

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

5-21-CA

KYLE SMITH-KINGSLEY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Smith-Kingsley v. R., 2021 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
December 22, 2020 (conviction)  
January 22, 2021 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
[2021] N.B.J. No. 197

Appeal heard:  
September 14, 2021

Judgment rendered:  
November 18, 2021

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Drapeau

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

KYLE SMITH-KINGSLEY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Smith-Kingsley c. R., 2021 NBCA 51

CORAM :

l'honorable juge Drapeau  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 22 décembre 2020 (déclaration de culpabilité)  
le 22 janvier 2021 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
[2021] A.N.-B. n° 197

Appel entendu :  
le 14 septembre 2021

Jugement rendu :  
le 18 novembre 2021

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Drapeau

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Ben Reentovich

For the respondent:  
Patrick McGuinty

### THE COURT

The application for leave to appeal against conviction for two charges of assault on the appellant's common law spouse (s. 266(a) of the *Criminal Code*), the charge of attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding (s. 139(3)(a)) and the charge of breach of a Non-Communication Order (s. 145(5)(b)) is allowed. However, the appeal is dismissed. The application for leave to appeal sentence is also dismissed.

Avocats à l'audience :

pour l'appellant :  
Ben Reentovich

Pour l'intimée :  
Patrick McGuinty

### LA COUR

La demande en autorisation d'appel de la déclaration de culpabilité de l'appellant relativement à deux chefs d'accusation de voies de fait contre sa conjointe de fait (al. 266a) du *Code criminel*, au chef d'accusation d'avoir tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire (al. 139(3)a)) et au chef d'accusation de manquement à une ordonnance de non-communication (al. 145(5)b)) est accueillie. Toutefois, l'appel est rejeté. La demande en autorisation d'appel de la peine est également rejetée.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction and Overview

[1] Following his release from prison in April 2020, the appellant moved into an apartment with the complainant, the mother of his two children. Optimism for a happy cohabitation soon faded with increasingly common drug use, sleep deprivation and quarrelling, and escalating drug-fuelled violence. Concerned the appellant's parole might be revoked if she reported his assaults to the authorities and hoping, naively as it turns out, that their relationship would improve in time, the complainant initially chose to deal with the situation on her own. Things did not get better; in fact, they deteriorated to such an extent that, according to the complainant, on July 21, 2020, the appellant brutally assaulted her in a local hotel room; fearing for her life, the complainant reached out to her mother for help. The police were called, and promptly attended at the scene. On the basis of information provided primarily by the complainant, which she subsequently detailed in two *KGB* statements, it was concluded there were grounds to believe the appellant, while in possession of a weapon (a folding knife), assaulted and threatened to kill the complainant. As a result, the appellant was arrested and charged with several indictable offences under the *Criminal Code*. He was also charged with possession of a controlled drug (methamphetamine).

[2] Although subject to a court order prohibiting any communication with the complainant while on remand, the appellant called her multiple times from the jail and, on the trial judge's findings, attempted to persuade her to testify untruthfully about the events that led to his arrest and detention. The telephone conversations were recorded, and he was subsequently charged, in a second Information, with breach of the Non-Communication Order and attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding.

[3] The appellant elected trial in Provincial Court and pled not guilty to all charges, particulars of which (and their disposition) are as follows:

**FIRST INFORMATION**

<b>Charge</b>	<b>Result</b>	<b>Sentence</b>
1. Between June 1, 2020 and July 9, 2020 at Rothesay, New Brunswick, did unlawfully commit an assault on [the complainant], thereby committing an indictable offence contrary to s. 266(a) of the <i>Criminal Code</i> .	Guilty after trial	2 years, consecutive
2. On July 21, 2020 at Saint John, New Brunswick, did unlawfully commit an assault on [the complainant], thereby committing an indictable offence contrary to s. 266(a) of the <i>Criminal Code</i> .	Guilty after trial	2 years, concurrent
3. On July 21, 2020 at Saint John, New Brunswick, did, in committing an assault on [the complainant] use a weapon, to wit: a knife, thereby committing an indictable offence contrary to s. 267(a) of the <i>Criminal Code</i> .	Not guilty after trial	
4. On July 21, 2020 at Saint John, New Brunswick, did have in his possession a weapon or imitation thereof, to wit a knife for [a] purpose dangerous to the public peace, an indictable offence contrary to s. 88(2)(a) of the <i>Criminal Code</i> .	Not guilty after trial	
5. On July 21, 2020 at Saint John, New Brunswick, did unlawfully have in his possession methamphetamine, contrary to s. 4(2)(b)(i) of the <i>Controlled Drugs and Substances Act</i> .	Guilty after trial	6 months, concurrent

- |  |                       |                       |
|--|-----------------------|-----------------------|
| 6. On July 21, 2020 at Saint John, New Brunswick, did wilfully obstruct Sergeant Harry Veino, a peace officer for the City of Saint John, while engaged in the execution of his duty as such peace officer, thereby committing an indictable offence contrary to s. 129(a) of the <i>Criminal Code</i> . | Guilty<br>after trial | 1 year,<br>concurrent |
| 7. On July 21, 2020 at Saint John, New Brunswick, did knowingly utter a threat to [the complainant] to cause her death, thereby committing an indictable offence contrary to s. 264.1(1)(a) of the <i>Criminal Code</i> .  | Guilty<br>after trial | 1 year,<br>concurrent |

**SECOND INFORMATION**

- | <b>Charge</b>  | <b>Result</b>            | <b>Sentence</b>        |
|--|--------------------------|------------------------|
| 1. Between July 21, 2020 and July 24, 2020 at Saint John, New Brunswick, did wilfully attempt to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding by attempting to dissuade [the complainant] from giving evidence in a judicial proceeding, thereby committing an indictable offence contrary to s. 139(3)(a) of the <i>Criminal Code</i> .   | Guilty<br>after<br>trial | 1 year,<br>consecutive |
| 2. Between July 23, 2020 and July 24, 2020 at Saint John, New Brunswick, being at large on his undertaking entered into before Judge Palmer on July 23, 2020, being bound to comply with a condition of that undertaking, namely: No contact directly or indirectly with [the complainant], while detained or remanded in custody, or during the custodial period of the sentence, [...] did fail, without lawful excuse, to | Guilty<br>after<br>trial | 1 year,<br>concurrent  |

comply with that condition thereby committing an indictable offence contrary to s. 145(5)(a) of the *Criminal Code*.

[4] Notwithstanding his pleas of not guilty, the appellant did not take issue at trial with three charges: possession of methamphetamine, obstruction of one of the arresting police officers and breach of the Non-Communication Order. In fact, in the course of his testimony, the appellant advised the trial judge he was guilty of those charges. Unsurprisingly, the corresponding convictions are not appealed in the original Notice of Appeal. Nor is there an appeal against the conviction for threatening to kill the complainant. The prosecution's theory at trial was that, in the hotel room on July 21, the appellant threatened to give the complainant a "hot shot", namely an injection of a quantity of drugs susceptible of causing her death. The appellant denied making any such threat. Even so, he acknowledged, in responding to questions from the trial judge, that he spoke "to the mother of my children in a way that may potentially have scared her that evening and showed her a side of me that she definitely hadn't seen before". At any rate, the appellant has not sought an extension of time to file an appeal against this conviction. In the result, the Court is without jurisdiction to pass judgment on its sustainability.

[5] The appeal and the application for leave to appeal from conviction (on grounds of mixed law and fact) target the convictions for assault (the first two counts in the first Information), the conviction for attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice (the first count in the second Information) and the conviction for breach of the Non-Communication Order (the second count in the second Information). I would extend the time to appeal with respect to the last-mentioned and grant the requested leave to appeal. However, I would dismiss the appeal against conviction for each count. In my view, the case for reversal has not been made.

[6] I would likewise dismiss the application for leave to appeal sentence. Applying the settled standard of review, I conclude there is no principled reason to vary the global sentence of imprisonment for three years imposed in first instance. I would go

further: if anything, on the trial judge's findings of fact, the global sentence is arguably at the low end of the range.

