les cinq accusations simplement parce que l'affaire civile entre Branch et l'Office aurait été réglée. Il est inconcevable, à mon avis, que le ministère public cesse de donner suite à ces cinq accusations criminelles graves impliquant un néo-brunswickois très connu, un ancien député à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, simplement parce que les parties aux actions civiles soient parvenues à un

> règlement, lequel prévoyait le versement de la somme de 200 000 $ au bureau d'avocats de Gillis, semble-t-il, afin d'aider à payer les honoraires d'avocat de Branch. Pour quelle raison le ministère public aurait-il un intérêt dans la question de savoir si les poursuites civiles opposant les parties avaient été réglées ou non? [par. 78]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[98] À mon avis, ces observations banalisent d'une façon injustifiable l'incidence probable du règlement amiable de l'action pour congédiement injustifié sur la détermination du ministère public à faire instruire les accusations criminelles. Après tout, et comme nous l'avons souligné, ces accusations étaient fondées, dans une large mesure, sur les allégations d'agissements qui sous-tendaient la défense de l'Office dans l'action civile. Si l'Office abandonnait sa poursuite et versait 200 000 $ pour régler cette action à l'amiable, le substitut du procureur général pouvait certainement prévoir qu'il aurait de la difficulté à persuader un jury de la culpabilité de M. Branch. Cela dit, ce qui importe pour les fins qui nous occupent ici, c'est que les énoncés en question reflètent une erreur significative dans l'appréciation du témoignage de l'appelant.

[99] L'appelant n'a pas témoigné qu'il pensait [TRADUCTION] qu'« il se pouvait que le ministère public accepte de ne présenter aucune preuve concernant les cinq accusations <u>simplement</u> parce que l'affaire civile entre Branch et l'Office aurait été réglée ». Il n'a pas témoigné non plus qu'il croyait que [TRADUCTION] « le ministère public cesse[rait] de donner suite à ces cinq accusations criminelles graves impliquant un néo-brunswickois très connu, un ancien député à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, <u>simplement</u> parce que les parties aux actions civiles [étaient] parvenues à un règlement » (c'est moi qui souligne). L'appelant a plutôt témoigné que son client et lui espéraient que le ministère public accepterait de [TRADUCTION] « ne présenter aucune preuve » parce que d'autres circonstances d'une importance substantielle interviendraient, <u>en plus</u> du règlement des poursuites civiles.

[100] En premier lieu, la défense croyait que le ministère public se rendait compte que sa preuve reposait sur des assises peu solides. On a pensé que cela se

manifestait dans l'offre de retirer quatre des chefs d'accusation en échange d'un plaidoyer de culpabilité à un des chefs. En outre, la défense était convaincue qu'il y avait d'assez bonnes chances pour que le personnel de l'Assemblée législative ne rende aucun témoignage étayant l'allégation d'abus de confiance et de fraude à l'endroit de la Province. De plus, et comme nous l'avons vu, un des témoins à charge s'était présenté à l'enquête préliminaire pendant que ses facultés étaient, selon toute apparence, affaiblies par l'alcool, ce qui n'était pas, tant s'en fallait, un présage de coopération et de fiabilité futures.

[101] En second lieu, la défense avait en sa possession des chèques oblitérés portant la signature de M. Branch, qui établissaient, pouvait-on penser, que des paiements supérieurs au montant que M. Branch avait, selon ce que prétendait le ministère public, dépensé et porté au compte de l'Office avaient été versés à l'Office.

[102] L'emploi du mot [TRADUCTION] « simplement » montre que le juge du procès a mal interprété, d'une façon très importante, le témoignage de l'appelant.

(10) Le témoignage de l'appelant était [TRADUCTION] « souvent vague, imprécis, intéressé et neutre ». L'appelant avait [TRADUCTION] « semblé manquer de franchise et éluder les questions » et s'était [TRADUCTION] « souvent montré combatif lorsqu'il [avait] été interrogé par [le substitut du procureur général] ». [TRADUCTION] « [P]arfois son témoignage ne semblait ni raisonnable ni cohérent […] [et il n'avait] pas su très bien résister au contre-interrogatoire ».

