

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

20-17-CA

DARCY ANDERSON

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Anderson v. R., 2017 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
November 17, 2016

History of case:

Decision under appeal:  
Unreported

Appeal heard:  
September 12, 2017

Judgment rendered:  
November 9, 2017

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

Concurred by:  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice French

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Richard L. Cove

For the respondent:  
Kathryn Gregory, Q.C.

DARCY ANDERSON

APPELANTE

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Anderson c. R., 2017 NBCA 51

CORAM :

l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 17 novembre 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Appel entendu :  
le 12 septembre 2017

Jugement rendu :  
le 9 novembre 2017

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge French

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :  
Richard L. Cove

Pour l'intimée :  
Kathryn Gregory, c.r.

THE COURT

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

LA COUR

L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] Darcy Anderson was convicted of break, enter and theft. At trial, her identity as one of the offenders rested purely on circumstantial evidence. In convicting her, the trial judge referred to Ms. Anderson's failure to testify. For the reasons that follow, I conclude the conviction is tainted by the judge's failure to apply the principles elaborated in *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, [1997] S.C.J. No. 40 (QL). According to that case, an accused's failure to testify has no evidentiary significance. Although the Supreme Court recognizes there may be limited exceptions to that rule, none apply in the present case. In my view, and for the reasons set out below, the judge's error of law requires us to set aside Ms. Anderson's conviction and order a new trial.

II. Factual background

[2] On September 5, 2016, while working as a clerk in a rural convenience store, Joan Brace twice observed a woman enter and exit the store. Ms. Brace noted that, upon exiting, the woman went and sat in the front passenger seat of a "blue" car in which there were two other occupants. The driver was male, but Ms. Brace could not describe the back seat occupant. The car eventually left the store's parking lot but returned soon after. This aroused Ms. Brace's suspicion and so she called her husband. Since they lived nearby, Mr. Brace quickly made his way to the store. Upon arrival, he noted the licence plate number of what he described as a "bluish-grey" car. He remained in his vehicle until the car left. He then waited approximately half an hour to see if it would return.

[3] When the car did not return, Mr. Brace drove home. Upon arrival, he saw the same car in his driveway. He stopped his vehicle and called 911. There was no one in the driver's seat but the person in the front passenger seat immediately sounded the horn,

and eventually moved into the driver's seat and hurriedly backed out of the driveway, striking the driveway marker and mailbox in the process. As the car passed by him, Mr. Brace noted the driver was wearing big dark sunglasses and a white hoodie. At trial, when asked whether the person was male or female, he testified he "could say it was a female".

[4] Mr. Brace was still in his vehicle and on the phone with the police when he saw two men walk out of the driveway of a neighbouring home. He testified he saw the men walk down the street and into the driveway of a farm house, and, after a few minutes, walk back up the street toward him.

[5] Meanwhile, Ms. Brace, who had received a text from her husband, ran home. As she made her way there, she saw two men walking toward her. She recognized one of them as the person who had been driving the blue car. They walked by her and left the area on foot.

[6] Ms. Brace waited with her husband until the police arrived and then went back to the convenience store. Mr. Brace and a police officer went into the house. Mr. Brace observed a number of items had been stolen. The perpetrator had entered the home through a basement window and ostensibly left through the back door. In addition, their shed had been forcibly opened and items stolen. Among the items stolen, was a pressure washer, the handle of which Mr. Brace had recognized in the back of the blue car while it was in his driveway.

[7] At roughly the same time Mr. Brace was returning home, a neighbour and her fiancé observed two "guys" walking out of the bushes and going through her backyard. The two "guys" walked down the neighbour's driveway and turned onto the roadway.

[8] The police investigation revealed a ruffled area in the back of the Braces' property where it looked like someone had taken a path through the bushes. In that area, the police found a pair of sunglasses. The investigation led the police to the owner of the "bluish-grey" car. It was discovered Ms. Anderson resided at the same address as the registered owner of the car, in Woodstock, New Brunswick. Surveillance photos from the convenience store revealed Ms. Anderson was the woman who had been there on September 5, 2016. The photos show she had been wearing a dark-coloured sweatshirt/hoodie with white lettering on the front.