## II. Amplified Background

[7] The complainant, her mother and several investigating police officers testified for the prosecution. The complainant testified she had been in a relationship with the appellant for most of the decade prior to his arrest on July 21, 2020, and that they have two young children who were living with her mother at all material times. She swore the appellant assaulted her on four occasions at their apartment and once at a local hotel room, all the while conceding her memory of some of the peripheral details was unclear because of her drug consumption. A bundle of photos of bruises and "rug" burns that the complainant's testimony linked to the appellant's assaults was received as Exhibit C-2. An X-ray of the complainant's right torso was taken shortly after the events in the hotel room on July 21, 2020, and the ensuing report (Exhibit C-5) confirmed a non-displaced rib fracture on the right side. A 193-page transcript of the recordings mentioned above was marked as Exhibit C-3, with the consent of the prosecution and the defence. The transcript features *prima facie* acknowledgements by the appellant that he committed the assaults described by the complainant in her testimony and alleged in the charges for which he stands convicted. Indeed, in the course of one of the telephone conversations, the appellant told the complainant he intended to eventually plead guilty to all charges, but, for the moment, he was seeking release on bail, an outcome that he understood could not be achieved unless the complainant told the "truth", which was that he did not cause her injuries.

[8] In her testimony, the complainant acknowledged she was an addict. When defence counsel put to her differences in her account of some of the circumstances surrounding the assaults, between her *KGB* statements and her testimony at trial, she readily conceded her memory of those details would have been fresher when she gave the *KGB* statements. Nevertheless, the complainant steadfastly maintained she was assaulted

on four occasions in the couple's apartment and once at a local hotel room during the time frame specified in the charges.

[9] The appellant testified and denied committing the assaults, as described by the complainant. He contested virtually every critical element of the complainant's testimony. The appellant asserted the bruises shown in Exhibit C-2 resulted from the complainant's accidental fall into a coffee table from which the glass top had been removed. He could not account for the "rug" burns depicted in some of the photos. According to the appellant, the complainant was a drug addict who consumed drugs daily during the pertinent time frame. In his submission, the complainant's inculpatory testimony was untrue and unreliable; it was actuated by ill-will, likely animated by jealousy, revenge for perceived infidelities and a desire to build a case against him in the event of a custody dispute. Nonetheless, on cross-examination, he admitted to getting physical with the complainant "as a reaction to something that was taking place" but didn't "feel like I attacked her or assaulted her". He suggested his seemingly incriminating statements in the transcripts should not be taken at face value. Rather, given the context, they should be viewed as having been made jokingly or sarcastically. The appellant opined this state of affairs would be apparent from the *viva voce* recordings themselves, but he stopped short of asking they be played in open court. Ultimately, he urged the judge to disregard the complainant's evidence and his transcribed statements, and to find him not guilty of the charges he was contesting.

[10] The complainant testified the appellant was in possession of an open folding knife while in the hotel room on July 21, 2020, and that she was scared as a result. However, she did not go further; specifically, she did not claim the knife was used in connection with the assaults. In a comprehensive post-trial brief, the defence argued there was no evidence to substantiate the charges of assault with a weapon (s. 267(a)) and possession of a weapon (knife) for a purpose dangerous to the public peace (s. 88(2)). The judge agreed, and acquitted the appellant of those charges.

[11] The appellant's grandmother also testified for the defence. She stated the appellant and the complainant came to her home in early July 2020 to enjoy a swim in her

pool. When the complainant stripped to her swimsuit, the grandmother observed bruises to various parts of her body, including her torso, and enquired about their occurrence. In response, the complainant did not blame the appellant. Rather, she explained the injuries resulted from tripping on a cable and falling into a coffee table in the couple's apartment. It was the grandmother's evidence that the appellant and the complainant appeared happy.

[12] The trial judge concluded the complainant's testimony regarding the assaults was credible and reliable, and the appellant's denial of their occurrence was neither. The judge came to this conclusion after considering the testimony of the complainant and that of the appellant, and after reviewing the salient portions of the transcript to determine if there was any basis for the appellant's contention that his recorded acknowledgements of the assaults were made jokingly or sarcastically. The judge was satisfied there was no merit to this suggestion.

[13] The judge found the appellant assaulted the complainant in their apartment on four separate occasions in June and July 2020. The judge made the following specific findings of fact: (1) in early June 2020, the appellant briefly grabbed the complainant by the throat after she accused him of lying about his relationship with another woman. The complainant did not lose consciousness; she did not call the police; (2) in late June, in the course of another quarrel, the appellant put the complainant in a choke hold and threw her to the floor of their bedroom. She recalled struggling and screaming to be released. Once again, the complainant did not lose consciousness and did not call the police; (3) in early July, an argument ended with the appellant pushing the complainant, causing her to fall into an open coffee table and sustain painful injuries, particularly in the area of her ribs. Neighbours called the police because of the noise. The complainant was scared, but told the police that "everything was fine" because she didn't want the appellant's parole to be revoked; and (4) on July 10, the appellant grabbed the complainant by the hair, threw her down, pinned her with a knee against her back, and pushed her head and face against the floor. Oblivious to her screams of pain, he continued to push down on her. As a result, the complainant experienced a great deal of pain to her ribs and had difficulty breathing and sitting up straight.

[14] The judge also made the following findings of fact in connection with the events at the hotel room on July 21. After both consumed drugs and a loud argument developed, the appellant grabbed the complainant and threw her on the bed, from which she tried to defend herself by kicking. The appellant took hold of her feet and dragged her from the bed over the carpeted floor causing a “rug” burn. When he finally let go and allowed the complainant to stand, the appellant grabbed her face with such force that she was left with a bruise to the chin.

[15] In addition, the judge concluded the complainant’s testimony was both credible and reliable when she stated that the appellant “asked her to lie at his upcoming bail hearing to allow him to get release”. She swore he urged her to testify at the bail hearing that her injuries arose from an accidental fall into the coffee table. At another point, he asked her to say, “she was in a fight with a girl”. In the judge’s view, “anyone objectively reading” the transcripts would conclude the appellant was trying to manipulate the complainant to “give false evidence to allow him to be viewed favorably in hopes of being released from jail”. After considering the *viva voce* testimony and the transcript, the judge found the appellant guilty of attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice.

### III. Analysis and Decision

#### A. *The scope of the appeal and the issues*

[16] Rule 63.04(2) of the *Rules of Court* prescribes a 30-day limitation period for the issuance of a Notice of Appeal. However, that time may be extended by an order of the Court or one of its judges. I would extend the time to appeal with respect to the conviction for breach of the Non-Communication Order. Rule 63.04(3) provides a Notice of Appeal must state the relief sought and the grounds of appeal. If an appellant wishes to expand the relief sought or press additional grounds, he or she needs leave of the Court. Where granting leave will serve the interests of justice, the Court will not hesitate to give its stamp of approval.

[17] In the original Notice of Appeal, the appellant confirmed he was appealing his conviction “on the attempt to defeat or pervert justice” and on the two assaults against the complainant. He indicated, as well, that he wished to contest the sentence for “the same three charges” and for the charges of breach of the Non-Communication Order, obstruction of the police officer and uttering a death threat. The appellant subsequently filed an Amended Notice of Appeal, without securing the requisite leave. When this omission was raised at the hearing, the appellant sought leave to amend in accordance with the Amended Notice of Appeal, essentially for the purpose of particularizing his complaints of conviction-related error by the trial judge and adding an allegation of counsel ineffectiveness at trial.

[18] With respect to the former, the appellant proposes to argue the trial judge committed the following errors in convicting him of the offences under appeal: (1) “misapprehended the evidence by unevenly scrutinizing the evidence of the complainant as compared [to his] resulting in a miscarriage of justice”; and (2) “relying on the transcripts of recorded conversations between [him] and the complainant when the recordings themselves were available and his testimony was that the transcripts did not properly capture the essence of the exchanges”. Further, he plans to argue his conviction for breaching the Non-Communication Order under s. 145(5)(a) should be set aside because, contrary to the allegation in the charge, he was not “unlawfully at large” at the material time, but in custody. I take this challenge as an application to extend the time to file an appeal against the conviction under s. 145(5)(a) and, to the extent necessary, an application for leave to appeal.

[19] Additionally, the appellant wishes to argue the convictions at issue are a miscarriage of justice that is traceable to trial counsel’s failure, on cross-examination, to put to the complainant her prior allegedly inconsistent description of the events (in her *KGB* statements), his “theory of the case” and her “possible motives to fabricate her evidence”. He also complains his trial counsel failed to follow up on a possible “alibi” for the events of July 21, 2020, and failed to inquire with the prosecution as to the possibility of a plea deal, “as requested” by him.