[103] L'appelant qualifie ces descriptions de son témoignage d'iniques. Je ne suis pas d'accord avec lui pour la simple raison qu'il n'y a rien dans le dossier qui donne à penser que le juge du procès était animé par des considérations condamnables. Cela dit, je suis convaincu que ces descriptions et qualificatifs sont déraisonnables.

[104] Tout comme mes collègues, j'en suis arrivé à cette opinion après avoir fait une lecture minutieuse de la transcription de la preuve entendue au procès et écouté attentivement l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire de l'appelant. Chose importante, toutes les descriptions négatives du témoignage de l'appelant sont ancrées dans sa substance même et aucune ne procède de la position avantageuse bien connue qu'occupe le juge du procès lorsqu'il s'agit d'évaluer visuellement le comportement des témoins. En toute déférence, aucune des descriptions susmentionnées ne trouve appui dans quoi que ce soit qui figure au dossier, sous une forme écrite ou audio.

[105] De plus les erreurs qu'a commises le juge du procès dans l'interprétation de la preuve vont au-delà du témoignage de l'appelant. En effet, il a mal interprété la pièce C-1 lorsqu'il a conclu qu'elle confirmait [TRADUCTION] « une bonne partie du témoignage de M. Landry ». La pièce C-1 ne confirmait pas le témoignage de M. Landry non plus qu'elle confirmait celui de l'appelant. Elle ne confirmait certainement pas le témoignage de M. Landry selon lequel M^e^ Gillis lui a dit [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ». Envisagée sous l'angle le plus favorable à la cause du ministère public, la pièce C-1 était neutre en ce qui concerne la question de savoir si l'appelant avait ou non tenu ces propos cruciaux. Je clos l'examen de cette question en exprimant une préoccupation quant à ce qui ne figure pas dans les motifs de décision du juge du procès.

[106] Il est bien établi en droit qu'il n'est pas nécessaire que les motifs de décision traitent de chaque moyen de défense avancé au procès. Toutefois, ces motifs deviennent une source accrue de préoccupation lorsqu'ils n'abordent pas des questions qui sont fondamentales pour la fiabilité d'un témoignage dans une instance comme celle qui nous occupe. Je suis en effet préoccupé par l'omission du juge du procès d'examiner un certain nombre de questions qui ont une incidence sur la fiabilité de l'assertion non confirmée de M. Landry selon laquelle l'appelant a prononcé les paroles sur lesquelles sa déclaration de culpabilité repose. Ces questions, qui, il faut le reconnaître, doivent être appréciées dans le contexte global des points soulevés dans les deux mémoires postérieurs au procès, sont notamment le fait que M^me^ Gould-McDonald, bien qu'elle ait été suffisamment proche pour entendre certaines parties de la conversation du

10 décembre 2009 entre M. Landry et l'appelant, n'a pas entendu ce dernier prononcer les paroles incriminantes. Elles comprennent aussi les éléments mentionnés dans l'extrait suivant du mémoire de l'appelant :