[9] On September 8<sup>th</sup>, three days after the incident, Ms. Anderson was arrested. She was charged with break, enter and theft, the offence set out in s. 348(1)(b) of the *Criminal Code*. Ms. Anderson was held in custody until a hearing to determine whether she should be released pending her trial ("bail hearing").

[10] Ms. Anderson testified at the bail hearing. During her testimony, she explained having last worked with a home alarm company. The Provincial Court judge decided to release Ms. Anderson on strict conditions. In the course of delivering this decision, the judge made the following statement:

You talk about these jobs that you have, now, it makes no sense that you'd be going around the neighborhoods, stay out of mine if you get a job where you're going around trying to sell systems for people that, that are afraid of being broken into.

[11] This same judge presided over Ms. Anderson's trial. At the outset, defence counsel raised the matter of recusal, not because of the statement reproduced above but rather because the judge had been exposed to evidence that would not be admissible at the trial. The judge did not recuse himself from the matter.

[12] The evidence at trial essentially revealed the facts as set out above. Ms. Anderson neither testified nor offered any evidence in her defence. Defence counsel conceded Ms. Anderson was the person who had entered the convenience store on

September 5, 2016. He also agreed there had been a break, entry and theft at the Braces' home that day. However, defence counsel argued the Crown had not proven beyond a reasonable doubt it was Ms. Anderson who was in the car when it was seen in the driveway of the Braces' residence. He argued: (1) Ms. Brace could not describe the third occupant of the car when it had been in the area of the store; (2) Mr. Brace was not clear on the gender of the occupant of the car when he saw it in his driveway, saying only that he "could say it was a female"; (3) Ms. Anderson was wearing a dark hoodie while at the store whereas the person who drove away from the Braces' driveway was described as wearing a white hoodie. According to defence counsel, these facts should raise a reasonable doubt regarding the identity of the person seen occupying the car in the Braces' driveway.

[13] The trial judge found Ms. Anderson guilty of the offence charged. His oral decision began with a review of the testimonies heard at trial before outlining the basic principles of criminal law to be applied. In the process, the judge stated as follows:

Here, the – the defence chose to call no evidence. And in that regard, as early as 1908 the failure of an accused to testify was identified as a factor in circumstantial cases. In *R. v. Jenkins* the Court said "It is true that a man is not called upon to explain suspicious things but there comes a time when circumstantial evidence having enveloped man in a strong and cogent network of inculpatory fact, that man is bound to make some explanation or stand condemned". The courts in this regard have been consistent in applying a similar standard, for example, in *R. v. Vezeau*, that's a decision of the Supreme Court of Canada 1976 28 CCC (2<sup>nd</sup>) at 81. The court held that it is open to a jury to infer an inference from the failure of the accused to testify. Also in *R. v. Corbett*, that's another decision of the Supreme Court of Canada 14 CCC (2<sup>nd</sup>) 385, no-one can reasonably think that a jury, and it stated – the case law said that "No-one can reasonably think that a jury will fail in reaching a verdict to take into account the failure of the accused to testify". If the jury can take it into account so can the judge. The ability of the trier of fact to take into account the accused's failure to testify was placed in perspective by C.J. – Chief Justice Freedman in *R. v. Chambers and Obirek*, and that's a decision of the Manitoba Court of Appeal, 54 CCC (2<sup>nd</sup>)

569. The chief justice emphasized that “Every accused person is presumed innocent. The Crown must not invoke the accused’s failure to testify as an element in discharging its onus of proof beyond a reasonable doubt”.

[14] Having outlined the law as he understood it, the judge then applied it to the facts. He concluded the circumstantial evidence convinced him beyond a reasonable doubt Ms. Anderson was the person in the car who tried to warn those who were in the process of breaking into the Braces’ residence. The judge added:

And I find her guilty as charged. The other thing which I would mention, and when I look at that case law where it calls out for a reasonable explanation, that’s a person’s right not to testify but it – it called out for some type of reasonable explanation. But that’s not what I base all of this on but it’s just a small – it’s just a small part of it because it’s – it’s not because of that that I find that she is guilty but that’s, as I pointed out in the case law, that’s just another factor which goes towards it. That, in itself, the Crown still must prove all the other elements – all the elements beyond a reasonable doubt and I find that they have under the circumstances.