[20] The proposed amendments to the original Notice of Appeal would take issue with the sentence of three years imposed in first instance on the following grounds: (1) “the evidence does not clearly establish causation between [the appellant’s] assaults and the complainant’s broken rib and the judge should not have taken into account this injury as an aggravating factor”; (2) “the judge failed to consider the impact of time in isolation due to protocols surrounding Covid-19”; and (3) “the sentences imposed are clearly unreasonable having regard to the circumstances of the offences and offend the parity principle”.

[21] I would allow the sought-after amendments to the original Notice of Appeal to the extent they bear on the appeal or the application for leave to appeal against the convictions at issue, and the application for leave to appeal sentence.

B. *The motion for leave to adduce fresh evidence and the allegation of incompetent representation at trial*

[22] The law on counsel ineffectiveness as a basis for appellate intervention is settled, at least for our present purposes. I distill the following principles from the jurisprudence emanating from the Supreme Court of Canada and this Court: (1) the appellant bears the burden of demonstrating defence counsel’s performance was incompetent in material respects (the performance component). This condition is only met if the representation is shown to be outside the realm of reasonable professional judgment; perfection is not the benchmark. Where it is determined there was no miscarriage of justice, the Court will often refrain from delving into the performance component. That said, the Court may do so where it considers the allegation of incompetence is bereft of merit and unfair to trial counsel; (2) the appellant also bears the burden of demonstrating a miscarriage of justice occurred as a result of counsel’s incompetence (the prejudice component); (3) a miscarriage of justice may take many forms, including procedural unfairness or verdict unreliability. A verdict will be deemed unreliable where the Court concludes it may have been different had counsel acted competently; (4) in assessing an allegation of ineffectiveness, the Court must bear in mind the presumption of professional competence will stand unrebutted absent compelling evidence of malpractice. Relatedly,

and in the absence of evidence of that nature, the Court must abstain from second-guessing defence counsel's strategic decisions; and (5) trial counsel is expected to provide the Court with a fulsome response to the appellant's allegation of incompetent representation in first instance. See *Boucher v. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] N.B.J. No. 201 (QL), at paras. 14-19, where the leading cases are collected.

[23] The appellant seeks leave to adduce as fresh evidence his own affidavit, the actual recording of the telephone exchanges between himself and the complainant, a transcript of which, as noted, was admitted in evidence at trial with the parties' consent, and her *KGB* statements. The appellant has not provided the Court with a copy of the recording or the *KGB* statements. Nor has he applied for a production order.

[24] In his affidavit, the appellant mentions he was in custody from the time of his arrest until sentencing, and that, as a result of COVID protocols, he was quarantined for two weeks whenever he was transferred to a different facility. The transfers in question are: (1) from the Saint John Regional Centre where he was detained for two weeks following his arrest, to Dorchester Penitentiary, where he stayed for 1.5 months; (2) from there to the Atlantic Institution in Renous, where he was incarcerated until November 16, 2020, the night before trial; and (3) to the Saint John Regional Centre for the duration of the trial. Transfers to, and time spent in, federal institutions relate to the convictions entered in December 2018, and for which the appellant was on parole at the time of his arrest. His parole was revoked until October 30, 2020, following which he was detained on remand. In his affidavit, trial counsel makes the obvious point that the trial judge knew the appellant was on remand. The record shows he gave the appellant significant credit (1:1.5) for remand time. I fail to see how mentioning the appellant's time on quarantine while incarcerated would have increased the remand deduction or resulted in a more lenient sentence.

[25] The rest of the appellant's affidavit focuses on perceived misjudgments in counsel's conduct of the defence, chief among which are: the omission to play the recorded telephone conversations in court; the failure to put to the complainant various matters, including "contradictions" between her *KGB* statements and her testimony on direct; and

the failure to produce various witnesses with a view to impugning the credibility of the complainant, including a female acquaintance who apparently attended the hotel room on July 21, 2020. These complaints take issue with judgment calls by defence counsel, and none has been shown to fall outside the realm of reasonable professional judgment.

[26] Defence counsel filed an affidavit that answers some of the allegations of incompetent representation. Counsel explains that, although “fluid communication with [the appellant] was difficult due to the many moves to various institutions and COVID-19 protocols”, they did “speak effectively”. He confirms there was a discussion with the prosecution regarding disposition, however the respective positions were so far apart that “resolution was not possible”. Counsel asserts that, contrary to the appellant’s affidavit evidence, the latter was provided with “the entire written disclosure and the complete transcript” of the telephone calls, and that he reviewed and discussed the contents with the appellant. Counsel closes with the following statements regarding potential defence witnesses: (1) The issue of potential witnesses was fully canvassed between the appellant and himself; (2) After discussions with the appellant, counsel was directed not to call various potential witnesses who might have joined the appellant in attacking the complainant’s character and lifestyle, and her credibility. Counsel advises this direction was “due to [the witnesses’] notoriety which [the appellant] believed would look bad on him”; and (3) Counsel discussed with the appellant the possibility of calling to the witness box a woman who came to the hotel room door on July 21. Counsel was informed this potential witness did not see the complainant at that time, and the appellant instructed him “not to seek out this potential witness as he did not want to have her involved”.

[27] After hearing the parties, and in accordance with the procedure proposed in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, [1988] S.C.J. No. 20 (QL), the Court reserved judgment on the motion for further evidence and proceeded to hear the appeal and the applications for leave to appeal.

[28] Upon reflection, and having considered the record in its entirety, I would dismiss the motion for leave to adduce fresh evidence. The appellant has failed to demonstrate that trial counsel's strategic decisions with respect to the *KGB* statements, the transcript of the recorded conversations and the witness list were unreasonable. Contrary to the appellant's allegations, the record shows his counsel put to the complainant: (1) the description of the events in her *KGB* statements that he contended was inconsistent with her testimony; (2) the appellant's "theory of the case"; and (3) her "possible motives to fabricate her evidence." I infer defence counsel did not pursue admission of the *KGB* statements and the actual recordings of the appellant's conversations with the complainant because he was concerned, reasonably in my view, that their production would be more damaging to the defence. The record also shows there is no air of reality to the so-called "alibi" defence.

[29] The bottom line is this: there is no reasonable possibility the proffered evidence might change the outcome with respect to the convictions under appeal or the global sentence of three years. The appellant's complaints are either disharmonious with the record or satisfactorily answered by defence counsel's proposed affidavit evidence. In my respectful judgment, no useful purpose would be served by the proffered fresh evidence. I now turn to the allegations of error on the trial judge's part: (1) uneven scrutiny; and (2) improper reliance on the transcripts of the recorded telephone conversations between the appellant and the complainant.

C. *The allegations of error on the trial judge's part: uneven testimonial scrutiny and improper consideration of the transcript of the recorded conversations*

[30] A trial judge commits a fundamental error of law when he or she applies uneven scrutiny to the testimony of the accused as compared to the testimony of a complainant. Trial judges are keenly aware of this elementary adjudicative obligation, and there is a strong presumption that they discharge it appropriately. Thus, an appeal against conviction grounded on a complaint of uneven scrutiny will only succeed in those exceptional cases where something in the reasons for decision or elsewhere in the record clearly shows the trial judge actually applied a different standard in scrutinizing the

appellant's and the complainant's testimony to the former's prejudice: *Bright v. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] N.B.J. No. 314 (QL), at para. 58, LeBlond J.A. for the Court. In the case at hand, there is no indication in the reasons for decision and the broader record that the judge engaged in uneven testimonial scrutiny. There is, therefore, no merit to this ground of appeal.

[31] Finally, the trial judge did not err in considering the transcript, without requiring the production of the actual recordings. The parties agreed the transcribed statements were the appellant's and the complainant's, as indicated in the transcript. There is no suggestion that the transcript fails to accurately reflect the appellant's words or to provide their full context. Recall, as well, that the transcript was received in evidence with the consent of the defence, and the decision to consent was not an unreasonable tactical decision.

[32] This brings me to the conviction for breach of the Non-Communication Order. The respondent concedes the charge is poorly drafted, but submits little attention was paid to its wording because everyone understood the charge concerned non-compliance with the Order while on remand in custody, an offence under s. 145(5)(b), and not under s. 145(5)(a), as alleged in the second Information. As mentioned, the appellant acknowledged in his testimony he breached the Order while on remand in custody. The reference to s. 145(5)(a) is a procedural irregularity and the appellant suffered no prejudice as a result. With the parties' consent, and given the totality of the evidence, including the appellant's acknowledgement of guilt at trial, the charge of failing to comply with the Non-Communication Order should be amended to allege non-compliance while on remand in custody, an offence under s. 145(5)(b). I would so order and dismiss the appeal pursuant to s. 686(1)(b) (iv). In the result, the appellant would stand convicted of an offence under s. 145(5)(b), instead of s. 145(5)(a), and the Warrant of Committal should be amended accordingly. The Registrar will ensure the necessary follow-up.