> [TRADUCTION]
>
> a) M. Landry a mal compris l'usage admis en droit qui consiste à payer les honoraires d'avocat de l'employé congédié dans le cadre d'une demande pour congédiement injustifié. Il a erronément tenu pour acquis que cela équivalait à [TRADUCTION] « fournir une explication inexacte des comptes ». Qu'est-ce qui pourrait être plus important pour l'évaluation de la fiabilité de M. Landry qu'un examen de l'influence qu'a pu avoir sur cette interprétation de l'offre sa conviction que l'appelant était en train de faire une suggestion frauduleuse quant à la façon dont l'opération devait être documentée?
>
> b) M. Landry ne savait pas qu'il est tout à fait légitime de demander au ministère public de ne présenter aucune preuve. Cela, aussi, avait une grande importance pour l'évaluation de la fiabilité de M. Landry puisque, là encore, cela permettait d'inférer qu'il avait supposé le pire parce qu'il avait mal compris les propos en question.
>
> c) L'appelant et M. Landry s'attendaient tous deux à ce que l'offre soit présentée à l'Office et à M^e^ Young et l'appelant a spontanément remis la pièce C-1 à M. Landry et l'a encouragé à la partager avec les autres. Bien que le juge du procès ait mentionné une partie de cette preuve (et l'ait, dans un cas, mal énoncée), il n'a jamais examiné la question de savoir comment cela était conciliable avec une tentative en vue d'éviter M^e^ Young ou une tentative d'entrave à la justice.
>
> d) L'appelant n'a jamais évoqué de témoins précis avec M. Landry. De plus, la preuve incontestée a établi que selon ce que l'appelant savait, le poursuivant possédait des déclarations de ses témoins sur vidéo et il était en mesure de les contraindre à témoigner et de s'appuyer sur leurs déclarations enregistrées sur vidéo s'ils se montraient récalcitrants. Le juge du procès n'a jamais examiné cet important élément de preuve et la façon

> dont il pouvait être concilié avec le témoignage de M. Landry et la position du ministère public.

B. *Les erreurs de droit*

[107] Dans son mémoire ainsi que dans un autre mémoire déposé vers le milieu de l'audience à la demande de la Cour, et pendant le débat qui a eu lieu en appel, l'appelant a prétendu qu'il n'avait jamais été contre-interrogé au sujet de plusieurs des facteurs qui ont amené le juge du procès à ne pas croire son témoignage et qu'il s'ensuit qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable de présenter une défense pleine et entière. Les facteurs en question sont les suivants : (1) les témoignages contradictoires rendus par l'appelant et M^e^ Rogers; (2) ce qu'il estimait être une contradiction entre le témoignage de l'appelant et la déclaration que celui-ci avait faite au sergent Lord avant le procès; (3) ce qu'il estimait être une contradiction entre, d'une part, [TRADUCTION] l'« impression » qui se dégageait du témoignage de l'appelant, savoir que l'Office pouvait prendre tout son temps pour répondre à la pièce C-1 et, d'autre part, le témoignage contraire de M. Landry; (4) la contradiction entre la prétention de M. Landry selon laquelle l'appelant lui a dit [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve » et la dénégation de l'appelant; (5) la conclusion voulant qu'il y ait eu violation de deux des trois règles au *Code de déontologie professionnelle* qui ont été invoquées, violation qui, de l'avis du juge du procès, démontrait un manque d'intégrité et de crédibilité de la part de l'appelant; et (6) la thèse selon laquelle les lacunes que comportait la preuve retenue par le ministère public contre M. Branch contribuaient à expliquer pourquoi l'appelant aurait conseillé à M. Landry de dissuader certains témoins de rendre témoignage au procès.

[108] Dans l'arrêt *Browne c. Dunn*, lord Herschell a ainsi expliqué la condition, qui est fonction du contexte, qui veut que la personne qui contre-interroge un témoin fasse part à ce dernier de tout élément de preuve extrinsèque qui sera utilisé pour attaquer sa crédibilité :

> [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. [p. 70 et 71]

[109] Dans la décision *R. c. Christensen*, 2001 BCSC 1196, [2001] B.C.J. No. 1697 (QL), une déclaration de culpabilité a été annulée parce que le témoignage de l'accusé qui fondait la défense avait été rejeté malgré le fait qu'il n'avait pas été contesté en contre-interrogatoire. Le juge Oppal a accueilli l'appel et a cité, en marquant son approbation, les observations suivantes du juge Stewart dans la décision *R c. Tyrell*, le 20 février 1991, greffe de Vancouver n$^{o}$ CC 90194 (C.S.C.-B.) :

