COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

18-18-CA

M.L.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

M.L. v. R., 2019 NBCA 12

CORAM:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
October 27, 2017 (conviction)
December 15, 2017 (sentencing)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 14, 2018

Judgment rendered:
January 31, 2019

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

M.L.

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

M.L. c. R., 2019 NBCA 12

CORAM :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine:
le 27 octobre 2017 (déclaration de culpabilité)
le 15 décembre 2017 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 14 novembre 2018

Jugement rendu :
le 31 janvier 2019

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Counsel at hearing:

For the appellant:
M.L. on his own behalf

For the respondent :
René Dumaresq

THE COURT

The appeal against conviction and the application for leave to appeal sentence are dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l’appelant :
M.L. en son propre nom

Pour l’intimée :
René Dumaresq

LA COUR

L’appel de la déclaration de culpabilité et la demande d’autorisation d’interjeter appel de la peine sont rejetés.

Le jugement de la Cour rendu par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le 27 octobre 2017, une juge de la Cour provinciale a déclaré M.L. coupable de deux chefs d'agression sexuelle (al. 271a) du *Code criminel*), et de deux chefs d'incitation à des contacts sexuels (al. 152a)). Le 15 décembre 2017, il a été condamné à une peine d'emprisonnement totale de cinq ans, moins une réduction de quinze jours pour la période déjà purgée. Plusieurs conditions ont aussi été imposées, y compris une ordonnance autorisant le prélèvement d'échantillons d'ADN et une interdiction de pénétrer dans un périmètre de cinq kilomètres du domicile de la victime et dans le territoire de la police régionale B.N.P.P.

II. Contexte

[2] Les déclarations de culpabilité de M.L. découlent de plusieurs incidents au cours desquels il a commis des agressions sexuelles ou s'est livré à des contacts sexuels sur C.B., une mineure. En 2008, M.L. a commencé à fréquenter C.P., la mère de C.B., et, en 2009, il a emménagé avec elle et sa fille, qui était alors âgée de dix ans. Durant ce temps, M.L. a établi une relation étroite avec C.B. C.P. et C.B. ont toutes les deux témoigné au procès que M.L. servait de figure paternelle pour C.B. Il s'occupait d'elle après l'école lorsque C.P. était au travail. C.B. accompagnait parfois M.L. lorsqu'il effectuait des déplacements de distance moyenne pour transporter de l'équipement ou des matériaux dans le contexte de son travail. C.P. a aussi raconté comment M.L. a acheté de nombreux cadeaux à C.B., variant de tablettes électroniques à des animaux de compagnie, y compris un chien. Pour son douzième anniversaire, M.L. a amené C.B. pour qu'elle se fasse percer le nombril sans que sa mère le sache. Il a dit à maintes reprises à C.B. qu'il lui donnerait un jour son VTT.

[3] Tout au long de cette période, et à l'insu de C.P., M.L. a initié de nombreux contacts sexuels avec C.B. Ces agressions ont commencé lorsque C.B. avait approximativement douze ans, quand M.L. s'est mis à lui toucher les parties génitales alors qu'ils regardaient un film ensemble. À mesure que les agressions se poursuivaient, M.L. se servait de sa situation d'autorité pour contraindre C.B. à acquiescer à ses demandes. Au procès, C.B. a témoigné que lorsqu'elle voulait quelque chose – que des amis lui rendent visite, par exemple, ou une nouvelle bicyclette – M.L. exigeait une certaine période d'attouchements sexuels en retour, qu'elle a expliqué ainsi : « ben fallait j'y donne du "temps" qu'y disait. » Pendant plusieurs mois, alors que C.B. avait toujours douze ans, les agressions sexuelles se sont intensifiées, passant d'attouchements aux rapports sexuels. Les agressions ont eu lieu à de nombreuses reprises et à plusieurs endroits. Elles ont persisté tout au long de la relation entre M.L. et C.P.

[4] En 2012, M.L. a déménagé dans l'Ouest canadien pour travailler, et C.P. a décidé de mettre fin à la relation avant son retour. Malgré cela, lorsqu'il est revenu vivre au Nouveau-Brunswick, M.L. a continué d'exiger de voir C.B. Plusieurs mois après la séparation, il est arrivé chez C.P. avec des billets pour un concert d'un groupe bien connu que C.B. aimait. Durant son témoignage, C.P. a relaté comment M.L. continuait d'appeler, demandant de voir C.B. : « Y prétendait là, c'est ma fille. Je veux voir ma fille. J'va prendre des démarches légales. J'va prendre un avocat. J'veux voir ma fille. »

[5] Peu après l'incident ayant trait aux billets de concert, M.L. a communiqué avec C.P. et a demandé de la voir de toute urgence. Lorsqu'elle l'a rencontré, il l'a informée qu'il était atteint du cancer du poumon et qu'il n'avait plus que quelques mois à vivre. Pour cette raison, il l'a convaincue de passer du temps avec lui au cours du congé de Noël, et, une fois, de lui rendre visite à la maison de ses parents. D'après le témoignage de C.P., il est évident que M.L. s'était largement servi du fait qu'il lui restait censément peu de temps à vivre pour convaincre C.P. et sa fille de passer du temps avec lui. Malgré ce qu'il disait à l'époque, on sait maintenant que M.L. n'avait pas le cancer.

[6] M.L. a continué de demander à multiples reprises de voir C.B., demandes qui étaient habituellement refusées. À diverses occasions, il a répondu à ces refus en informant C.P. que « A va avoir 16 ans un jour cette enfant-là pis a va partir. » Au procès, C.P. a témoigné au sujet du comportement de plus en plus agressif de M.L., y compris le fait qu'il la harcelait au téléphone et qu'il menaçait de se suicider. Elle a aussi affirmé qu'il a contacté C.B. directement par l'intermédiaire des médias sociaux. En fin de compte, au début 2013, plusieurs mois après la séparation, tout contact avec M.L. a pris fin.