[33] For these reasons, I would dismiss the appeal against conviction for each count. I would also dismiss the application for leave to appeal sentence.

D. *The application for leave to appeal sentence*

[34] Intervention on appeal against sentence is inappropriate unless at least one of the following questions is answered affirmatively: (1) Is the sentence the result of an error of law? This may occur without an error in principle; (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion?; and (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing? See *LeBlanc v. R.*, 2005 NBCA 6, 279 N.B.R. (2d) 121; *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, [2010] N.B.J. No. 265 (QL); *Corcoran v. R.*, 2021 NBCA 35, [2021] N.B.J. No. 180 (QL), Quigg, J.A. for the Court; and, more generally, *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; and *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2019] S.C.J. No. 100 (QL)). None of those questions can be answered affirmatively. The global sentence of three years' imprisonment complies with the law and is harmonious with sentencing principles, including parity. With respect to the issue of reasonableness, I would spotlight the following.

[35] The appellant is a mature offender with an extensive record of criminal convictions. He assaulted the complainant on five separate occasions in June-July 2020. She was seriously injured and those injuries included burns and, as the sentencing judge reasonably found, at least one broken rib. At the time, the appellant was on parole, having been sentenced to a two-year penitentiary term following his guilty plea, on December 20, 2018, for 19 *Criminal Code* offences, including robbery, in Edmonton, Alberta, and six *Criminal Code* offences, including assault, in Saint John. The prosecution pressed for a global sentence of five years. The defence argued for 18 months. In my view, the sentence of three years is within the appropriate range, albeit at the low end. There is no cross-appeal against the sentence imposed in first instance. In rejecting the appellant's application for leave to appeal sentence, including imprisonment for two years on the first count of assault in the first Information, the Court would stand by its long-standing commitment to relay

society's intolerance for domestic violence through appropriately severe sanctions: *R v. Bérubé (R.)* (1999), 215 N.B.R. (2d) 341, [1999] N.B.J. No. 291 (QL), at paras. 21-22.

IV. Conclusion and Disposition

[36] Contrary to the appellant's submission, the trial judge did not commit reversible error in entering the convictions under appeal or in imposing sentence. Moreover, I am at a loss to identify what defence counsel could have done, lawfully and ethically, to secure a conviction- and sentence-related outcome more favourable to the appellant. For the foregoing reasons, I conclude the case for intervention by this Court with either conviction or sentence has not been made. Accordingly, I would dismiss the appeal against conviction on the two charges of assault against the appellant's common law partner (s. 266(a) of the *Criminal Code*), the charge of attempting to obstruct, pervert or defeat the course of justice in a judicial proceeding (s. 139(3)(a)) and the charge, as amended, of failing to comply with the Non-Communication Order (s. 145(5)(b)). Additionally, I would dismiss the application for leave to appeal the global sentence of three years for those convictions and the other un-appealed convictions entered in first instance.

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et aperçu

[1] Après sa sortie de prison en avril 2020, l'appelant a emménagé dans un appartement avec la plaignante, la mère de ses deux enfants. L'optimisme initial de connaître une cohabitation heureuse s'est vite estompé en raison de la consommation de plus en plus courante de drogues, du manque de sommeil et des querelles, ainsi que de l'escalade de la violence alimentée par la drogue. Craignant que la libération conditionnelle de l'appelant ne soit révoquée si elle dénonçait ses voies de fait aux autorités et espérant, bien naïvement en fin de compte, que la relation du couple allait s'améliorer avec le temps, la plaignante a d'abord choisi de gérer la situation toute seule. Au lieu de s'améliorer, les choses se sont, en fait, détériorées à tel point que, selon la plaignante, le 21 juillet 2020, l'appelant a commis des voies de fait brutales à son endroit dans une chambre d'hôtel de la région. Craignant pour sa vie, elle a demandé de l'aide à sa mère. La police a été appelée et s'est rapidement rendue sur les lieux. Sur la foi de renseignements fournis principalement par la plaignante, qu'elle a ensuite racontés en détail dans deux déclarations de type *K.G.B.*, on a conclu qu'il y avait des raisons de croire que l'appelant, alors qu'il était en possession d'une arme (un couteau pliant), avait commis des voies de fait contre la plaignante et menacé de la tuer. En conséquence, l'appelant a été arrêté et accusé de plusieurs actes criminels prévus au *Code criminel*. Il a également été accusé de possession d'une drogue contrôlée (la méthamphétamine).

[2] Bien qu'il faisait l'objet d'une ordonnance du tribunal lui interdisant de communiquer avec la plaignante pendant sa détention provisoire, l'appelant l'a appelée à plusieurs reprises depuis la prison et, selon les conclusions du juge du procès, a tenté de la persuader de témoigner de façon mensongère sur les événements qui ont conduit à son arrestation et à sa détention. Les conversations téléphoniques ont été enregistrées et il a ensuite été inculpé, dans une deuxième dénonciation, de manquement à l'ordonnance de

non-communication et de tentative d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire.

[3] L'appelant a choisi d'être jugé par la Cour provinciale et a plaidé non coupable à toutes les accusations, dont les détails (et les conclusions) sont exposés ci-après :

### **PREMIÈRE DÉNONCIATION**

<b>Chef d'accusation</b>	<b>Conclusion</b>	<b>Peine</b>
1. Entre le 1 <sup>er</sup> juin 2020 et le 9 juillet 2020 à Rothesay, au Nouveau-Brunswick, a illégalement commis des voies de fait contre [la plaignante], commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 266a) du <i>Code criminel</i> .	Déclaré coupable à l'issue du procès	2 ans à purger consécutivement
2. Le 21 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, a illégalement commis des voies de fait contre [la plaignante], commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 266a) du <i>Code criminel</i> .	Déclaré coupable à l'issue du procès	2 ans à purger concurremment
3. Le 21 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, a, en se livrant à des voies de fait contre [la plaignante], utilisé une arme, à savoir un couteau, commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 267a) du <i>Code criminel</i> .	Déclaré non coupable à l'issue du procès	
4. Le 21 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, a eu en sa possession une arme ou une imitation d'arme, à savoir un couteau, dans un dessein dangereux pour la paix publique, commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 88(2)a) du <i>Code criminel</i> .	Déclaré non coupable à l'issue du procès	

- |   |                                      |                                 |
|---|--------------------------------------|---------------------------------|
| 5. Le 21 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, a eu illégalement en sa possession de la méthamphétamine, en contravention du ss-al. 4(2)b(i) de la <i>Loi réglementant certaines drogues et autres substances</i> .  | Déclaré coupable à l'issue du procès | 6 mois à purger<br>concurrément |
| 6. Le 21 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, a volontairement entravé le sergent Harry Veino, un agent de la paix de The City of Saint John, dans l'exécution de ses fonctions d'agent de la paix, commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 129a) du <i>Code criminel</i> . | Déclaré coupable à l'issue du procès | 1 an à purger<br>concurrément   |
| 7. Le 21 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, a sciemment proféré une menace de causer la mort de [la plaignante], commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 264.1(1)a) du <i>Code criminel</i> .   | Déclaré coupable à l'issue du procès | 1 an à purger<br>concurrément   |

## **SECONDE DÉNONCIATION**

- | <b>Chef d'accusation</b>   | <b>Conclusion</b>                    | <b>Condamnation</b>              |
|--|--------------------------------------|----------------------------------|
| 1. Entre le 21 juillet 2020 et le 24 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, a volontairement tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire en tentant de dissuader [la plaignante] de témoigner dans une procédure judiciaire, commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 139(3)a) du <i>Code criminel</i> . | Déclaré coupable à l'issue du procès | 1 an à purger<br>consécutivement |
| 2. Entre le 23 juillet 2020 et le 24 juillet 2020 à Saint John, au Nouveau-Brunswick, étant en liberté aux termes d'une promesse faite devant le juge Palmer le 23 juillet 2020 de n'avoir aucun   | Déclaré coupable à l'issue du procès | 1 an à purger<br>concurrément    |

contact direct ou indirect avec [la plaignante], pendant qu'il est détenu ou qu'il purge la partie privative de liberté de sa peine, [...] a omis, sans excuse légitime, de se conformer à cette condition, commettant ainsi l'acte criminel visé à l'al. 145(5)a) du *Code criminel*.