> [TRADUCTION]
> […] Les avocats s'entendent pour reconnaître qu'à aucun moment pendant le contre-interrogatoire de l'accusé, on ne lui a posé de question précise concernant le fait que même en considérant les heures qu'il avait indiquées à titre simplement estimatif, il y avait une heure [TRADUCTION] « manquante » (pour ainsi dire), ni demandé ce qu'il avait à dire à ce propos. Le ministère public n'a jamais contre-interrogé l'accusé d'une façon qui lui aurait donné la possibilité de s'attaquer à ce problème et, peut-être, de le surmonter. Le ministère public ne l'a tout simplement pas fait.
>
> Si l'on réunit les circonstances de la présente instance et les débats tenus dans le cadre de ce procès avec les observations susmentionnées de la Cour suprême dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, ainsi que le critère que je dois appliquer en ma qualité de tribunal d'appel, comme on peut le lire dans l'arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, précité, et la décision *Regina c. Chin*, précitée, je suis convaincu qu'en déclarant l'accusé coupable, le juge du procès a passé outre au fait qu'il n'y a pas eu de contre-interrogatoire précis à propos de [TRADUCTION] l'« heure manquante » ou encore qu'il était conscient de l'absence d'un contre-interrogatoire précis sur cette question mais a omis de tenir compte de l'importance du fait qu'il n'y a pas eu de contre-interrogatoire précis concernant ce problème. Et dans les « circonstances » qui nous occupent en l'espèce (*Palmer c. La Reine*, précité, page 210, ligne 23), en l'absence d'un contre-interrogatoire précis qui aurait donné à l'accusé la chance de s'attaquer au problème, il serait injuste de fonder la décision de rejeter le témoignage de l'accusé sur la question de [TRADUCTION] l'« heure manquante » [....] [par. 21 et 22]
>
> [C'est moi qui souligne.]

Voir également l'analyse approfondie que fait le juge MacAdam de la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* et de ses limites dans la décision *R. c. Bennett*, 2002 NSSC 271, [2002] N.S.J. No. 549 (QL), ainsi que l'analyse concernant les mesures curatives que l'on trouve dans la décision *R. c. Melnick*, 2005 ABPC 220, [2005] A.J. No. 1036 (QL) (le juge Allen, de la Cour provinciale). Lorsque les circonstances s'y prêtent, ces mesures peuvent notamment consister à donner au témoin libéré la possibilité de revenir et de

parler du problème à la barre des témoins (voir *R. c. McNeill*, [2000] O.J. No. 1357 (C.A.) (QL), aux par. 47 à 50, le juge d'appel Moldaver, tel était alors son titre).

[110] Si j'applique les principes élaborés dans la jurisprudence, je ne suis pas convaincu que le juge du procès a commis une erreur de droit en tenant compte de chacun des facteurs qui ont influé sur l'évaluation de la crédibilité de l'appelant mais qui n'ont pas été portés à l'attention de ce dernier pendant le contre-interrogatoire. Certains de ces facteurs étaient sans doute assez évidents aux yeux de l'appelant et de ses avocates. Toutefois, on ne saurait dire la même chose de ce qu'il a estimé être une contradiction, sur une question bien précise, entre les réponses de l'appelant aux questions du juge du procès et la déclaration qu'il avait faite à la police. Cette « contradiction » n'était évidente pour personne. Non seulement le substitut du procureur général ne l'a pas soulevée en contre-interrogatoire, mais il ne l'a pas évoquée en posant des questions découlant de l'interrogatoire de l'appelant par le juge. Il ne l'a pas non plus mentionnée dans son mémoire postérieur au procès (voir le par. 3 à la p. 3 du mémoire postérieur au procès du 5 décembre 2012) ni dans ses observations orales (voir la transcription de la séance du 13 novembre 2012, à la page 78). De même, les avocates de la défense n'ont fait aucune mention de cette question dans le mémoire postérieur au procès détaillé qu'elles ont déposé ni dans leurs observations orales. Finalement, le juge du procès n'a, à aucun moment, éveillé l'attention de la défense sur une préoccupation qu'il entretenait concernant une possible incompatibilité entre les réponses de l'appelant à ses questions et la déclaration que celui-ci avait faite à la police avant le procès, et encore moins donné à l'appelant la possibilité de revenir à la barre afin de dissiper cette préoccupation.