[7] En septembre 2015, C.B. est allée voir un intervenant travaillant à son école et l'a informé des agressions sexuelles qu'elle avait subies. L'intervenant, avec l'aide d'une infirmière spécialisée en santé sexuelle, a contacté C.P. ainsi que la police. Par conséquent, M.L. a été inculpé en octobre 2015 de deux chefs d'agression sexuelle et de deux chefs d'incitation d'une personne âgée de moins de seize ans à des contacts sexuels, actes criminels prévus aux al. 271a) et 152a) du *Code criminel*.

III. Moyens

[8] M.L. interjette appel de sa déclaration de culpabilité en se fondant sur de nombreux moyens, qui se résument comme suit :

1) la juge du procès avait un conflit d'intérêts;
2) l'appelant n'était pas présent durant la totalité de son procès, ce qui est contraire à l'art. 650 du *Code criminel*;
3) l'appelant n'a pas reçu l'assistance effective d'un avocat.

M.L. sollicite en outre l'autorisation d'interjeter appel de sa peine, car elle est manifestement non indiquée.

IV. Analyse

A. *La juge du procès était dans une situation de conflit d'intérêts*

[9] M.L. soutient que la juge du procès n'aurait pas dû entendre sa cause puisqu'elle était dans une situation de conflit d'intérêts. Le présumé conflit d'intérêts ne provient pas des faits de la présente affaire, mais d'un autre procès criminel dans lequel M.L. était défendeur. À l'origine, la même juge du procès était saisie des deux affaires. À l'audience du 8 septembre 2017, le ministère public a répondu à certaines questions que la juge du procès lui avait posées au sujet de l'identité de la personne qui avait porté plainte dans l'autre affaire. La juge du procès s'est alors rendu compte qu'elle connaissait l'un des parents de la personne qui avait porté plainte, et qu'elle avait des liens de parenté, quoiqu'éloignés, avec lui. Pour cette raison, elle s'est récusée de cette affaire.

[10] À la suite de la récusation de la juge du procès de cette affaire, l'avocat de M.L. a soulevé la question de savoir si elle devrait se récuser des deux causes. La juge du procès a répondu que, comme elle n'avait pas entendu de témoignage ou d'élément de preuve dans l'une ou l'autre des causes, elle n'était pas d'avis qu'il pourrait y avoir une crainte de partialité si elle continuait d'être saisie de l'affaire ayant trait à la plaignante qu'elle ne connaissait pas et avec qui elle n'avait aucun lien de parenté. L'avocat de M.L. a accepté cette conclusion. Plus tard, le 12 septembre, la juge du procès est revenue plus en détail sur cette décision, informant l'avocat de la défense qu'après mûre réflexion, elle était sûre de sa décision, en ajoutant qu'elle croyait qu'il était préférable que les deux affaires soient entendues par des juges différents. L'avocat de la défense n'a soulevé aucune objection.

[11] Le principal arrêt de la Cour suprême en matière de partialité judiciaire est *R. c. S. (R.D.),* [1997] 3 R.C.S. 484, [1997] A.C.S. n° 84 (QL). Bien que cette affaire portait sur des faits nettement différents de ceux qui nous occupent, elle a joué le rôle important d'établir le droit ayant trait à la crainte de partialité de la part de la magistrature au Canada. Le juge Cory a entamé son analyse en définissant la partialité comme suit :

« la partialité dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions » (par. 105). La rigueur dont il faut faire preuve pour conclure à la partialité est élevée, explique-t-il, en raison du fait qu'une allégation de partialité met en cause non seulement l'intégrité personnelle du juge, mais celle de l'administration de la justice toute entière (par. 113). Notre Cour a appliqué ce test à de nombreuses reprises : voir, par exemple, *Lambert c. Lacey-House*, 2013 NBCA 48, 406 R.N.-B. (2e) 346.

[12] Ce moyen d'appel est sans fondement. Bien qu'un observateur raisonnable puisse soulever certaines préoccupations quant au fait qu'une juge de procès entende et tranche une affaire criminelle dans laquelle elle a un lien de parenté avec la personne qui a porté plainte, on ne saurait dire la même chose d'une affaire dans laquelle elle n'a aucun lien avec l'une ou l'autre des parties. De plus, la juge du procès a pris les mesures appropriées pour répondre à toute inquiétude pouvant être soulevée. Dans l'arrêt *Lacey-House*, notre Cour s'est penchée sur une situation dans laquelle le juge de première instance avait révélé quelques-unes, mais non la totalité, des raisons qui auraient pu mener à une crainte de partialité, et avait par la suite demandé s'il y avait quelque objection à ce qu'il continue d'entendre l'affaire. En évaluant la décision du juge de première instance de ne pas se récuser, la Cour a conclu ce qui suit :

> En résumé, la démarche préférable aurait été que le juge saisi de la motion divulgue aux parties, en séance publique, l'étendue complète de ses liens antérieurs avec l'intimée, tant ses liens directs, découlant des activités communes de leurs enfants, que ses liens indirects, résultant de sa relation de travail préalable avec le nouvel époux de l'intimée. Le juge aurait pu inviter les parties à faire des observations, tout en indiquant clairement qu'il ne sollicitait pas leur consentement, mais plutôt leurs observations dans le contexte mentionné ci-dessus. À ce moment-là, peut-être après une brève pause dans l'audience pour réfléchir à la situation et, le cas échéant, pour parler au juge en chef de la Cour ou à un autre collègue, le juge aurait pu décider s'il devrait procéder ou non. [par. 21]

[13] La procédure suivie par la juge du procès en l'espèce reflète étroitement les observations de la Cour dans l'arrêt *Lacey-House*. Une fois qu'elle a confirmé l'existence du potentiel d'une crainte raisonnable de partialité, la juge du procès s'est récusée de l'affaire dans laquelle il y avait un lien direct après avoir entendu des observations sur la question. Après avoir initialement rejeté la proposition selon laquelle un conflit d'intérêts pourrait être soulevé dans l'affaire dont nous sommes saisis, elle a réfléchi davantage sur la question et a présenté des motifs additionnels quant à sa décision. En appliquant le critère énoncé dans la jurisprudence, je suis persuadée qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, ne craindrait pas que la juge ne soit pas impartiale.