[4] Malgré ses plaidoyers de non-culpabilité, l'appelant n'a pas contesté au procès trois des chefs d'accusation, à savoir : possession de méthamphétamine, entrave à l'exécution des fonctions de l'un des agents de police ayant procédé à l'arrestation et manquement à l'ordonnance de non-communication. En fait, au cours de son témoignage, l'appelant a informé le juge du procès qu'il était coupable des infractions visées par ces accusations. Comme on pouvait s'y attendre, les déclarations de culpabilité correspondantes ne font pas l'objet d'un appel dans l'avis d'appel initial. Il n'y a pas non plus d'appel contre la déclaration de culpabilité pour avoir menacé de tuer la plaignante. Selon la thèse du ministère public au procès, le 21 juillet, l'appelant a, dans la chambre d'hôtel, menacé d'administrer à la plaignante une [TRADUCTION] « injection mortelle », à savoir l'injection d'une quantité de drogue susceptible de causer sa mort. L'appelant a nié avoir proféré une telle menace. Malgré cela, il a reconnu, en répondant aux questions du juge du procès, qu'il a parlé [TRADUCTION] « à la mère de [s]es enfants d'une manière qui aurait pu l'effrayer ce soir-là et lui montrer un côté de [lui] qu'elle n'avait certainement pas vu auparavant ». Quoi qu'il en soit, l'appelant n'a pas demandé de prolongation du délai pour interjeter appel de cette déclaration de culpabilité. En conséquence, la Cour n'a pas la compétence requise pour statuer sur son bien-fondé.

[5] L'appel et la demande en autorisation d'appel de la déclaration de culpabilité (pour des motifs mixtes de droit et de fait) visent les déclarations de culpabilité pour voies de fait (les deux premiers chefs de la première dénonciation), la déclaration de culpabilité pour tentative d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice (le premier chef de la seconde dénonciation) et la déclaration de culpabilité pour manquement à l'ordonnance de non-communication (le deuxième chef de la seconde dénonciation). Je suis d'avis de prolonger le délai pour interjeter appel de la dernière

déclaration de culpabilité mentionnée et accorder l'autorisation sollicitée. Cependant, je rejetterais l'appel contre la déclaration de culpabilité pour chaque chef d'accusation. À mon avis, le bien-fondé de l'argument en faveur de l'annulation n'a pas été établi.

[6] Je suis d'avis de rejeter également la demande en autorisation d'appel de la peine. En appliquant la norme de contrôle établie, je conclus qu'il n'y a pas de raison de principe justifiant de modifier la peine globale de trois ans d'emprisonnement infligée en première instance. J'irais même plus loin : sur la foi des conclusions de fait du juge du procès, on peut soutenir que la peine globale se situe à la limite inférieure de la fourchette.

## II. Contexte détaillé

[7] La plaignante, sa mère et plusieurs agents de police chargés de l'enquête ont témoigné pour le ministère public. La plaignante a déclaré qu'elle était en couple avec l'appelant pendant la majeure partie de la décennie précédant son arrestation le 21 juillet 2020, et que leurs deux jeunes enfants vivaient avec sa mère à elle pendant toute la période pertinente. Elle a déclaré sous serment que l'appelant avait commis des voies de fait contre elle à quatre reprises dans leur appartement et une fois dans une chambre d'hôtel de la région, tout en concédant que sa mémoire de certains détails accessoires n'était pas claire en raison de sa consommation de drogues. Une liasse de photos d'ecchymoses et de brûlures par friction sur la moquette liées aux voies de fait de l'appelant, selon le témoignage de la plaignante, a été reçue comme pièce C-2. Une radiographie du côté droit du torse de la plaignante a été prise peu après les événements survenus dans la chambre d'hôtel le 21 juillet 2020, et le rapport qui en découle (pièce C-5) a confirmé une fracture d'une côte non déplacée du côté droit. La transcription de 193 pages des enregistrements mentionnés ci-dessus a été cotée comme pièce C-3, avec le consentement du ministère public et de la défense. Elle comporte des reconnaissances *prima facie* par l'appelant qu'il a commis les voies de fait décrites par la plaignante dans son témoignage et alléguées dans les chefs d'accusation pour lesquels il a été déclaré coupable. En effet, au cours de l'une des conversations téléphoniques, l'appelant a dit à la plaignante qu'il avait l'intention de finir par plaider coupable à tous les chefs d'accusation, mais que, pour le moment, il cherchait à se faire libérer sous caution, ce qui, selon sa compréhension, ne pouvait se

produire que si la plaignante disait la [TRADUCTION] « vérité », à savoir qu'il n'avait pas causé ses blessures.

[8] Dans son témoignage, la plaignante a reconnu être toxicomane. Lorsque l'avocat de la défense lui a fait part des disparités dans son récit de certaines circonstances des voies de fait, entre ses déclarations de type *K.G.B.* et son témoignage au procès, elle a admis volontiers que sa mémoire de ces détails était plus fraîche au moment de ses déclarations de type *K.G.B.* Néanmoins, la plaignante a fermement maintenu qu'elle avait subi des voies de fait à quatre reprises dans l'appartement du couple et une fois dans une chambre d'hôtel de la région pendant la période précisée dans l'acte d'accusation.

[9] Dans son témoignage, l'appelant a nié avoir commis les voies de fait décrites par la plaignante. Il a contesté pratiquement tous les éléments essentiels du témoignage de la plaignante. L'appelant a affirmé que les ecchymoses montrées dans la pièce C-2 résultaient de la chute accidentelle de la plaignante dans une table basse dont le plateau en verre avait été enlevé. Il n'a pas pu expliquer les brûlures par friction sur la moquette apparaissant dans certaines des photos. Selon l'appelant, la plaignante était une toxicomane qui consommait de la drogue quotidiennement pendant la période visée. Selon lui, le témoignage inculpatoire de la plaignante est faux et peu fiable; il est empreint d'hostilité, probablement animée par la jalousie et la vengeance pour des infidélités perçues et le désir de monter un dossier contre lui en cas de conflit sur la garde des enfants. Néanmoins, lors du contre-interrogatoire, il a admis s'en être pris physiquement à la plaignante [TRADUCTION] « en réaction à quelque chose qui se passait [mais n'a pas eu] l'impression de l'avoir attaquée ou d'avoir commis des voies de fait contre elle ». Il a avancé que ses déclarations en apparence incriminantes dans les transcriptions ne devraient pas être comprises de manière littérale. Dans le contexte, il faudrait plutôt considérer qu'elles ont été faites sur le ton de la plaisanterie ou du sarcasme. L'appelant a émis l'avis que cette situation serait évidente à l'écoute des enregistrements eux-mêmes, mais il n'a pas demandé qu'ils soient joués en audience publique. En fin de compte, il a exhorté le juge à ne pas tenir compte du témoignage de la plaignante et de ses déclarations transcrites à lui, et à le déclarer non coupable des accusations qu'il contestait.

[10] La plaignante a déclaré que l'appelant était en possession d'un couteau pliant ouvert alors qu'il se trouvait dans la chambre d'hôtel le 21 juillet 2020, et que, en conséquence, elle était effrayée. Cependant, elle n'est pas allée plus loin. Plus précisément, elle n'a pas affirmé que le couteau avait été utilisé pendant que les voies de fait étaient commises. Dans un mémoire détaillé postérieur au procès, la défense a fait valoir qu'il n'y avait pas de preuve pour étayer les accusations de voies de fait avec une arme (al. 267a) et de possession d'une arme (un couteau) dans un dessein dangereux pour la paix publique (par. 88(2)). Le juge a retenu sa prétention et a acquitté l'appelant de ces chefs d'accusation.

[11] La grand-mère de l'appelant a également témoigné pour la défense. Elle a déclaré que l'appelant et la plaignante sont venus chez elle au début de juillet 2020 pour une baignade dans sa piscine. Lorsque la plaignante n'était vêtue que de son maillot de bain, la grand-mère a vu des ecchymoses sur diverses parties de son corps, y compris le torse, et lui a demandé quelle en était la cause. En réponse, la plaignante n'a pas blâmé l'appelant. Elle a plutôt expliqué qu'elle s'était fait ces blessures en trébuchant sur un câble et en tombant sur une table basse dans l'appartement du couple. La grand-mère a déclaré que l'appelant et la plaignante avaient l'air heureux.