[111] La règle énoncée dans *Browne c. Dunn* [TRADUCTION] « a pour but de faire en sorte que les témoins et les parties soient traités équitablement ». Cette règle n'a pas un caractère absolu et [TRADUCTION] « il appartient au juge du procès de déterminer sa portée et son mode d'application en fonction de l'ensemble des circonstances de l'instance » : John Sopinka, Sidney N. Ledermen et Alan Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2e éd. (Toronto : Butterworths & Company (Canada) Limited, 1999) au par. 16.148. En l'espèce, le juge du procès n'a pas envisagé qu'il

pouvait être injuste de ne pas croire l'appelant en raison d'une contradiction qu'il n'avait pas eu la possibilité d'expliquer pendant qu'il rendait témoignage. Il ne fait pas de doute à mes yeux que s'il s'était attardé sur cette question, le juge du procès aurait donné à l'appelant la possibilité de revenir à la barre afin de dissiper ce qu'il percevait comme une contradiction, ou il n'en aurait tout simplement pas tenu compte. À mon avis, en l'absence d'une possibilité équitable de traiter du problème d'une façon valable, la règle fondée sur l'équité qui est énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* a eu pour effet de rendre inopportune la prise en compte de la « contradiction » et il s'ensuit que le juge du procès a commis une erreur de droit en laissant cette contradiction influer sur son évaluation de la crédibilité de l'appelant. J'examinerai maintenant la deuxième erreur de droit qu'a commise le juge du procès.

[112] Comme nous l'avons vu, M^e^ Siscoe était encore l'avocat commis au dossier dans l'action pour congédiement injustifié et diffamation lorsqu'il a été cité comme témoin à charge à l'enquête préliminaire de M. Branch en décembre 2009. Au procès, l'appelant a reconnu qu'il avait contre-interrogé M^e^ Siscoe sans avoir informé au préalable le juge qui présidait l'audience et le poursuivant que M. Branch l'avait consulté et avait retenu ses services afin qu'il le représente dans l'action. Le substitut du procureur général a prétendu que cette omission constituait un comportement contraire à la déontologie des plus graves. Le juge du procès a souscrit à cette hypothèse et a conclu que la conduite [TRADUCTION] « répréhensible » de l'appelant à l'enquête préliminaire de M. Branch indiquait un manque d'intégrité, ce qui a pesé dans la balance à l'encontre de sa crédibilité. J'estime, pour les raisons suivantes, que cette conclusion constitue une erreur de droit importante.

[113] Premièrement, étant donné la règle régissant le secret professionnel (chapitre 5 du *Code de déontologie professionnelle*), il était, sur le plan de l'éthique, interdit à l'appelant de divulguer que M. Branch l'avait consulté et avait retenu ses services afin qu'il le représente dans l'action pour congédiement injustifié et diffamation. Le troisième commentaire que l'on trouve au chapitre 5 montre clairement que le fait d'avoir été consulté par un client relève du secret professionnel. On y lit que « [s]ous

réserve des exceptions énoncées dans la règle du présent chapitre, l'avocat ne doit pas révéler qu'une personne l'a consulté ». Le deuxième commentaire formulé au chapitre 5 dispose que la règle déontologique établie dans ce chapitre « est plus large que la règle de preuve relative au privilège du secret professionnel de l'avocat concernant les communications, orales ou écrites, échangées entre le client et son avocat ». On y souligne ensuite que la règle sur le secret professionnel s'applique « sans égard à la nature ni à la source des renseignements, pas plus qu'au fait que ceux-ci peuvent être connus d'autres personnes ». Par conséquent, le fait que l'appelant avait été consulté et que ses services avaient été retenus relativement à l'action pour congédiement injustifié et diffamation demeurait, de son point de vue, confidentiel, malgré le fait que Me Siscoe et d'autres personnes aient pu être au courant de ce renseignement. En résumé, il aurait été répréhensible que l'appelant divulgue personnellement ce renseignement au juge qui présidait l'enquête préliminaire de M. Branch ou au poursuivant.