B. *L'appelant n'était pas présent durant la totalité de son procès*

[14] M.L. soutient qu'une partie du procès s'est déroulée en son absence, ce qui est contraire au par. 650(1) du *Code criminel*. Ce paragraphe est ainsi libellé :

Accused to be present	**Présence de l'accusé**
650(1) Subject to subsections (1.1) to (2) and section 650.01, an accused, other than an organization, shall be present in court during the whole of his or her trial.	**650(1)** Sous réserve des paragraphes (1.1) à (2) et de l'article 650.01, l'accusé, autre qu'une organisation, doit être présent au tribunal pendant tout son procès.

[15] Notre Cour s'est récemment penchée sur le par. 650(1) dans *Dedam c. R.*, 2018 NBCA 52, [2018] A.N.-B. n° 179 (QL), une affaire mettant en cause un accusé qui a été exclu de son propre procès à diverses occasions. L'analyse dans l'arrêt *Dedam* commence par un survol des divers moments où M. Dedam n'était pas présent dans la salle d'audience, des raisons de son exclusion et de ce qui s'est passé en son absence. La Cour a par la suite exposé la jurisprudence de la Cour suprême se rapportant au par. 650(1). Essentiellement, pour déterminer si le par. 650(1) s'applique, il faut se demander si les débats dont l'accusé était exclu faisaient effectivement partie du « procès » :

Le paragraphe 650(1) repose sur deux principes importants : en premier lieu, l'exigence garantit que l'accusé sera présent pour entendre la preuve qui pèse contre lui, et il est ainsi en mesure d'opposer une défense; en second lieu, l'accusé assiste au déroulement de l'ensemble de la procédure suivie pour le juger et il peut veiller à ce qu'elle soit correcte et à ce que le procès soit équitable.

Dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, [1987] A.C.S. nº 84 (QL), le juge en chef Dickson, au nom des juges majoritaires, affirme que le second principe « revêt une importance considérable pour la perception que l'on peut avoir de l'impartialité de la justice criminelle canadienne » (par. 20). Pour décider si l'exclusion d'un accusé porte atteinte au par. 650(1), il faut répondre à la question suivante : L'exclusion est-elle survenue pendant le procès? La Cour suprême a fourni certaines lignes directrices quant aux procédures qui constituent « le procès » pour l'application du par. 650(1). Citant les propos du juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, [1986] A.C.S. nº 2 (QL), le juge en chef Dickson (tel était alors son titre) affirme dans l'arrêt *Barrow* que « le par. 577(1) [l'actuel par. 650(1)] s'applique chaque fois que les "intérêts vitaux" de l'accusé sont en jeu » (par. 21).

Le juge en chef Dickson reprend la déclaration faite par le juge d'appel Martin dans *R. c. Hertrich*, [1982] O.J. No. 496 (C.A. Ont.) (QL), et fait sienne la définition portant qu'une procédure fait « partie intégrante du procès », pour l'application du par. 650(1), « lorsqu'une décision [qui y sera rendue] a un effet sur [TRADUCTION] "la conduite du procès en soi" ».

Dans *Hertrich*, le juge d'appel Martin affirme ce qui suit :

> [TRADUCTION] En règle générale, le procès d'un accusé ne commence qu'après le plaidoyer : voir *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258, à la p. 268. Toutefois, le terme « procès », aux fins du principe selon lequel un accusé a le droit d'être présent à son procès, inclut manifestement les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme

> l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir-dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable. [par. 50] [Le soulignement provient de *Dedam.*]
>
> [par. 18 à 21]

[16] Un examen du dossier en l'espèce indique que M.L. était absent, à de nombreuses occasions, pendant une partie de son procès. Durant quatre de ces occasions, son avocat était présent et agissait aux termes d'une désignation. À une occasion, à savoir le 31 août 2017, la Cour a demandé aux parties de comparaître afin de résoudre des conflits d'horaire relativement aux dates auxquelles étaient fixées les dates de début des procès de M.L. Même si l'avocat de M.L. ne savait pas s'il avait été désigné pour représenter son client à ce moment-là, l'audience avait pour seul objet de permettre à la Cour d'informer les parties de la fixation d'une nouvelle date pour le début des deux procès. À deux autres occasions, à savoir les 14 et 15 décembre 2017, M.L. avait été transporté à l'hôpital par des ambulanciers paramédicaux après avoir prétendument subi des crises d'épilepsie pendant son procès. Durant ces deux occasions, seules des questions ayant trait à l'état de santé actuel de M.L. et à la fixation d'une nouvelle date d'instruction ont été discutées en son absence. Dans l'arrêt *Dedam*, notre Cour a conclu que la fixation des dates de comparution ne constituait pas une « partie intégrante du procès » pour l'application du par. 650(1) (par. 23), ce qui fait en sorte que les absences du 31 août et des 14 et 15 décembre 2017 n'ont aucune pertinence relativement au présent appel.

[17] Mises à part les dates auxquelles l'avocat de M.L. agissait aux termes d'une désignation et celles auxquelles seules des questions relatives aux contraintes d'horaire ont été discutées, il y a eu deux autres occasions pendant lesquelles M.L. était absent, à savoir le 8 septembre 2017 et le matin du 12 septembre 2017. Il semblerait que ces occasions sont à l'origine des arguments soulevés par M.L. relativement au présent

moyen d'appel. Le 8 septembre 2017 était la nouvelle date fixée pour le début de ses deux procès, ce qui représente un léger retard par rapport à la date qui avait été initialement prévue, à savoir le 6 septembre. Le 8 septembre, date à laquelle l'audience devait avoir lieu, l'avocat de M.L. a informé la Cour que son client lui avait envoyé des messages textes la soirée précédente, lui indiquant qu'il éprouvait des difficultés de transport et qu'il serait absent. Un mandat d'arrestation a été décerné contre lui. De plus, la juge du procès s'est penchée sur la question de la crainte de partialité, se récusant d'un procès et rejetant la suggestion selon laquelle elle pourrait faire de même pour l'autre.