[12] Le juge du procès a conclu que le témoignage de la plaignante concernant les voies de fait était crédible et fiable et que le déni de l'appelant à cet égard ne l'était pas. Le juge est arrivé à cette conclusion après avoir pris en compte le témoignage de la plaignante et celui de l'appelant et après avoir passé en revue les parties pertinentes de la transcription pour déterminer s'il y avait un fondement à l'affirmation de l'appelant selon laquelle ses déclarations enregistrées dans lesquelles il reconnaît avoir commis les voies de fait ont été faites sur le ton de la plaisanterie ou du sarcasme. Le juge a été convaincu que cette prétention n'était pas fondée.

[13] Le juge a conclu que l'appelant avait commis des voies de fait contre la plaignante dans leur appartement à quatre occasions distinctes en juin et juillet 2020. Il a tiré les conclusions de fait particulières suivantes : 1) au début du mois de juin 2020, l'appelant a brièvement saisi la plaignante à la gorge après qu'elle l'a eu accusé de mentir

sur sa relation avec une autre femme. La plaignante n'a pas perdu connaissance et elle n'a pas appelé la police; 2) fin juin, au cours d'une autre altercation, l'appelant a appliqué une prise d'étranglement à la plaignante et l'a jetée sur le plancher de leur chambre. Elle se rappelle avoir lutté et crié pour qu'il la lâche. Encore une fois, la plaignante n'a pas perdu connaissance et n'a pas appelé la police; 3) début juillet, une dispute s'est terminée lorsque l'appelant a poussé la plaignante, qui est tombée sur une table basse ouverte et a subi des blessures douloureuses, particulièrement au niveau des côtes. Le bruit a alerté les voisins, qui ont appelé la police. La plaignante avait peur, mais a dit à la police que [TRADUCTION] « tout allait bien » parce qu'elle ne voulait pas que la libération conditionnelle de l'appelant soit révoquée; 4) le 10 juillet, l'appelant a attrapé la plaignante par les cheveux, l'a jetée par terre, l'a coincée avec un genou contre son dos et a poussé sa tête et son visage contre le plancher. Ne tenant aucun compte de ses cris de douleur, il a continué à pousser sur elle. En conséquence, la plaignante a ressenti une forte douleur aux côtes et a eu des difficultés à respirer et à se tenir droite en position assise.

[14] Le juge a également tiré les conclusions de fait suivantes en ce qui concerne les événements survenus dans la chambre d'hôtel le 21 juillet. Après qu'ils aient tous deux consommé de la drogue et se soient engagés dans une dispute bruyante, l'appelant a attrapé la plaignante et l'a jetée sur le lit, d'où elle a essayé de se défendre en donnant des coups de pied. L'appelant s'est emparé de ses pieds et l'a traînée du lit sur le plancher, lui causant une brûlure par friction sur la moquette. Lorsqu'il a finalement lâché prise et permis à la plaignante de se lever, l'appelant lui a saisi le visage avec une telle force qu'elle en a gardé une ecchymose au menton.

[15] En outre, le juge a conclu que le témoignage de la plaignante était à la fois crédible et fiable lorsqu'elle a déclaré que l'appelant [TRADUCTION] « lui a demandé de mentir lors de son audience à venir sur la libération sous caution pour lui permettre d'être mis en liberté ». Elle a déclaré sous serment qu'il l'a poussée à témoigner, lors de l'audience de mise en liberté sous caution, que ses blessures découlaient d'une chute accidentelle dans la table basse. À un autre moment, il lui a demandé de dire [TRADUCTION] « qu'elle s'était battue avec une fille ». Selon le juge, [TRADUCTION]

« toute personne lisant objectivement » les transcriptions conclurait que l'appelant essayait de manipuler la plaignante pour qu'elle [TRADUCTION] « rende un faux témoignage afin qu'il soit considéré sous un éclairage favorable dans l'espoir d'être libéré de prison ». Après avoir pris en compte le témoignage de vive voix et la transcription, le juge a déclaré l'appelant coupable d'avoir tenté d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

### III. Analyse et décision

#### A. *La portée de l'appel et les questions à trancher.*

[16] La règle 63.04(2) des *Règles de procédure* prévoit un délai de 30 jours pour l'émission d'un avis d'appel. Toutefois, ce délai peut être prolongé par une ordonnance de la Cour ou de l'un de ses juges. Je suis d'avis de prolonger le délai pour interjeter appel de la déclaration de culpabilité pour manquement à l'ordonnance de non-communication. La règle 63.04(3) prévoit que l'avis d'appel doit indiquer les mesures de redressement sollicitées et les moyens d'appel. Pour demander d'autres mesures de redressement ou faire valoir des moyens supplémentaires, l'appelant doit obtenir l'autorisation de la Cour. Lorsque l'octroi d'une autorisation sert les intérêts de la justice, la Cour n'hésite pas à donner son aval.

[17] Dans l'avis d'appel initial, l'appelant a confirmé qu'il faisait appel de sa déclaration de culpabilité [TRADUCTION] « pour tentative de contrecarrer ou de détourner le cours de la justice » et pour les deux chefs d'accusation de voies de fait contre la plaignante. Il a indiqué en outre qu'il souhaitait contester la peine imposée pour [TRADUCTION] « les trois mêmes chefs d'accusation » et pour les chefs de manquement à l'ordonnance de non-communication, d'entrave dans l'exécution des fonctions de l'agent de police et de menace de mort. L'appelant a par la suite déposé un avis d'appel modifié, sans avoir obtenu l'autorisation requise. Lorsque cette omission a été soulevée à l'audience, l'appelant a demandé l'autorisation de modifier conformément à l'avis d'appel modifié, essentiellement dans le but de préciser ses plaintes d'erreur commise par le juge du procès

relativement à la déclaration de culpabilité et d'ajouter une allégation de représentation inefficace de l'avocat au procès.

[18] En ce qui concerne le premier point, l'appelant propose de faire valoir que le juge du procès a commis les erreurs suivantes en le déclarant coupable des infractions frappées d'appel : 1) il [TRADUCTION] « a mal interprété la preuve en appliquant un degré d'examen différent au témoignage de la plaignante par rapport [au sien], ce qui a entraîné une erreur judiciaire »; et 2) il [TRADUCTION] « s'est appuyé sur les transcriptions de conversations enregistrées entre [lui] et la plaignante alors que les enregistrements eux-mêmes étaient disponibles et que, selon son témoignage, les transcriptions ne traduisaient pas correctement l'essence des échanges ». De plus, il a l'intention de faire valoir que sa déclaration de culpabilité pour manquement à l'ordonnance de non-communication, un acte criminel visé à l'al. 145(5)a), devrait être annulée parce que, contrairement à l'allégation du ministère public, il n'était pas « illégalement en liberté » au moment des faits, mais en détention. J'estime que cette contestation constitue une demande de prolongation du délai pour interjeter appel de la déclaration de culpabilité pour l'acte criminel visé à l'al. 145(5)a) et, dans la mesure nécessaire, une demande en autorisation d'appel.

[19] En outre, l'appelant souhaite faire valoir que les déclarations de culpabilité en cause constituent des erreurs judiciaires attribuables au fait que, lors du contre-interrogatoire, son avocat au procès n'a pas soumis à la plaignante sa description antérieure des événements, prétendument incohérente (dans ses déclarations de type *K.G.B.*), sa [TRADUCTION] « thèse soutenue dans l'affaire » et les [TRADUCTION] « motifs qui pourraient l'avoir incitée à fabriquer son témoignage ». Il se plaint également que son avocat au procès n'a pas donné suite à un éventuel [TRADUCTION] « alibi » pour les événements du 21 juillet 2020 et qu'il ne s'est pas renseigné auprès du poursuivant sur la possibilité d'une transaction en matière pénale, [TRADUCTION] « comme il l'avait demandé ».

[20] Les modifications proposées à l'avis d'appel initial remettent en cause la peine de trois ans d'emprisonnement infligée en première instance pour les moyens suivants : 1) [TRADUCTION] « les éléments de preuve n'établissent pas clairement un lien de causalité entre les voies de fait [reprochées à l'appelant] et la côte fracturée de la plaignante; le juge n'aurait pas dû tenir compte de cette blessure comme facteur aggravant »; 2) [TRADUCTION] « le juge n'a pas tenu compte de l'incidence du temps passé en isolement en application des protocoles entourant la Covid-19 »; et 3) [TRADUCTION] « les peines infligées sont manifestement déraisonnables compte tenu des circonstances des infractions et violent le principe de l'harmonisation des peines ».

[21] J'autoriserais les modifications demandées à l'avis d'appel initial, dans la mesure où elles portent sur l'appel ou la demande en autorisation d'appel des déclarations de culpabilité en cause, et la demande en autorisation d'appel de la peine.

B. *La motion en autorisation de présentation de nouvelle preuve et l'allégation de représentation dénotant l'incompétence de l'avocat au procès*

[22] Le droit concernant la représentation inefficace de l'avocat comme motif d'intervention en appel est établi, du moins pour nos besoins actuels. Je tire les principes suivants de la jurisprudence émanant de la Cour suprême du Canada et de notre Cour : 1) il incombe à l'appelant de démontrer que le travail de l'avocat de la défense dénotait son incompétence à des égards importants (volet examen du travail de l'avocat). Cela exige d'établir que l'avocat n'a pas fait preuve de jugement professionnel raisonnable, la perfection n'étant pas le critère recherché. En l'absence d'erreur judiciaire, la Cour s'abstient souvent d'examiner le volet travail. Cela dit, la Cour peut le faire lorsqu'elle estime que l'allégation d'incompétence est dénuée de fondement et injuste à l'égard de l'avocat au procès; 2) il incombe également à l'appelant de démontrer qu'une erreur judiciaire a résulté de l'incompétence de l'avocat (volet appréciation du préjudice); 3) une erreur judiciaire peut prendre diverses formes, notamment lorsque l'équité procédurale ou la fiabilité du verdict sont compromises. Un verdict sera considéré comme non fiable si la Cour conclut qu'il aurait pu être différent si l'avocat avait agi avec compétence; 4) en

évaluant une allégation de représentation inefficace, la Cour doit garder à l'esprit que la présomption de compétence professionnelle ne sera pas réfutée en l'absence de preuve convaincante de faute professionnelle. Dans le même ordre d'idées, et en l'absence d'une telle preuve, la Cour doit s'abstenir de remettre en question les décisions stratégiques de l'avocat de la défense; 5) on s'attend de l'avocat au procès qu'il fournisse à la Cour une réponse complète à l'allégation de représentation incompétente de l'appelant en première instance. Voir *Boucher c. R.*, 2021 NBCA 36, [2021] A.N.-B. n° 201 (QL), par. 14 à 19, où sont rassemblés les principaux arrêts.

[23] L'appelant demande l'autorisation de produire comme nouvelle preuve son propre affidavit, l'enregistrement réel des échanges téléphoniques entre lui et la plaignante, dont la transcription a été admise en preuve au procès avec le consentement des parties, comme je l'ai indiqué, ainsi que les déclarations de type *K.G.B.* de la plaignante. Le requérant n'a pas fourni à la Cour une copie de l'enregistrement ou des déclarations de type *K.G.B.* Il n'a pas non plus demandé d'ordonnance de production.

[24] Dans son affidavit, l'appelant mentionne qu'il était en détention depuis son arrestation jusqu'au prononcé de la peine et que, en raison des protocoles liés à la COVID-19, il était mis en quarantaine pendant deux semaines chaque fois qu'il était transféré dans un autre établissement. Voici les transfèrements en question : 1) du Centre correctionnel régional de Saint John, où il a été détenu pendant deux semaines après son arrestation, au Pénitencier de Dorchester, où il est resté un mois et demi; 2) de là, transfèrement à l'Établissement de l'Atlantique à Renous, où il a été incarcéré jusqu'au 16 novembre 2020, la nuit précédant le procès; et 3) transfèrement au Centre correctionnel régional de Saint John pour la durée du procès. Les transfèrements vers des institutions fédérales, et le temps qu'il y a passé, concernent les déclarations de culpabilité inscrites en décembre 2018 et pour lesquelles l'appelant bénéficiait d'une libération conditionnelle au moment de son arrestation. Sa libération conditionnelle a été révoquée jusqu'au 30 octobre 2020, après quoi il a été placé en détention provisoire. Dans son affidavit, l'avocat au procès fait remarquer ce qui était évident, soit que le juge du procès savait que l'appelant était placé en détention provisoire. Le dossier montre qu'il a accordé à l'appelant

un crédit important pour le temps passé en détention provisoire (suivant un rapport de 1,5 pour 1). Je ne vois pas comment le fait de mentionner le temps passé par l'appelant en quarantaine pendant son incarcération aurait augmenté le crédit pour détention provisoire ou donné lieu à une peine plus clémente.

[25] Le reste de l'affidavit de l'appelant porte surtout sur les erreurs de jugement perçues dans la conduite de la défense par l'avocat, dont les principales sont : l'omission de faire écouter l'enregistrement des conversations téléphoniques pendant l'audience; l'omission de soumettre à la plaignante diverses questions, notamment sur les « contradictions » entre ses déclarations de type *K.G.B.* et son témoignage lors de l'interrogatoire principal; et l'omission d'appeler divers témoins en vue de mettre en doute la crédibilité de la plaignante, notamment une femme qu'il connaît qui se serait rendue à la chambre d'hôtel le 21 juillet 2020. Ces plaintes portent sur des décisions prises par l'avocat de la défense, et rien n'a démontré qu'en les prenant, il n'a pas fait preuve d'un jugement professionnel raisonnable.

[26] L'avocat de la défense a déposé un affidavit qui répond à certaines des allégations de représentation dénotant de l'incompétence. Il explique que, même si [TRADUCTION] « une communication fluide avec [l'appelant] a été difficile à établir en raison des multiples déplacements dans diverses institutions et des protocoles liés à la COVID-19 », leurs [TRADUCTION] « échanges ont été productifs ». Il confirme avoir eu une discussion avec le ministère public concernant une transaction possible, mais leurs positions respectives étaient si éloignées qu'il [TRADUCTION] « n'était pas possible de trouver un terrain d'entente ». L'avocat affirme que, contrairement à la preuve par affidavit de l'appelant, [TRADUCTION] « l'ensemble des communications écrites et la transcription complète » des appels téléphoniques lui ont été fournis, et qu'il en a examiné le contenu et en a discuté avec lui. Il termine par les déclarations suivantes concernant les témoins possibles de la défense : 1) il a eu une discussion sérieuse avec l'appelant au sujet des témoins possibles; 2) après en avoir discuté avec l'appelant, il s'est fait dire de ne pas appeler divers témoins possibles qui auraient pu se joindre à l'appelant et mettre en doute la moralité et le mode de vie de la plaignante, ainsi que sa crédibilité. L'avocat indique que

cette stratégie a été adoptée [TRADUCTION] « en raison de la notoriété [des témoins] qui, selon [l'appelant], le ferait mal paraître »; et 3) l'avocat a discuté avec l'appelant de la possibilité d'appeler à la barre des témoins une femme qui s'est présentée à la porte de la chambre d'hôtel le 21 juillet. Il a été informé que cette témoin possible n'avait pas vu la plaignante à ce moment-là, et l'appelant lui a demandé [TRADUCTION] « de ne pas tenter de contacter cette témoin possible, car il ne voulait pas la mêler à tout ça ».

[27]                   Après avoir entendu les parties, et conformément à la procédure proposée dans *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, [1988] A.C.S. n° 20 (QL), la Cour a mis en délibéré la motion en présentation de preuve complémentaire et a procédé à l'audition de l'appel et des demandes en autorisation d'appel.

[28]                   Après réflexion, et après avoir examiné le dossier dans son intégralité, je suis d'avis de rejeter la motion en autorisation de présentation de nouvelle preuve. L'appelant n'a pas réussi à démontrer que les décisions stratégiques de l'avocat au procès concernant les déclarations de type *K.G.B.*, la transcription des conversations enregistrées et la liste des témoins étaient déraisonnables. Contrairement aux allégations de l'appelant, le dossier montre que son avocat a soumis à la plaignante : 1) la description des événements figurant dans ses déclarations de type *K.G.B.* qui, selon lui, étaient incompatibles avec son témoignage; 2) la [TRADUCTION] « thèse soutenue dans l'affaire » par l'appelant; et 3) ses [TRADUCTION] « motifs qui pourraient l'avoir incitée à fabriquer son témoignage ». J'en déduis que l'avocat de la défense n'a pas cherché à faire admettre en preuve les déclarations de type *K.G.B.* et les enregistrements réels des conversations de l'appelant avec la plaignante parce qu'il craignait, raisonnablement à mon avis, que leur production soit plus préjudiciable à la défense. Le dossier montre également que le prétendu moyen de défense de l'[TRADUCTION] « alibi » est dépourvu de vraisemblance.