[114] Deuxièmement, aucune des exceptions mentionnées dans le troisième commentaire figurant au chapitre 5 n'intervient et aucun principe éthique non énoncé dans le *Code* n'obligeait l'appelant, à titre d'avocat de la défense, à divulguer le renseignement en question au juge qui présidait l'enquête préliminaire de M. Branch et, à plus forte raison, au poursuivant. Le juge du procès n'a invoqué aucune décision imposant une obligation de cette nature et l'intimée n'a pas été en mesure de citer un arrêt ou une décision à l'appui lorsqu'on l'a mise au défi de le faire à l'audience. Cela m'amène à la troisième erreur de droit importante du juge du procès.

[115] Le juge du procès a conclu que l'appelant avait violé la règle 9b) du chapitre 4 [TRADUCTION] « par l'offre de règlement qu'il a faite et qui prévoyait le versement de la somme de 200 000 $ ». La règle 9b) interdit toute tentative en vue d'obtenir l'abandon d'une accusation criminelle moyennant le paiement d'une somme ou la remise d'une autre contrepartie à titre onéreux. La preuve est dénuée de toute ambiguïté : l'appelant n'a pas offert de payer 200 000 $ pour obtenir l'abandon des accusations portées contre M. Branch. Au contraire, ce que montre clairement la pièce C-1, c'est qu'on demandait à l'Office de verser cette somme à M. Branch. Le juge

du procès a commis une erreur de droit en concluant que l'appelant avait violé la règle 9b). J'examinerai maintenant la quatrième et dernière erreur de droit importante.

[116] Je suis respectueusement d'avis que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision en laissant sa conclusion voulant qu'il y ait eu violation de la règle 10(ix) peser dans la balance à l'encontre de la crédibilité de l'appelant sur la question clef, laquelle, je le répète, consistait à savoir si ce dernier avait dit à M. Landry : [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ». La règle 10(ix) dispose qu'un avocat qui représente un client dans une affaire ne doit pas dissuader « un témoin important de témoigner » ou « lui conseiller de s'absenter de l'instance ». Il ne fait aucun doute que pour conclure que l'appelant avait violé la règle 10(ix), le juge du procès devait forcément ne pas le croire lorsqu'il niait avoir prononcé les paroles susmentionnées. Cela étant, le raisonnement qu'a suivi le juge du procès ne saurait résister à l'examen : la proposition (l'appelant a violé la règle 10(ix)) ne peut servir à établir la conclusion (la dénégation de l'appelant manquait de crédibilité) parce que la première résulte de la dernière. Autrement dit, si B est le résultat de A, A ne peut être le résultat de B. Cela m'amène à une préoccupation d'ordre plus général à propos du bien-fondé du recours à des cas précis d'inconduite professionnelle pour fonder une conclusion voulant que l'appelant manquât d'intégrité, facteur qui a pesé lourd dans l'évaluation défavorable de sa crédibilité par le juge du procès.

C. *Quelques pistes de réflexion en ce qui concerne le recours au Code de déontologie professionnelle pour attaquer la crédibilité du témoignage rendu par un avocat*

[117] Dans ses motifs de décision, le juge du procès dit que [TRADUCTION] « un des facteurs dont il faut tenir compte dans l'évaluation de la crédibilité d'un témoin est l'intégrité de la personne ». Ce n'est pas précisément ce que la jurisprudence nous enseigne. Ce qui est pertinent, afin d'évaluer la crédibilité d'un témoin, c'est [TRADUCTION] l'« intégrité générale » de la personne en question (voir l'arrêt *White c.*