[18] À l'audience du 12 septembre 2017 (à laquelle l'appelant était présent), des accusations ont été portées en vertu de l'al. 145(2)b) relativement à son omission de comparaître à l'audience du 8 septembre. Ces allégations ont été entendues le 14 septembre 2017. À ce moment-là, M.L. a plaidé coupable. Il a expliqué qu'il s'était rendu à Edmundston le 7 septembre 2017. Comme il ne pouvait pas conduire, il se fiait à d'autres personnes pour se faire conduire à Edmundston et en revenir, et, en raison d'ennuis mécaniques, son voyage de retour à Bathurst est tombé à l'eau. Bien qu'il ait demandé de l'aide à sa famille, il n'a pu se présenter au palais de justice de Bathurst à la date et à l'heure prévues. Lors de la détermination de la peine dans cette affaire, l'avocat de M.L. a soutenu que son omission de comparaître n'avait aucunement retardé le procès relatif à C.B., argument que la juge a accepté. La preuve produite par l'avocat de M.L. indiquait que tous les témoins présents ce jour-là étaient disposés à témoigner relativement à l'autre affaire.

[19] La prochaine absence de M.L. à son procès a eu lieu le matin du 12 septembre. Alors que les shérifs le transportaient au palais de justice, M.L. a commencé à présenter des signes de crise d'épilepsie et il a été transporté à l'hôpital. Le dossier indique que la Cour a été immédiatement informée de l'absence de M.L. et des raisons pour celle-ci. Une courte discussion a suivi sur la question de savoir s'il était nécessaire de prendre des mesures afin de prolonger la validité du mandat en vertu duquel M.L. était détenu par les shérifs. La juge du procès a présenté une explication approfondie des raisons pour lesquelles elle avait décidé de se récuser d'un procès tout en

continuant d'entendre l'autre. L'audience comme telle a été ajournée jusqu'à ce que M.L. puisse être présent, et la juge du procès lui a alors présenté un résumé de ses observations relatives à sa décision en matière de récusation. Par conséquent, durant les deux absences de M.L., les seules discussions qui ont eu lieu avaient trait à la décision de la juge de se récuser d'un seul des procès de M.L. Les audiences comme telles ont été ajournées jusqu'à ce qu'il puisse être présent.

[20] Si j'applique la jurisprudence aux faits de la présente affaire, je suis d'avis que ce moyen d'appel est sans fondement puisqu'il n'y a eu aucune violation du par. 650(1) du *Code criminel*.

C. *La peine est manifestement non indiquée*

[21] M.L. sollicite l'autorisation d'interjeter appel de sa peine. Il soutient qu'elle est inappropriée et devrait être réduite. À l'appui de cet argument, il soutient qu'il éprouve des problèmes de santé, qu'il a respecté les conditions de sa libération sous caution, que la victime n'a pas subi de lésions corporelles et qu'il n'a jamais été condamné auparavant pour des infractions de nature sexuelle.

[22] Aucune jurisprudence n'a été présentée par M.L. à l'appui de son affirmation selon laquelle les facteurs susmentionnés justifient que sa peine soit réduite à une peine de [TRADUCTION] « deux à trois ans ». La peine infligée, cependant, était bien étayée par la jurisprudence suivant un examen de causes comparables, dont de nombreuses ont été confirmées par notre Cour. En particulier, la juge qui a prononcé la peine s'est référée aux peines infligées dans *R.P. c. R.*, 2013 NBCA 12, 401 R.N.-B. (2e) 143; *C.B.H. c. R.*, 2008 NBCA 76, 336 R.N.-B. (2e) 307; *J.L. c. R.*, 2014 NBCA 66, 426 R.N.-B. (2e) 398; et *McLaughlin c. R.*, 2017 NBCA 52, [2017] A.N.-B. no 281 (QL), ainsi qu'aux principes de détermination de la peine qui se trouvent à l'art. 718 du *Code criminel*.

[23] Les faits de chacune des causes citées par la juge qui a prononcé la peine ressemblent beaucoup à ceux de l'affaire qui nous occupe, et les peines infligées sont comparables. Je serais d'avis de refuser l'autorisation d'interjeter appel de la peine.

D. *Assistance inefficace de l'avocat*

[24] M.L. soutient en outre qu'il n'a pas reçu une assistance effective de son avocat. Notre Cour a adopté un Protocole relatif aux appels comportant des allégations de représentation inefficace par un avocat, lequel renferme le passage suivant :

> Dans le cadre d'un appel de la déclaration de culpabilité ou de la peine interjeté en matière criminelle, il peut arriver que l'appelant soulève des moyens d'appel laissant entendre que son avocat aurait été inefficace ou aurait contribué d'une autre façon à une erreur judiciaire en première instance. Dans de tels cas, il arrive souvent que l'appelant désire fournir au tribunal des renseignements concernant les directives données à l'avocat et la conduite de ce dernier. En règle générale, ces renseignements sont présentés au tribunal par voie de motion en autorisation de présentation de preuves nouvelles. La réponse à ce genre de preuves viendra d'habitude de l'avocat qui représentait l'appelant en première instance. Cette réponse pourrait prendre la forme d'affidavits que le tribunal devra examiner dans le cadre de la motion en autorisation de présentation de preuves nouvelles.

[25] En l'espèce, M.L. a effectivement présenté une motion en autorisation de présentation de preuves nouvelles. Dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, la Cour suprême a établi un processus à deux volets devant être suivi lorsque des allégations de représentation non effective sont soulevées, à savoir un volet examen du travail de l'avocat et un volet appréciation du préjudice. La juge d'appel Larlee explique ce processus dans l'arrêt *Robichaud c. R.*, 2014 NBCA 1, 415 R.N.-B. (2e) 218 :

> Pour qu'un appel soit accueilli, il faut établir, dans un premier temps, que la conduite ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire a résulté de cette incompétence

([*G.D.B.*,] par. 26). Dans l'arrêt *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, 362 R.N.-B. (2e) 179, notre Cour a conclu que l'avocat avait défendu M. Gardiner de façon inefficace, non par suite de décisions tactiques, mais parce qu'il n'avait pas su aborder de façon compétente la règle de l'arrêt *Browne c. Dunn* et c'était là une raison suffisante pour accueillir l'appel. Le juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom d'une formation unanime, a ainsi résumé le droit applicable :

> Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat. Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 24). Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.
>
> Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat « relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice). Une intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis. [...]
>
> [...]
>
> [...] [A]u cours d'un procès, l'avocat de la défense est appelé à prendre bon nombre de décisions stratégiques, et les juges ne devraient pas « remettre en question les décisions tactiques d'un avocat » (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] A.C.S. nº 20 (QL), au par. 37). Comme l'a dit la Cour

> suprême, « [d]ans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats », et il existe « une “forte présomption” que l’avocat de la défense sert les intérêts de son client avec compétence » (par. 36). Les juges d’appel ont pareillement l’obligation d’adopter cette attitude déférente. [par. 1, 2 et 10]
>
> [par. 27]

[26] Le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick (tel était alors son titre), apporte des précisions dans l’arrêt *E.K.M. c. R.*, 2012 NBCA 64, 391 R.N.-B. (2e) 130 :

> Troisièmement, le dossier est muet quant aux discussions, le cas échéant, qui ont pu avoir lieu entre l’appelant et l’avocat de la défense concernant la stratégie retenue pour le procès. Le droit, dans sa sagesse, présume que l’avocat de la défense est compétent et un juge siégeant en appel serait bien téméraire de remettre en question la stratégie retenue pour le procès en l’absence d’une preuve de faute professionnelle qui soit solide (voir l’arrêt *R. c. Gardiner*). [par. 31]

[27] Dans l’arrêt *Cormier c. R.*, 2012 NBCA 76, 393 R.N.-B. (2e) 118, notre Cour a présenté le cadre d’analyse provenant de l’arrêt *G.D.B.* :

> Dans l’arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, la Cour suprême a établi le cadre à l’aune duquel une prétention d’incompétence doit être évaluée :
>
> a. L’incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable (par. 27).
>
> b. Le point de départ de l’analyse est la forte présomption que la conduite de l’avocat se situe à l’intérieur du large éventail de la conduite professionnelle raisonnable (par. 27).
>
> c. Il incombe à l’appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l’avocat ne sont pas compatibles avec l’exercice d’un jugement professionnel raisonnable (par. 27).

> d. L'erreur judiciaire peut être établie si la conduite de l'avocat a compromis l'équité procédurale ou si la fiabilité de l'issue du procès peut avoir été compromise (par. 28).
>
> e. Dans les cas où il est clair qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire, il est généralement inutile que la cour d'appel s'arrête à l'examen du travail de l'avocat (par. 29).
>
> [par. 5]

[28] Compte tenu du Protocole de notre Cour, nous avons sollicité un affidavit de l'avocat qui a représenté M.L. au procès, mais nous n'avons rien reçu en réponse. Quoi qu'il en soit, un examen du dossier ne révèle aucune faute professionnelle de la part de l'avocat de M.L. À mon sens, M.L. n'a pas établi qu'il a subi un préjudice en raison du travail de son avocat durant le procès. Je n'ai rien vu dans le dossier qui indique que la conduite de l'avocat de la défense de M.L., lors de sa préparation au procès ou lors de sa représentation de M.L. au procès, se situait à l'extérieur de l'éventail de la conduite professionnelle raisonnable (see *R. c. Buckley*, 2013 NSCA 73, [2013] N.S.J. No. 293 (QL)). Comme le déclare succinctement la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *Robichaud* :

> […] Autrement dit, la conduite de l'avocat de la défense a amplement satisfait à la norme du caractère raisonnable. Sa conduite n'a pas compromis l'équité procédurale et la fiabilité de l'issue du procès n'a pas non plus été compromise. Il est clair qu'il n'y a pas eu d'erreur judiciaire. [par. 33]

[29] Je décrirais la conduite de l'avocat de M.L. exactement de la même manière. En fait, j'irais même jusqu'à dire que l'avocat de la défense a grandement fait preuve de patience et de calme à l'égard de son client, et je conclus qu'il n'y a eu aucune erreur judiciaire en l'espèce.

V. Dispositif

[30] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité ainsi que la demande d'autorisation d'interjeter appel de la peine.

English version of the judgement of the Court delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] On October 27, 2017, a judge of the Provincial Court found M.L. guilty of two counts of sexual assault (s. 271(a) of the *Criminal Code)*, and two counts of invitation to sexual touching (s. 152(a)). On December 15, 2017, he was sentenced to a total of five years' incarceration, less 15 days credit for time served. Several conditions were also imposed, including a mandatory DNA order and prohibitions from entering within five kilometres of the victim's residence and the territory of the B.N.P.P. police force.

II. Background

[2] M.L.'s convictions result from several instances during which he sexually assaulted or engaged in sexual touching with C.B., a minor. In 2008, M.L. began a relationship with C.P., C.B.'s mother, and in 2009 moved in with her and her then ten-year-old daughter. During this time, M.L. developed a close relationship with C.B. Both C.P. and C.B. testified at trial that M.L. served as a father figure for C.B. He would take care of her after school if C.P. was at work. C.B. would sometimes join M.L. as he made medium-distance trips hauling equipment or materials for his work. C.P. also recounted how M.L. bought C.B. numerous gifts, ranging from tablets to pets, including a dog. For her twelfth birthday, M.L. took C.B. to have her navel pierced without her mother's knowledge. He repeatedly told C.B. that he would one day give her his ATV.

[3] Throughout this period, and unbeknownst to C.P., M.L. had initiated numerous sexual contacts with C.B. These assaults began when C.B. was approximately twelve years of age, at which time M.L. began touching her genitals while the two were watching a movie together. As the abuse continued, M.L. would leverage his position of

authority to coerce C.B. into complying. At trial, C.B. testified that when she wanted something – for a friend to visit her home, for example, or a new bicycle – M.L. would require specified amounts of time for sexual touching in return, explaining that: [TRANSLATION] "Well, I had to spend some 'time' with him, as he would say." Over the course of several months, and while C.B. was still twelve years of age, the sexual abuse escalated from touching and grabbing to sexual intercourse. The assaults occurred on numerous occasions and at several locations. The abuse persisted throughout M.L.'s relationship with C.P.

[4] In 2012, M.L. moved to western Canada to work, and C.P. decided to end the relationship prior to his return. In spite of this, when he relocated to New Brunswick, M.L. continued to demand to see C.B. Several months after the break-up, he arrived at C.P.'s home with tickets to a concert by a well-known band C.B. liked. In her testimony, C.P. related how M.L. continued to call, asking to see C.B.: [TRANSLATION] "He'd say: She's my daughter. I want to see my daughter. I'm going to take legal action. I'm going to hire a lawyer. I want to see my daughter."

[5] Not long after the incident involving the concert tickets, M.L. contacted C.P. asking to see her urgently. When she met with him, he informed her that he had lung cancer, and only had a few months to live. On this basis, he convinced her to spend time with him over the Christmas holidays, and to visit him at his parents' home on one occasion. From her testimony, it is clear that M.L.'s supposedly short time to live was used as substantial leverage to convince C.P., along with her daughter, to spend time with him. In spite of his assertions at the time, it is now known that M.L. did not have cancer.

[6] M.L. continued to make multiple requests to see C.B., which were usually met with rejection. On various occasions, he responded to such refusals by informing C.P. that [TRANSLATION] "One day, that girl is going to turn 16 and she is going to leave home." At trial, C.P. testified to M.L.'s increasingly aggressive behaviour, including harassing phone calls and threats of suicide. She also affirmed that he made

contact with C.B. directly via social media. Eventually, several months after the break-up, contact with M.L. ceased in early 2013.

[7] In September of 2015, C.B. approached an intervention worker at her school and informed him of the sexual abuse she had experienced. The intervention worker, together with a sexual health nurse, contacted C.P., as well as the police. As a result, M.L. was charged in October of 2015 with two counts of sexual assault, and two counts of invitation to sexual touching by a person under sixteen years of age, in violation of ss. 271(a) and 152(a) of the *Criminal Code*.

III. Grounds

[8] M.L. appeals his conviction on numerous grounds, which can be distilled as follows:

1) the trial judge had a conflict of interest;
2) the appellant was not present during the entirety of his trial, in contravention of s. 650 of the *Criminal Code*;
3) the appellant did not receive effective assistance of counsel;

M.L. also seeks leave to appeal his sentence because it is demonstrably unfit.

IV. Analysis

A. *The trial judge was in a conflict of interest*

[9] M.L. contends the trial judge should not have heard his case as she was in a conflict of interest. The alleged conflict of interest stems not from the facts of this case, but of another criminal trial in which M.L. stood as defendant. Originally, the same trial judge had been seized with both matters. At the hearing on September 8, 2017, the Crown answered certain questions the trial judge had regarding the identity of the complainant in

the other matter. As a result, the trial judge became aware that she was familiar with one of that complainant's parents, and was related, albeit distantly, to the complainant. As such, she recused herself from that case.

[10] Following the trial judge's recusal from that case, M.L.'s lawyer raised the issue whether she should recuse herself from both. The trial judge responded that, not having heard any testimony or evidence in either case, she did not feel there could be any apprehension of bias in her continuing to hear the matter relating to the complainant whom she did not know, and with whom she was not related. M.L.'s counsel accepted this assessment. Later, on September 12, the trial judge expanded on this decision, informing defence counsel that, on further reflection, she was confident in her decision, adding that she felt it preferable that the two different matters be heard by separate judges. Defence counsel raised no objections.

[11] The leading Supreme Court case on judicial bias is *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, [1997] S.C.J. No. 84 (QL). Although that case dealt with markedly different facts, it played the important role of setting out the law relating to apprehension of bias on the part of the judiciary in Canada. Cory J. began his analysis by defining bias, stating that, "bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues" (para. 105). The threshold for establishing bias, he explains, is a high one, owing to the fact that allegations of bias call into question not only the individual judge, but the judicial system as a whole (para. 113). Our Court has applied this test numerous times; see, for example, *Lambert v. Lacey-House*, 2013 NBCA 48, 406 N.B.R. (2d) 346.

[12] There is no merit to this ground of appeal. While a reasonable observer might raise concerns about a trial judge hearing and deciding a criminal matter in which she is related to the complainant, the same cannot be said of a matter in which she had no connection to any of the parties. Furthermore, the trial judge took the appropriate steps to address any concerns which may arise. In *Lacey-House*, this Court considered a situation in which the trial judge had revealed some, but not all, of the reasons which might lead to

an apprehension of bias, and then proceeded to ask if there were any objections to his continuing to hear the case. In assessing the trial judge's decision not to recuse himself, the Court found:

> In summary, the preferable approach for the motion judge would have been to disclose before the parties in open court the full extent of his prior connections with the respondent, both directly as a result of their children's shared activities, and indirectly through the former working relationship with her new husband. The judge could have invited submissions from the parties, making clear he was not seeking their consent, but rather in the context suggested above. At that point, perhaps after taking a brief recess to reflect upon the situation, and if he so chose after taking time to speak to the Chief Justice of his Court or another colleague, the judge could have decided whether or not he should continue. [para. 21]

[13] The procedure followed by the trial judge here closely mirrors the Court's comments in *Lacey-House*. Once the potential for a reasonable apprehension of bias was confirmed, the trial judge recused herself from the matter in which there was a direct connection after hearing submissions on the question. After initially rejecting the suggestion that a conflict of interest may be raised in the case before us, she further reflected on the matter and provided additional reasons for her decision. Applying the test set out in the jurisprudence, I am confident that an informed person, viewing the matter realistically and practically – and having thought the matter through – would not apprehend a lack of impartiality in the judge.

B. *The appellant was not present for the entirety of his trial*

[14] M.L. submits that trial proceedings were conducted in his absence contrary to s. 650(1) of the *Criminal Code*. That section reads as follows:

Accused to be present	**Présence de l'accusé**
650(1) Subject to subsections (1.1) to (2) and section 650.01, an accused, other than	**650(1)** Sous réserve des paragraphes (1.1) à (2) et de l'article 650.01, l'accusé, autre

an organization, shall be present in court during the whole of his or her trial.

qu'une organisation, doit être présent au tribunal pendant tout son procès.

[15] This Court recently considered s. 650(1) in *Dedam v. R.*, 2018 NBCA 52, [2018] N.B.J. No. 179 (QL), a case involving an accused who was excluded from his own trial on a variety of occasions. The analysis in *Dedam* begins with an overview of the various times Mr. Dedam was not present in the courtroom, the reasons for his exclusion and what occurred in his absence. The Court then laid out the jurisprudence of the Supreme Court vis-à-vis s. 650(1). In essence, the application of s. 650(1) turns on whether the proceedings from which the accused was excluded properly constitute part of the "trial":

> Two important principles underlie s. 650(1): (1) the requirement ensures the accused will be present to hear the case he or she faces and is thereby able to put forward a defence; and (2) the accused observes the entire process by which he or she is tried and is able to observe the correct procedure is being followed and the trial is fair.
>
> In *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, [1987] S.C.J. No. 84 (QL), Dickson C.J., for the majority, states the latter principle is "of enormous importance to the perceived fairness of the Canadian criminal justice system" (para. 20). In order to determine whether the exclusion of an accused contravenes s. 650(1), the following question must be answered: did the exclusion take place during the trial? The Supreme Court has provided guidance respecting what constitutes "the trial" for the purposes of s. 650(1). Citing Lamer J. in *R. v. Côté*, [1986] 1 S.C.R. 2, [1986] S.C.J. No. 2 (QL), Dickson C.J. states in *Barrow* "s. 577(1) (now s. 650(1)) is triggered whenever the 'vital interests' of the accused are at stake" (para. 21).
>
> Dickson C.J. borrows from Martin J.A.'s statement in *R. v. Hertrich*, [1982] O.J. No. 496 (C.A.) (QL), and endorses the definition of what constitutes "part of the trial" for the purposes of s. 650(1) as being "when a decision bears on the 'substantive conduct of the trial'".
>
> In *Hertrich*, Martin J.A. states as follows:

> Generally speaking, the trial of an accused does not commence until after plea: see *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258 at p. 268. However, "trial" for the purpose of the principle that an accused is entitled to be present at his trial clearly includes proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including voir dire proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, [emphasis from *Dedam*] the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty. [para. 50] [Emphasis in original.]
>
> [Paras. 18-21]

[16] A review of the record in this case indicates numerous occasions on which M.L. was absent for parts of his hearing. On four of these occasions, his lawyer was present and acted on a designation. On one occasion, August 31, 2017, the Court requested the parties to attend in order to resolve scheduling conflicts relating to the dates on which M.L.'s trials were to begin. Although M.L.'s lawyer was uncertain whether he had a designation to act on his client's behalf at that time, the hearing exclusively involved the court informing the parties of a new commencement date for the two trials. On two further occasions, December 14 and 15, 2017, M.L. was taken to hospital by paramedics after he allegedly suffered seizures mid-trial; on both of these occasions, only matters relating to the current state of M.L.'s health and to rescheduling were discussed in his absence. In *Dedam*, this Court found that scheduling appearances did not constitute "part of the trial" for the purposes of s. 650(1) (para. 23), rendering the absences on August 31 and December 14 and 15, 2017, of no moment to this appeal.

[17] Setting aside the dates on which M.L.'s lawyer acted on a designation, and the dates on which only scheduling matters were addressed, there were two additional occasions on which M.L. was absent: September 8, 2017, and the morning of September 12, 2017. These occasions would appear to form the subject matter of M.L.'s argument

on this ground of appeal. September 8, 2017 was set as the new start date for both of his trials – delayed slightly from the original date of September 6. On September 8, the day set for the hearing, M.L.'s lawyer informed the Court that his client had sent him text messages the night before indicating that he was having transportation troubles and would not be present. A warrant was issued for his arrest. In addition, the trial judge addressed the issue of the apprehension of bias, recusing herself from one trial and rejecting the suggestion that she might do the same for the other.

[18] At the September 12, 2017 hearing (during which the appellant was present), charges were laid under s. 145(2)(b) in relation to his failure to appear at the September 8 hearing. These allegations were heard on September 14, 2017. At that time, M.L. pleaded guilty. He explained that he had travelled to Edmundston on September 7, 2017. Unable to drive, he was reliant on rides to and from Edmundston, and, due to mechanical troubles with a vehicle, his return ride to Bathurst fell through. Although he reached out to family, he was unable to be present at the courthouse in Bathurst for the date and time required. In sentencing on this matter, M.L's lawyer argued, and the judge accepted, that his failure to appear did not delay the trial relating to C.B. at all. The evidence led by M.L.'s lawyer indicated that all witnesses present that day were prepared to testify with respect to the other matter.

[19] The next occasion on which M.L. was absent from his trial was on the morning of September 12. While being transported by sheriffs to the Courthouse, M.L. began to exhibit what appeared to be seizures and he was transported to hospital. The record indicates the court was immediately informed that M.L. would not be present, and why. A brief discussion ensued regarding whether action was needed to extend the validity of the warrant by which M.L. was in the sheriffs' custody. The trial judge provided an expanded explanation why she had decided to recuse herself in one trial while continuing to hear the other. The actual hearing was adjourned until M.L. could be present, at which time the trial judge provided him with a summary of her remarks on the decision regarding recusal; therefore, during both of M.L.'s absences, the only discussions which took place were with respect to the trial judge's decision to recuse

herself from only one of M.L.'s trials. The actual hearings were adjourned until he could be present.

[20] Applying the jurisprudence to the facts of this case, it is my opinion there is no merit to this ground of appeal because there was no violation of s. 650(1) of the *Criminal Code*.

C. *The sentence is demonstrably unfit*

[21] M.L. seeks leave to appeal the sentence imposed. He contends it is unfit and should be reduced. In support of this argument, he raises his medical condition, his adherence to bail conditions, the lack of physical injury to the victim, and a lack of previous convictions for sexual offences.

[22] No jurisprudence was offered by M.L. in support of his contention that the above-mentioned factors merit a reduction in his sentence to one of "two to three years." The sentence imposed, however, was well-grounded in jurisprudence following a review of comparable cases, many of which have been confirmed by this Court. Notably, the sentencing judge referred to the penalties imposed in *R.P. v. R.*, 2013 NBCA 12, 401 N.B.R. (2d) 143; *R. v. C.B.H.*, 2008 NBCA 76, 336 N.B.R. (2d) 307; *J.L. v. R.*, 2014 NBCA 66, 426 N.B.R. (2d) 398; and *McLaughlin v. R.*, 2017 NBCA 52, [2017] N.B.J. No. 281 (QL), as well as the sentencing principles found in s. 718 of the *Criminal Code*.

[23] The cases cited by the sentencing judge each bear a strong resemblance to the facts in the case at bar, and the sentences imposed are comparable. I would deny leave to appeal sentence.

D. *Ineffective assistance of counsel*

[24] M.L. further submits he did not receive effective assistance of counsel. This Court has adopted a Protocol for Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel. It states in part:

> In criminal appeals from conviction and or sentence, the appellant may raise grounds of appeal suggesting that his or her counsel was ineffective or otherwise contributed to a miscarriage of justice in first instance. In such cases, the appellant will often want to provide the Court with information concerning instructions to and conduct of counsel. This information will typically come before the Court by way of a motion for leave to file fresh evidence. Any response to such evidence will usually come from counsel in first instance. The response could consist of affidavits to be considered by the Court on the fresh evidence motion.

[25] In the case before us, M.L. did make a motion for fresh evidence. In *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, the Supreme Court identified a two-step process to be followed in an ineffectiveness claim: there is a performance component and prejudice component. Larlee J.A. explains this process in *Robichaud v. R.*, 2014 NBCA 1, 415 N.B.R. (2d) 218:

> […] For an appeal to succeed, it must be established: (1) counsel's conduct or omissions amounted to incompetence; and (2) the incompetence resulted in a miscarriage of justice ([*G.D.B.*] para. 26). In *R. v. Gardiner*, 2010 NBCA 46, 362 N.B.R. (2d) 179, this Court found counsel ineffectively defended Mr. Gardiner, not because of tactical decisions, but because he incompetently dealt with the rule in *Browne v. Dunn*, and that was a sufficient basis to allow the appeal. Richard, J.A., for a unanimous panel, summarizes the law:
>
> > It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the "effective assistance" of that counsel. This proposition goes to the very heart of the adversarial

> system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of Canada recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is "derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada, and ss. 7 and 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (para. 24). It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.
>
> To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel's "acts or omissions constituted incompetence" (the performance component) and that "a miscarriage of justice resulted" (the prejudice component). Appellate interference is only justified when both components have been established. [...]
>
> [...]
>
> [...] [I]n the course of a trial, defence counsel is called upon to make a number of strategic judgment calls, and judges should not lightly "second guess the tactical decisions of counsel" (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 37). As the Supreme Court said, "[i]n an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel" and there is "a 'strong presumption' that defence counsel are competent in advancing the interests of their clients" (para. 36). Appellate judges are likewise duty bound to apply that deferential approach. [paras. 1, 2 and 10] […]
>
> [para. 27]

[26] Drapeau C.J.N.B. (as he then was) in *E.K.M. v. R.*, 2012 NBCA 64, 391 N.B.R. (2d) 130, elaborates:

> Third, the record is mute on what discussions, if any, took place between the appellant and defence counsel regarding trial strategy. The law in its wisdom presumes competence

> on the part of defence counsel, and an appellate judge would be foolhardy indeed to second-guess trial strategy in the absence of compelling evidence of malpractice (see *R. v. Gardiner*). [para. 31]

[27] In *Cormier v. R.*, 2012 NBCA 76, 393 N.B.R. (2d) 118, this Court sets out the framework found in *G.D.B.*:

> In *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, the Court set out the framework by which a claim of incompetence must be assessed:
>
> > (i) Incompetence is determined by a reasonableness standard (para. 27);
> >
> > (ii) The analysis proceeds on a strong presumption that counsel's conduct fell within a wide range of reasonable professional conduct (para. 27);
> >
> > (iii) The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that he or she contends are not consistent with reasonable professional judgment (para. 27);
> >
> > (iv) A miscarriage of justice may be established if counsel's conduct resulted in procedural unfairness or if the reliability of the trial's result may have been compromised (para. 28); and
> >
> > (v) In the event it is apparent that no miscarriage of justice has resulted, it is normally unnecessary for an appellate court to consider the performance component of the analysis (para. 29).
>
> [para. 5]

[28] In light of this Court's protocol, we solicited an affidavit from M.L.'s trial counsel but did not receive anything in reply. Regardless, a review of the record does not reveal any malpractice on the part of M.L.'s counsel. In my view, M.L. has not proven he was prejudiced by the performance of his counsel during the trial. I have not seen anything in the record that would suggest M.L.'s defence counsel's preparation for, or his representation of M.L. at, trial fell outside the range of reasonable professional conduct

(see *R. v. Buckley*, 2013 NSCA 73 [2013] N.S.J. No. 293 (QL)). As Larlee J.A. succinctly states in *Robichaud*:

> […] Put another way, defence counsel's conduct more than met the standard of reasonableness. His conduct did not result in procedural unfairness and the reliability of the trial's result has not been compromised. It is apparent that no miscarriage of justice has resulted. [para. 33]

[29] I would describe M.L.'s lawyer's conduct in exactly the same manner. In fact, I would go so far as to state that defence counsel exhibited much patience and composure with his client, and I conclude no miscarriage of justice occurred in this case.

V. Disposition

[30] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal against conviction and dismiss the application for leave to appeal the sentence.