[29]                   En définitive, il n'y a aucune possibilité raisonnable que la preuve présentée puisse changer le résultat en ce qui concerne les déclarations de culpabilité frappées d'appel ou la peine globale de trois ans d'emprisonnement. Soit les plaintes de l'appelant ne concordent pas avec le dossier, soit la preuve par affidavit proposée par l'avocat de la défense y répond de manière satisfaisante. À mon humble avis, les nouveaux éléments de

preuve proposés ne serviraient aucun dessein utile. J'en viens maintenant aux allégations d'erreur de la part du juge du procès : 1) des degrés d'examen différents et 2) le recours inapproprié aux transcriptions des conversations téléphoniques enregistrées entre l'appelant et la plaignante.

C. *Les allégations d'erreur de la part du juge du procès : examen à des degrés différents des témoignages et prise en compte inappropriée de la transcription des conversations enregistrées.*

[30] Le juge du procès commet une erreur fondamentale de droit lorsqu'il applique des degrés d'examen différents aux témoignages de l'accusé et du plaignant. Les juges de première instance sont parfaitement conscients de cette fonction décisionnelle élémentaire, et il existe une forte présomption qu'ils s'en acquittent comme ils le doivent. Ainsi, un appel contre une déclaration de culpabilité fondé sur une plainte pour examen à des degrés différents ne sera accueilli que dans des cas exceptionnels où quelque chose dans les motifs du juge du procès ou ailleurs au dossier indique clairement que le juge a effectivement appliqué des degrés d'examen différents lorsqu'il a évalué les témoignages de l'appelant et du plaignant, qui ont eu pour conséquence de causer un préjudice à ce dernier : *Bright c. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] A.N.-B. n° 314 (QL), par. 58, le juge d'appel LeBlond s'exprimant au nom de la Cour. En l'espèce, rien dans les motifs de la décision et dans le dossier général n'indique que le juge a procédé à un examen des témoignages à des degrés différents. Ce moyen d'appel n'est donc pas fondé.

[31] Enfin, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en prenant en considération la transcription sans exiger la production des enregistrements réels. Les parties ont convenu que les déclarations transcrites étaient celles de l'appelant et de la plaignante, comme il est indiqué dans la transcription. Rien n'indique que la transcription ne reflète pas fidèlement les paroles de l'appelant ou ne fournit pas leur contexte complet. Rappelons aussi que la transcription a été admise en preuve avec le consentement de la défense, et que d'y consentir ne constituait pas une décision tactique déraisonnable.

[32] Cela m'amène à la déclaration de culpabilité pour manquement à l'ordonnance de non-communication. L'intimée concède que l'acte d'accusation est mal rédigé, mais elle soutient que peu d'attention a été portée à sa formulation parce que tout le monde a compris que l'accusation concernait le non-respect de l'ordonnance pendant la détention provisoire, soit l'infraction prévue à l'al. 145(5)b), et non à l'al. 145(5)a), comme le prétend la seconde dénonciation. Comme il a été mentionné, l'appelant a reconnu dans son témoignage qu'il avait enfreint l'ordonnance alors qu'il était en détention provisoire. Le renvoi à l'al. 145(5)a) est une irrégularité procédurale qui n'a causé aucun préjudice à l'appelant. Étant donné le consentement des parties, et compte tenu de l'ensemble de la preuve, y compris la reconnaissance de culpabilité de l'appelant au procès, le chef d'accusation de non-respect de l'ordonnance de non-communication devrait être modifié pour alléguer le non-respect pendant la détention provisoire, soit l'infraction prévue à l'al. 145(5)b). Je rendrais une ordonnance en ce sens et rejetterais l'appel en vertu du ss-al. 686(1)b)(iv). En conséquence, l'appelant serait déclaré coupable de l'infraction visée à l'al. 145(5)b), au lieu de l'al. 145(5)a), et le mandat d'incarcération devrait être modifié en conséquence. La registraire assurera le suivi nécessaire.

[33] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel de la déclaration de culpabilité pour chaque chef d'accusation. Je rejetterais aussi la demande en autorisation d'appel de la peine.

D. *La demande en autorisation d'appel de la peine*

[34] L'intervention en appel à l'égard d'une peine est contre-indiquée sauf si l'on peut répondre par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : 1) La peine résulte-t-elle d'une erreur de droit? Cela peut se produire sans qu'une d'erreur de principe ait été commise. 2) Le juge qui a prononcé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? 3) La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objectif essentiel et des autres objectifs de la détermination de la peine? Voir *LeBlanc c. R.*, 2005 NBCA 6, 279 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 121, *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, [2010] A.N.-B. n<sup>o</sup> 265 (QL); *Corcoran c. R.*, 2021 NBCA 35, [2021]

A.N.-B. n° 180 (QL), la juge Quigg, rendant jugement au nom de la Cour; et, plus généralement, *R. v. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, et *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2019] A.C.S. n° 100 (QL). On ne peut répondre par l'affirmative à aucune de ces questions. La peine globale de trois ans d'emprisonnement est conforme à la loi et aux principes de détermination de la peine, notamment celui de l'harmonisation des peines. En ce qui concerne la question du caractère raisonnable, je souligne ce qui suit.

[35] L'appelant est un délinquant d'âge mûr au casier judiciaire chargé. Il a commis des voies de fait contre la plaignante à cinq occasions différentes en juin et juillet 2020. Elle a été grièvement blessée et ces blessures comprenaient des brûlures et, conclusion raisonnable du juge du procès, au moins une côte fracturée. À l'époque, l'appelant bénéficiait d'une libération conditionnelle, une peine d'emprisonnement de deux ans lui ayant été infligée après qu'il eût été déclaré coupable, le 20 décembre 2018, de 19 infractions au *Code criminel*, dont un vol qualifié, à Edmonton, en Alberta, et de six infractions au *Code criminel*, dont des voies de fait, à Saint John. Le ministère public a demandé une peine globale de cinq ans d'emprisonnement. La défense a argumenté en faveur d'une peine de 18 mois d'emprisonnement. À mon avis, la peine de trois ans se situe dans la fourchette appropriée, bien qu'à la limite inférieure. La peine infligée en première instance ne fait pas l'objet d'un appel incident. En rejetant la demande de l'appelant en autorisation d'appel de la peine, y compris la peine d'emprisonnement de deux ans pour le premier chef d'accusation de voies de fait selon la première dénonciation, la Cour s'en tient à son engagement de longue date à soutenir l'intolérance de la société pour la violence conjugale par des sanctions sévères appropriées : *R. c. Bérubé (R.)* (1999), 215 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 341, [1999] A.N.-B. n° 291 (QL), par. 21 et 22.

#### IV. Conclusion et dispositif

[36] Contrairement à ce que soutient l'appelant, le juge du procès n'a pas commis d'erreur justifiant l'infirmité de sa décision en inscrivant les déclarations de culpabilité frappées d'appel ou en infligeant la peine. De plus, je ne vois pas ce que l'avocat de la défense aurait pu faire, sur les plans juridique et éthique, pour obtenir un résultat plus

favorable à l'appelant pour ce qui est de ses déclarations de culpabilité et de sa peine. Pour ces motifs, je conclus que l'appelant n'a pas réussi à établir le bien-fondé de sa thèse en faveur d'une intervention de notre Cour quant à ses déclarations de culpabilité et sa peine. Par conséquent, je rejetterais l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité relative aux deux chefs d'accusation de voies de fait contre la conjointe de fait de l'appelant (al. 266a) du *Code criminel*), du chef d'accusation de tentative d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice dans une procédure judiciaire (al. 139(3)a)) et du chef d'accusation, tel que modifié, de manquement à l'ordonnance de non-communication (al. 145(5)b)), . En outre, je rejetterais la demande en autorisation d'appel de la peine globale de trois ans d'emprisonnement relativement à ces déclarations de culpabilité et aux autres déclarations de culpabilité non frappées d'appel prononcées en première instance.