*R.*, [1947] R.C.S. 268), ce qui est, peut-on soutenir, différent de ce que peuvent nous apprendre certaines violations bien précises du *Code de déontologie professionnelle* à propos de la moralité et de l'intégrité d'un avocat qui est inculpé. Comme je l'ai dit, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'appelant avait mis sa moralité et son intégrité en cause. Après tout, l'appelant avait tout simplement affirmé qu'il n'avait pas prononcé les paroles que M. Landry lui attribuait et qu'il n'avait jamais prononcé de paroles de ce genre pendant ses quarante années de carrière comme avocat plaidant. C'étaient là des déclarations de faits et il est difficile de voir comment elles pouvaient avoir pour effet de mettre la moralité et l'intégrité de l'appelant en cause. Le raisonnement suivi en première instance pose toutefois des problèmes plus généraux qui, tous, m'amènent à mettre en doute la sagesse de ce raisonnement.

[118] Bien que mon motif de préoccupation soit le recours à l'inconduite professionnelle de l'avocat inculpé pour établir son manque d'intégrité, manque d'intégrité sur lequel on peut ensuite s'appuyer pour conclure que son témoignage manquait de crédibilité, certaines observations s'imposent en ce qui concerne le contre-interrogatoire relatif à l'inconduite en question. Un accusé peut être contre-interrogé sur ses déclarations de culpabilité antérieures, mais pas sur des actes criminels antérieurs à l'égard desquels aucune déclaration de culpabilité n'a été inscrite à moins que les actes en question [TRADUCTION] « n'aient un rapport avec l'infraction reprochée et tendent à la prouver […] ou à moins qu'ils ne montrent l'existence d'un système ou d'une intention précise » (voir *Koufis c. R.*, [1941] R.C.S. 481). L'appelant n'a pas été déclaré coupable d'inconduite professionnelle par le Barreau relativement à l'un quelconque des cas d'inconduite sur lesquels le juge du procès s'est appuyé pour conclure qu'il était une personne dénuée d'intégrité. Devrait-il y avoir une démarche uniforme applicable à la fois aux déclarations de culpabilité antérieures et aux conclusions antérieures officielles d'inconduite professionnelle? Je ne vois pas pourquoi on ne répondrait pas à cette question par l'affirmative. Un processus semblable à celui qui a été adopté dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, [1988] A.C.S. n$^{o}$ 40 (QL), pourrait peut-être être suivi dans les situations où il y a eu, de la part du Barreau, une

conclusion officielle d'inconduite professionnelle. Ma préoccupation, toutefois, est encore plus fondamentale.

[119] Le *Code de déontologie professionnelle* que le Barreau a adopté exige la plus grande intégrité de ses membres dans une vaste gamme d'activités. Presque toutes les accusations criminelles portées contre des avocats concernent une conduite qui ne s'harmonise pas avec les obligations en matière d'intégrité dont ils sont tenus comme membres du Barreau. Donc, si la démarche retenue en première instance devait l'emporter, tout avocat qui témoigne pour sa propre défense serait susceptible d'être contre-interrogé concernant une règle ou l'autre du *Code de déontologie professionnelle* et le juge des faits devrait accepter que n'importe quelle violation du *Code* traduit un manque d'intégrité, ce qui, ensuite, militerait contre une conclusion voulant que l'avocat soit crédible. Dans une instance, comme celle qui nous occupe en l'espèce, qui oppose le témoignage de l'avocat inculpé et celui d'un unique témoin, la balance de la justice ne ferait pas honneur à la présomption d'innocence pendant très longtemps. L'analyse commencerait sans doute par une reconnaissance, pour la forme, de ce principe sacré du droit criminel, mais, presque instantanément, le juge des faits se trouverait devant une situation où, contrairement à l'accusateur, un non-avocat, l'avocat inculpé comparaîtrait devant la Cour comme une personne qui manque d'intégrité et dont le témoignage peut, de ce fait, ne pas être digne de foi. Pour parler clairement, il semble y avoir quelque chose de foncièrement injuste dans ce tableau. Le problème est amplifié à la lumière des faits de la présente instance.