### III. Issues on appeal

[15] Ms. Anderson raises three grounds of appeal, alleging: (1) the verdict was unreasonable; (2) the trial judge “erred in law by shifting the onus and drawing an adverse inference from her failure to testify”; and (3) the judge erred in law “by failing to recuse himself at trial despite making comments at the bail hearing expressing actual or apprehended bias regarding the guilt of the accused”.

[16] I would allow the appeal based on the second ground, so it will not be necessary to address the others. This said, regarding the third ground, it should go without saying that a flippant comment, such as the one made at the bail hearing, to the effect Ms. Anderson should stay out of the judge’s neighborhood, has no place in the criminal law process. Such comments undermine confidence in and respect for the administration of justice.

IV. Analysis

[17] The modern expression of the law regarding the evidentiary significance of an accused's failure to testify is not taken from any of the cases to which the trial judge referred. It rather comes from the Supreme Court's majority decision in *Noble*, reaffirmed in *R. v. Prokofiew*, 2012 SCC 49, [2012] 2 S.C.R. 639. *Noble* established that a trier of fact, be it a judge or a jury, may not draw an adverse inference from an accused's failure to testify. Specifically, an accused's silence at trial may not be treated as evidence of guilt because to do so would violate the presumption of innocence and the right to silence. *Noble* establishes that any reference to the accused's failure to testify may only be made once the trier of fact is already convinced of guilt beyond a reasonable doubt. In those instances, it would be permissible for a judge to indicate there was an absence of any evidence that could have raised a reasonable doubt. The majority decision is clear: an accused's silence at trial cannot be used as "make-weight" evidence of guilt. After quoting from an earlier Supreme Court decision, Sopinka J. for the majority concludes:

Again, in my view it is clear from the passage cited that while it is permissible to conclude from the failure to testify that there is no unspoken, innocent explanation about which the trier of fact must speculate, it is not permissible to use silence to strengthen a case that otherwise falls short of proving guilt beyond a reasonable doubt. If the totality of the evidence leads to guilt beyond a reasonable doubt, the accused's silence simply fails "to provide any basis to conclude otherwise". [para. 87]

[18] In *Noble*, the majority carved out an exception for alibi cases and left the door slightly open for the use of silence by appellate courts.

[19] In the present case, there is no question the trial judge misstated the law. While some of his references accord with the principles set out in *Noble*, others unmistakably do not. The rule derived from *Noble* applies regardless of the character of the trier of fact. Neither a judge nor a jury can "treat the silence of the accused as 'make-weight'" (para. 94). Thus, the trial judge was clearly wrong in stating that the jury could



take into account an accused's failure to testify and that, "[i]f the jury can take it into account so can the judge".

[20] In light of *Noble*, there should have been no ambiguity in the law regarding the use the trial judge could make of Ms. Anderson's failure to testify. He simply could not use it as "make-weight" evidence to establish guilt. The remaining question is whether or not the judge did so.

[21] One can legitimately ask: if the trial judge had no intention to draw an inference from Ms. Anderson's failure to testify, why even refer to these principles, albeit incorrectly?

[22] The trial judge's reasons could be open to two interpretations. On one hand, the judge appears to reach his conclusion regarding Ms. Anderson's guilt immediately after drawing inferences from the circumstantial evidence. However, the judge then continued in the words I again reproduce for the sake of convenience:

The other thing which I would mention, and when I look at that case law where it calls out for a reasonable explanation, that's a person's right not to testify but it – it called out for some type of reasonable explanation. But that's not what I base all of this on but it's just a small – it's just a small part of it because it's – it's not because of that that I find that she is guilty but that's, as I pointed out in the case law, that's just another factor which goes towards it. That, in itself, the Crown still must prove all the other elements – all the elements beyond a reasonable doubt and I find that they have under the circumstances.

[23] While the judge's comments are ambiguous, I remain struck by the fact the judge stated Ms. Anderson's failure to testify was a "small part" of the equation and was "another factor that goes toward" the conviction.

[24] In my view, when distilled to its very essence, the judge was saying the Crown's case cried out for Ms. Anderson to give a reasonable explanation and her failure to do so was part of the reasoning that led to her conviction.

[25] The present case has some similarities with *Noble*. Like here, the key question at trial in *Noble* was identification. In delivering his reasons for decision, the trial judge stated he was convinced of her identity beyond a reasonable doubt. However, he added he understood the law to be that, where there was an overwhelming case to meet and where the accused person did not testify, there was almost "an adverse inference" that could be drawn. In his view, this could "add to the weight of the Crown's case" (*Noble*, at para. 58). Like the present case, it was unclear in *Noble* whether or not the trial judge had in fact resorted to such an inference. In the face of ambiguity, a majority of the British Columbia Court of Appeal was "not persuaded that the trial judge did not rely upon the failure of the accused to give evidence" and held "it would be unsafe to consider the case on any other basis": *R. v. Noble*, [1996] B.C.J. No. 699 (C.A.) (QL), at para. 21. This conclusion was upheld in the Supreme Court and I come to the same conclusion in the present case. I am not persuaded the trial judge did not rely upon the failure of Ms. Anderson to testify and, as a result, it would be unsafe to consider the case on any other basis. I therefore conclude the judge erred in law.

[26] This leaves the question of the *curative proviso* under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Again, there are similarities with *Noble*. In that case, Crown counsel did not ask the Court to apply the provision. Neither did counsel for the Attorney General in the present case.

V. Disposition

[27] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Darcy Anderson a été reconnue coupable de vol avec effraction. Au procès, son identité comme l'un des auteurs de cette infraction a été établie par preuve purement circonstancielle. En la déclarant coupable, le juge du procès a fait allusion au défaut de M<sup>me</sup> Anderson de témoigner. Pour les motifs qui vont suivre, je conclus que la déclaration de culpabilité est viciée par le défaut du juge d'appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, [1997] A.C.S. n° 40 (QL). Selon cet arrêt, en effet, le défaut d'un accusé de témoigner n'a aucune importance du point de vue de la preuve. Quoique la Cour suprême reconnaisse que la règle souffre certaines exceptions limitées, aucune pareille exception ne s'applique en l'espèce. Je suis d'avis, pour les motifs que je vais exposer, que l'erreur de droit commise par le juge nous commande d'annuler la déclaration de culpabilité de M<sup>me</sup> Anderson et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Contexte factuel

[2] Le 5 septembre 2016, alors qu'elle effectuait son travail de commis dans un dépanneur rural, Joan Brace a vu deux fois une femme entrer dans le magasin et en sortir. M<sup>me</sup> Brace a remarqué qu'après être sortie, la femme est allée s'asseoir sur le siège du passager avant d'une automobile [TRADUCTION] « bleue » où se trouvaient aussi deux autres passagers. Le conducteur était un homme, mais M<sup>me</sup> Brace n'a pas pu décrire l'occupant de la banquette arrière. L'automobile a par la suite quitté le stationnement du dépanneur puis y est revenue peu après. Cela a éveillé les soupçons de M<sup>me</sup> Brace, qui a appelé son mari pour lui en faire part. Comme les Brace habitaient à proximité, M. Brace est arrivé rapidement au dépanneur. Arrivé sur place, M. Brace a relevé le numéro de plaque d'immatriculation de ce qu'il a décrit être une automobile [TRADUCTION]

« gris-bleu ». M. Brace est demeuré dans son véhicule jusqu'au départ de l'automobile. Il a ensuite attendu une demi-heure environ, au cas où l'automobile reviendrait.

[3] L'automobile n'étant pas revenue, M. Brace est retourné chez lui dans son véhicule. Arrivé chez lui, M. Brace a vu la même automobile dans son entrée de cour. M. Brace a arrêté son véhicule et composé le 911. Personne n'était assis sur le siège du conducteur, mais la personne occupant le siège du passager avant a immédiatement activé le klaxon, s'est déplacée vers le siège du conducteur puis a sorti précipitamment l'automobile de l'entrée, frappant le repère de l'entrée et la boîte aux lettres sur son passage. Lorsque l'automobile a roulé près de lui, M. Brace a remarqué que le conducteur portait de grosses lunettes de soleil foncées et un capuchon blanc. Lors du procès, lorsqu'on lui a demandé si le conducteur était un homme ou une femme, M. Brace a affirmé qu'il [TRADUCTION] « pourrai[t] dire que c'était une femme ».

[4] M. Brace était toujours dans son véhicule et au téléphone avec la police lorsqu'il a vu deux hommes sortir à pied de l'entrée d'une maison voisine. Il a déclaré avoir vu les hommes descendre la rue à pied et pénétrer dans l'entrée d'une maison de ferme puis, après quelques minutes, remonter la rue à pied dans sa direction.

[5] Dans l'intervalle, M<sup>me</sup> Brace, qui avait reçu un message texte de son époux, est retournée chez elle en courant. En chemin, elle a vu deux hommes qui marchaient dans sa direction. Elle a reconnu l'un d'eux – celui qui conduisait l'automobile bleue. Les deux hommes l'ont croisée en marchant et se sont éloignés à pied.

[6] M<sup>me</sup> Brace a attendu l'arrivée des policiers avec son époux, puis elle est retournée au dépanneur. M. Brace et un policier sont entrés dans la maison. M. Brace a constaté le vol de certains objets. L'auteur du vol était entré par une fenêtre du sous-sol et, apparemment, était sorti par la porte arrière. De plus, la remise avait été ouverte de force et des objets y avaient été volés. Parmi les objets volés, il y avait un pulvérisateur à

puissant jet d'eau; M. Brace en avait reconnu le manche à l'arrière de l'automobile bleue lorsqu'elle était stationnée dans l'entrée de sa maison.

[7] Environ en même temps que M. Brace était retourné à la maison, une voisine et son fiancé avaient remarqué deux [TRADUCTION] « types » qui sortaient des buissons et traversaient son arrière-cour. Les deux [TRADUCTION] « types » ont descendu l'entrée de la voisine à pied et se sont engagés sur la chaussée.

[8] Lors de leur enquête, les policiers ont remarqué une zone piétinée à l'arrière de la propriété des Brace, où quelqu'un, semblait-il, avait traversé les buissons. Ils y ont trouvé des lunettes de soleil. Lors de leur enquête, les policiers ont aussi retracé le propriétaire de l'automobile [TRADUCTION] « gris-bleu ». On a découvert que M<sup>me</sup> Anderson résidait à la même adresse, à Woodstock (Nouveau-Brunswick), que le propriétaire inscrit de l'automobile. D'après les photos de surveillance du dépanneur, M<sup>me</sup> Anderson était la femme vue sur les lieux le 5 septembre 2016. Les photos la montraient portant un sweat-shirt foncé avec capuchon orné de lettrage blanc sur le devant.

[9] Le 8 septembre, soit trois jours après l'incident, on a procédé à l'arrestation de M<sup>me</sup> Anderson. Celle-ci a été inculpée de vol avec effraction, l'infraction visée à l'alinéa 348(1)b) du *Code criminel*. M<sup>me</sup> Anderson a été détenue jusqu'à la tenue d'une audience sur sa mise en liberté provisoire (« l'audience sur la libération sous caution »).

[10] M<sup>me</sup> Anderson a témoigné à l'audience sur la libération sous caution. Elle a expliqué que son dernier employeur était un fournisseur de systèmes d'alarme résidentiels. Le juge de la Cour provinciale a décidé d'accorder à M<sup>me</sup> Anderson une mise en liberté assortie de conditions rigoureuses. En rendant cette décision, le juge a fait la déclaration suivante :

[TRADUCTION]

Vous parlez des emplois que vous avez, mais il serait illogique que vous vous promeniez dans des voisinages – évitez le mien en tout cas – si votre emploi vous demande de vous promener pour tenter de vendre des systèmes à des gens, des gens qui craignent d’être cambriolés.

[11] Le même juge a présidé le procès de M<sup>me</sup> Anderson. D’entrée de jeu, l’avocat de la défense a soulevé la question de la récusation, non en raison de la déclaration précitée, mais parce que le juge avait été mis au courant d’éléments de preuve qui ne seraient pas admissibles au procès. Le juge ne s’est toutefois pas récusé.

[12] La preuve présentée au procès a essentiellement révélé les faits mentionnés précédemment. M<sup>me</sup> Anderson n’a pas témoigné, ni n’a présenté la moindre preuve pour sa défense. L’avocat de la défense a concédé que M<sup>me</sup> Anderson était la personne entrée, le 5 septembre 2016, dans le dépanneur. Il a aussi convenu qu’un vol avec effraction avait été commis le même jour à la résidence des Brace. L’avocat de la défense a soutenu, toutefois, que le ministère public n’avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que M<sup>me</sup> Anderson était la passagère de l’automobile vue dans l’entrée de la résidence des Brace. Il a fait valoir que (1) M<sup>me</sup> Brace n’avait pu décrire le troisième passager lorsque l’automobile avait été à proximité du magasin; (2) M. Brace n’était pas certain si le passager de l’automobile vue dans son entrée était un homme ou une femme, disant simplement qu’il [TRADUCTION] « pourrai[t] dire que c’était une femme »; (3) le capuchon porté par M<sup>me</sup> Anderson dans le dépanneur était foncé, tandis que la personne ayant quitté l’entrée en automobile a été décrite comme portant un capuchon blanc. Selon l’avocat de la défense, ces faits devraient soulever un doute raisonnable quant à l’identité de l’occupant de l’automobile dans l’entrée des Brace.

[13] Le juge du procès a reconnu M<sup>me</sup> Anderson coupable de l’infraction reprochée. En prononçant sa décision orale, le juge a d’abord passé en revue les témoignages entendus au procès avant d’exposer les principes fondamentaux de droit criminel applicables. Ce faisant, le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Dans la présente affaire, la – la défense a choisi de n'appeler aucun témoin. Et, à cet égard, dès 1908, le défaut d'un accusé de témoigner a été considéré comme un facteur à prendre en compte en présence d'une preuve circonstancielle. Dans *R. c. Jenkins*, la Cour a déclaré : [TRADUCTION] « Il est vrai qu'un homme n'est pas tenu d'expliquer les choses suspectes, mais il arrive un moment où la preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpataires, oblige un homme à s'expliquer sous peine d'être reconnu coupable ». Les tribunaux ont constamment appliqué une norme semblable dans de tels cas; voir, p. ex., l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Vézeau c. La Reine*, [[1977] 2 R.C.S. 277], 28 C.C.C. (2d) 81. La Cour suprême y a affirmé qu'il était loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'abstention de l'accusé de témoigner. La Cour suprême du Canada a aussi déclaré dans un autre arrêt, *Corbett c. R.*, [[1975] 2 R.C.S. 275], 14 C.C.C. (2d) 385, que nul ne pouvait raisonnablement penser qu'un jury – c'est ce que dit la jurisprudence : « Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner ». Si les jurés peuvent en tenir compte, le juge le peut également. La capacité du juge des faits de prendre en compte le défaut de l'accusé de témoigner a été mise en perspective par le juge en chef Freedman de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. c. Chambers and Obirek*, 54 C.C.C. (2d) 569. Le juge en chef a souligné ceci : [TRADUCTION] « Tout accusé est présumé innocent. Le ministère public ne peut, pour s'acquitter de son fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable, invoquer le défaut de l'accusé de témoigner ».

[14] Après avoir exposé le droit tel qu'il le comprenait, le juge l'a ensuite appliqué aux faits. Il a conclu que la preuve circonstancielle l'avait convaincu, hors de tout doute raisonnable, que M<sup>me</sup> Anderson était la passagère de l'automobile qui avait tenté de prévenir les personnes entrées par effraction dans la résidence des Brace. Le juge a ajouté :

[TRADUCTION]

Je la déclare coupable de l'infraction reprochée. Je voudrais aussi mentionner, et lorsque j'étudie la jurisprudence qui demande une explication raisonnable, que toute personne a



le droit de ne pas témoigner, mais – la jurisprudence demandait une explication raisonnable quelconque. Mais ce n'est pas mon fondement pour tout cela, simplement une petite partie – simplement une petite partie de ce fondement parce que – que ce n'est pas pour ce motif que je la reconnais coupable; c'est simplement, comme je l'ai relevé dans la jurisprudence, un autre facteur qui contribue à la déclaration de culpabilité. Cela, en soi, le ministère public doit toujours prouver tous les autres éléments – tous les éléments hors de tout doute raisonnable – et je conclus qu'il l'a fait dans les circonstances.

### III. Questions à trancher en appel

[15] M<sup>me</sup> Anderson soulève trois moyens d'appel : (1) le verdict était déraisonnable; (2) le juge du procès a [TRADUCTION] « commis une erreur de droit en déplaçant le fardeau et en tirant une conclusion défavorable de son défaut de témoigner »; (3) le juge a commis une erreur de droit [TRADUCTION] « en ne se récusant pas du procès bien qu'il ait formulé, à l'audience sur la libération sous caution, des commentaires dénotant un préjugé réel ou présumé quant à la culpabilité de l'accusée ».

[16] J'accueillerais l'appel sur le fondement du second moyen, de sorte que je n'aurai pas à examiner les deux autres. Cela dit, quant au troisième moyen, il va de soi qu'un commentaire désinvolte, comme celui formulé à l'audience sur la libération sous caution et selon lequel M<sup>me</sup> Anderson devrait éviter le voisinage du juge, n'a pas sa place dans le processus pénal. De tels commentaires ébranlent la confiance et le respect envers l'administration de la justice.

### IV. Analyse

[17] L'expression moderne du droit, quant à l'importance sur le plan de la preuve du défaut de l'accusé de témoigner, ne se trouve dans aucun des jugements mentionnés par le juge du procès. Elle figure plutôt dans la décision de la majorité dans l'arrêt *Noble* de la Cour suprême, qui confirme l'arrêt *R. c. Prokofiew*, 2012 CSC 49, [2012] 2 R.C.S. 639. La Cour suprême a établi dans *Noble* que le juge des faits – juge ou

jury – ne pouvait tirer une conclusion défavorable du défaut de l'accusé de témoigner. Plus précisément, on ne peut considérer que le silence de l'accusé au procès est une preuve de culpabilité, car cela constituerait une violation du droit de garder le silence et de la présomption d'innocence. Il est établi dans l'arrêt *Noble* que le juge des faits ne peut faire mention du défaut de l'accusé de témoigner que s'il est déjà convaincu hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité. Dans un tel cas, il serait permis au juge de relever l'absence de toute preuve susceptible de soulever un doute raisonnable. La décision de la majorité est claire : le silence d'un accusé au procès ne peut être considéré comme un « complément de preuve » de culpabilité. Après avoir cité un arrêt antérieur de la Cour suprême, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, a tiré la conclusion suivante :

Encore une fois, il ressort clairement à mon avis du passage précité que, même s'il est permis de conclure du défaut de témoigner qu'il n'existe aucune explication inexprimée, tendant à innocenter l'accusé et sur laquelle le juge des faits doit conjecturer, il est interdit d'utiliser le silence pour renforcer une preuve qui autrement n'établirait pas hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'accusé. Si la totalité de la preuve permet de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, le silence de l'accusé prive simplement le tribunal de « motifs de tirer une autre conclusion ». [par. 87]

[18] Dans l'arrêt *Noble*, les juges majoritaires ont prévu une exception en matière d'alibi, et ont laissé la porte entrouverte à la prise en compte du silence par les cours d'appel.

[19] En l'espèce, il ne fait aucun doute que le juge du procès a mal énoncé la règle de droit. Certains de ses énoncés sont conformes aux principes exposés dans l'arrêt *Noble*, mais d'autres, indubitablement, ne le sont pas. La règle tirée de l'arrêt *Noble* s'applique, que le juge des faits soit un juge ou un jury : il « ne peut pas considérer le silence de l'accusé comme un "complément de preuve" » (par. 94). Ainsi, le juge du procès a clairement eu tort de déclarer que les jurés pouvaient prendre en compte le défaut d'un accusé de témoigner et que, [TRADUCTION] « [s]i les jurés peuvent en tenir compte, le juge le peut également ».

[20] Compte tenu de l'arrêt *Noble*, la règle de droit ne devait être aucunement ambiguë quant à l'utilisation que le juge du procès pouvait faire du défaut de M<sup>me</sup> Anderson de témoigner. Le juge du procès ne pouvait tout simplement pas, pour établir la culpabilité, utiliser le défaut de témoigner comme un « complément de preuve ». Il ne reste qu'à établir si le juge a agi ainsi.

[21] Il est légitime de se poser la question suivante : si le juge du procès n'entendait tirer aucune conclusion du défaut de M<sup>me</sup> Anderson de témoigner, pourquoi alors a-t-il fait allusion, quoique incorrectement, à ces principes?

[22] Les motifs du juge du procès sont susceptibles de deux interprétations. D'une part, le juge semble avoir conclu à la culpabilité de M<sup>me</sup> Anderson immédiatement après avoir tiré des conclusions de la preuve circonstancielle. Le juge a toutefois ajouté certains commentaires, que je reproduis de nouveau pour la commodité de l'exposé :

[TRADUCTION]

Je voudrais aussi mentionner, et lorsque j'étudie la jurisprudence qui demande une explication raisonnable, que toute personne a le droit de ne pas témoigner mais – la jurisprudence demandait une explication raisonnable quelconque. Mais ce n'est pas mon fondement pour tout cela, simplement une petite partie – simplement une petite partie de ce fondement parce que – que ce n'est pas pour ce motif que je la reconnais coupable; c'est simplement, comme je l'ai relevé dans la jurisprudence, un autre facteur qui contribue à la déclaration de culpabilité. Cela, en soi, le ministère public doit toujours prouver tous les autres éléments – tous les éléments hors de tout doute raisonnable – et je conclus qu'il l'a fait dans les circonstances.

[23] Quoique les commentaires du juge soient ambigus, je demeure frappé par sa déclaration selon laquelle le défaut de M<sup>me</sup> Anderson de témoigner a constitué une [TRADUCTION] « petite partie » de l'équation et [TRADUCTION] « un autre facteur qui contribue » à la déclaration de culpabilité.

[24] Selon moi, si l'on dégage l'essentiel de ses propos, le juge a dit que la preuve présentée par le ministère public appelait une explication raisonnable de la part de M<sup>me</sup> Anderson, et que le défaut de cette dernière d'en donner une a été un élément du raisonnement qui a conduit à sa condamnation.

[25] La présente affaire comporte certaines similitudes avec l'affaire *Noble*. Comme en l'espèce, la principale question en litige dans *Noble* était celle de l'identification. En exposant les motifs de sa décision, le juge du procès s'est dit convaincu hors de tout doute raisonnable de l'identité de la personne accusée. Il a toutefois ajouté que, tel qu'il comprenait le droit, dans les cas où la preuve du ministère public était accablante, et où l'accusé n'avait pas témoigné, il pouvait pratiquement en tirer une [TRADUCTION] « conclusion défavorable ». De l'avis du juge, cela pouvait [TRADUCTION] « renforcer la preuve du ministère public » (*Noble*, par. 58). Comme en l'espèce, il n'était pas clair dans l'affaire *Noble* si, en fait, le juge du procès s'était appuyé sur une telle conclusion. Devant cette ambiguïté, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se sont dit n'être [TRADUCTION] « pas convaincu[s] que le juge du procès ne s'est pas appuyé sur le défaut de témoigner de l'accusé », et ont conclu qu'il [TRADUCTION] « serait imprudent d'examiner l'affaire sous quelque autre angle » (*R. c. Noble*, [1996] B.C.J. No. 699 (C.A.) (QL), par. 21). La Cour suprême a entériné cette conclusion, et j'en viens à la même conclusion dans la présente affaire. Je ne suis pas convaincu que le juge du procès ne s'est pas fondé sur le défaut de M<sup>me</sup> Anderson de témoigner et, de ce fait, il serait imprudent d'examiner l'affaire sous quelque autre angle que ce soit. Je conclus par conséquent que le juge a commis une erreur de droit.

[26] Il reste à décider de l'application du sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, une disposition réparatrice. Encore une fois il existe des similitudes avec l'affaire *Noble*. Dans *Noble*, le substitut du procureur général n'avait pas demandé à la Cour d'appliquer cette disposition. En l'espèce, l'avocate du ministère public ne l'a pas fait non plus.

V. Dispositif

[27] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la déclaration de culpabilité et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.