[120] Il est bien établi en droit que l'accusé n'a pas à répondre à autre chose qu'à l'accusation énoncée dans la dénonciation ou dans l'acte d'accusation et que [TRADUCTION] « la preuve doit se restreindre aux questions relatives à l'objet [du document d'inculpation] » : *Maxwell c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 309. Comme la Cour suprême du Canada l'a expliqué dans l'arrêt *Koufis c. R.*, si ces principes élémentaires ne sont pas respectés, il est possible que l'on perde de vue la véritable question en litige, et que s'installe [TRADUCTION] « une atmosphère de culpabilité qui serait effectivement préjudiciable à l'accusé ». L'appelant a été traduit en

justice relativement à une accusation dont l'élément essentiel était le suivant : avoir essayé de dissuader une personne de témoigner dans une procédure judiciaire. On se rappellera, une fois encore, que la preuve du ministère public reposait entièrement sur le souvenir de M. Landry d'après lequel l'appelant lui avait dit : [TRADUCTION] « Ce sont vos témoins, donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ». Le juge du procès a conclu que l'appelant avait violé la règle 10(ix) du chapitre 8, qui interdit à un avocat qui représente un client dans une affaire de dissuader un témoin important de témoigner ou de conseiller à celui-ci de s'absenter de l'instance. Dès lors que le juge du procès avait conclu à la violation de la règle 10(ix), laquelle démontrait, à son sens, le manque d'intégrité et de crédibilité de l'appelant, quelle place y avait-il pour une apparente prise en considération, de sa part, des deuxième et troisième étapes mentionnées dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*? Ces deux étapes sont les suivantes :

> Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.
>
> Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé. [par. 28]

[121] Un débat ciblé et éclairé sur l'ensemble de ces points serait sans aucun doute bénéfique.

## V. Conclusion et dispositif

[122] La validité de la déclaration de culpabilité de l'avocat appelant pour « entrave à la justice » dépend de deux conclusions qui sont étroitement liées : (1) le témoignage du principal témoin à charge attribuant à l'appelant une déclaration incriminante ([TRADUCTION] « Ce sont vos témoins donc faites en sorte qu'ils ne témoignent pas et le ministère public n'aura pas de preuve ») était à la fois crédible et

fiable; et (2) la dénégation sous serment de l'appelant selon laquelle il n'a jamais fait la déclaration en question n'était pas crédible. Les motifs qui fondent la déclaration de culpabilité font état d'erreurs importantes dans l'interprétation de la preuve, notamment le témoignage de l'appelant, pour ce qui concerne certains éléments essentiels des raisons pour lesquelles le juge du procès a dit ne pas le croire. De plus, des erreurs de droit substantielles ont joué un rôle fondamental dans l'analyse qui a mené aux conclusions du juge du procès concernant la crédibilité et la fiabilité. À mon avis, les erreurs de fait et de droit du juge du procès ont eu pour effet cumulatif de priver l'appelant d'un procès équitable et elles ont donné lieu à une erreur judiciaire.

[123] Pour les motifs qui sont résumés ci-dessus et exposés dans le détail dans le texte qui précède, je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'appel, dans la mesure nécessaire, d'accueillir l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité. Je suis d'avis, toutefois, de rejeter la demande de l'appelant en vue d'un acquittement et de tout simplement ordonner la tenue d'un nouveau procès devant un autre juge, en laissant la décision de procéder ou non à la réinstruction de l'affaire à celui à qui cette décision appartient, savoir le ministère public. Bien entendu, si l'affaire est instruite de nouveau, le juge devra ne tenir aucun compte des conclusions tirées par le tribunal d'instance inférieure. Les intérêts de la justice n'exigent rien de moins.

[124] Je tire le rideau sur l'instance à ce niveau-ci en énonçant une évidence : étant donné le dispositif que je propose, il est inutile d'examiner le fond de la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine.