COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

42-16-CA

MICHAEL DAVID JOHNSTON

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Johnston (M.D.) v. R., 2017 NBCA 30

CORAM:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Provincial Court:
November 13, 2013 (conviction and sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 20, 2017

Judgment rendered:
July 20, 2017

Counsel at hearing:

Michael David Johnson appeared in person

For the respondent:
Kathryn Gregory

MICHAEL DAVID JOHNSTON

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Johnston (M.D.) c. R., 2017 NBCA 30

CORAM :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 13 novembre 2013 (déclaration de culpabilité et prononcé de la sentence)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 20 juin 2017

Jugement rendu :
le 20 juillet 2017

Avocats à l'audience :

Michael David Johnson se représente lui-même

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

THE COURT

The appellant's motion to adduce fresh evidence is dismissed, as are his applications for leave to appeal conviction pursuant to s. 675(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* and to appeal sentence pursuant to s. 675(1)(b).

LA COUR

La motion de l'appelant en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve est rejetée, de même que sa demande en autorisation d'appel de sa déclaration de culpabilité, présentée en vertu du sous-alinéa 675(1)a)(ii) du *Code criminel*, et de sa demande en autorisation d'appel de sa sentence, présentée en vertu du paragraphe 675(1)b).

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] Michael David Johnston seeks leave to appeal against his conviction in Provincial Court on a charge of breaking and entering into a dwelling, and committing therein the indictable offence of assault (s. 348(1)(b) of the *Criminal Code*). In seeking to buttress his case for reversal, Mr. Johnston proffers post-conviction evidence that, he claims, shows the trial judge's finding of guilt rests upon perjured testimony. Alternatively, leave is sought to appeal the sentence imposed, namely 40 months in jail less remand time.

[2] Both the application for leave to appeal conviction and the application for leave to appeal sentence were scheduled to be heard on January 18, 2017. However, Mr. Johnston failed to appear. As a result his applications for leave were dismissed, but without prejudice to his right to apply for reinstatement upon good cause being shown for his failure to attend (see *Johnston (M.D.) v. R.*, 2017 NBCA 12, [2017] N.B.J. No. 41 (C.A.) (QL)). Good cause has been shown. Accordingly, the application for leave to appeal conviction and the application for leave to appeal sentence are reinstated.

I. Overview

[3] At trial, John Fraser Blois testified that during the early afternoon of January 4, 2013, David Joseph Clark, closely followed by Mr. Johnston, Heather Robichaud and Raylene Erika Middleton, barged into his home, uninvited, and that Mr. Clark and Mr. Johnston promptly proceeded to savagely attack him, the former with his fists, the latter breaking a wooden chair over his back. The motive: Mr. Blois' delinquency in repaying a debt.

[4] Mr. Blois testified he eventually managed to escape, exit his home and run across the street where he enlisted the help of Justin Michael McCarthy, who was de-

icing the outer edges of the roof on his grandfather's home. Mr. McCarthy called 911 and police officers were dispatched to the scene. At the time of their arrival, all "visitors" to Mr. Blois' premises had fled in their common vehicle. Mr. Blois' spouse testified also: she was upstairs and heard the assault taking place, but she could not or would not identify the intruders, Mr. Blois' assailants.

[5] One of the officers who arrested Mr. Johnston shortly afterwards, testified he noticed what appeared to be dried blood on Mr. Johnston's clothing. However, for reasons that remain unexplained, the apparent blood stains were not forensically analyzed.

[6] The Crown closed its case with Mr. McCarthy's testimony. He confirmed Mr. Blois' version of the events outside his home. However, he did not see Mr. Johnston enter or exit Mr. Blois' residence.

[7] Ms. Robichaud and Mr. Clark, who had previously pled guilty to a charge of assault causing bodily harm to Mr. Blois, testified for the defence; both claimed Mr. Johnston did not enter Mr. Blois' residence.

[8] Mr. Johnston did not testify.

[9] Defence counsel submitted acquittal was the only appropriate disposition. This was so, he argued, because Mr. Blois' testimony, the only incriminating evidence, was unreliable.

[10] The trial judge disagreed for the following reasons:

> The evidence of John Blois was corroborated, in part, by his partner Chelsea Gallant. Although she was clear that she did not know who was in the kitchen beating her common-law partner. Justin Michael McCarthy, one of the Emera Employees across the street, also testified at trial and corroborated the evidence of Mr. Blois. The defense is […] that Michael Johnston, the accused, was not present in the house and did not participate in any criminal activity.

> The defense called two witnesses to support this. The first was Heather Robichaud. With all due respect, Ms. Robichaud was, by her own admission, intoxicated and I find that she was grossly intoxicated. She had no credibility whatsoever before this court. Furthermore, David Clark had no credibility as well. First, I must refer to his demeanor on the stand; he was the [quint essential] shifty witness. He refused to meet me with eye contact. He banged his foot continually against the witness box. Notwithstanding that I [admonished] him against doing so on several occasions. This is indicative of […] nervousness, on the part of the witness. Furthermore, Clark gave me a concocted version of events to the effect that Johnston was too intoxicated to enter the home and never did so. Instead, he was standing in front of the home and urinating at the front of the house. It is amazing to me that Mr. McCarthy did not testify to this event. This begs the question as to why Mr. McCarthy did not do so. The simple reason is, it did not happen and was totally fabricated by Clark, whom I have no hesitation in finding deliberately lied on the witness stand to this Court. Turning to the law, Section 350(b)(2) of the *Criminal Code* provides that for the purpose of Section 348 an individual is deemed to have broken and entered if he entered without justification or excuse, the proof of which lies upon him by a permanent [and] temporary opening. There is no question, as I state, that I have found Michael Johnston entered the home on the date in question. He obviously offered no proof as to justification or excuse and, as a result, I find that this was a break and enter and am convinced, beyond a reasonable doubt, [of] the guilt of Michael David Johnston, and find him guilty as charged.

[11] Mr. Johnston submits he is entitled to a new trial on the grounds that his counsel was incompetent and that the trial judge's adverse findings of credibility were unreasonable. These complaints raise issues of fact or mixed fact and law for which leave of this Court is required pursuant to s. 675(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*.

[12] Mr. Johnston's primary sentence-related complaint is that the Victim Impact Statement included crossed-out information that remained visible to the sentencing judge. He also contends the sentence imposed is inordinately long for someone like him with no prior record of violent offences.

II. Analysis

A. *The conviction*

[13] Mr. Johnston seeks leave to present as evidence a post-conviction audio recording of Mr. Blois in a local nightclub. It is contended Mr. Blois' recorded statements show that, contrary to his sworn testimony at trial, Mr. Johnston was neither an intruder into his residence nor one of his attackers, as alleged by the Crown.

[14] The law pertaining to the admission of fresh evidence on appeal has not undergone any significant change since *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL):

> Because the evidence was not available at trial and because it bears on a decisive issue, the inquiry in this case is limited to two questions. Firstly, is the evidence possessed of sufficient credibility that it might reasonably have been believed by the trier of fact? If the answer is no that ends the matter but if yes the second question presents itself in this form. If presented to the trier of fact and believed, would the evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? If the answer to the second question is yes, the motion to adduce new evidence would have to succeed and a new trial be directed at which the evidence could be introduced. [pp. 776-777]

[15] The pertinent considerations were iterated in *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089:

> The criteria that apply to a court of appeal's decision whether to receive fresh evidence were articulated in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759:
>
> > (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases ....

> (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
>
> (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
>
> (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [para. 115]

[16] In its written submission on the motion, the respondent asserts a "comparison of the audio tape with the trial testimony does not reveal a significant or substantive difference to suggest the credibility of [Mr.] Blois at trial is jeopardized". That being so, it is the respondent's wrap-up submission that the proffered recording could not reasonably be expected to have affected the result. Having carefully listened to the audio recording, we agree, and dismiss the appellant's motion.

[17] In our view, the case for a new trial has not been made on the basis of the record at our disposal. First, Mr. Johnston has not established his counsel's representation at trial was ineffective and that a miscarriage of justice resulted, conditions precedent to success on a claim of defence counsel ineffective (see *R. v. Meer*, 2016 SCC 5, [2016] 1 S.C.R. 23, at para. 2).

[18] Second, Mr. Johnston has not demonstrated the trial judge's key findings of credibility are tainted by palpable and overriding error. It follows that those findings and the resulting conviction must stand.

B. *The sentence*

[19] Judges are often required to overlook irrelevant informational material placed before them, either by inadvertence or otherwise. There is nothing in the record to

suggest the crossed-out, but still visible, information in the Victim Impact Statement influenced the sentencing judge and yielded an inappropriately severe sentence.

[20] More generally, this was a brazen and violent home invasion committed by a mature offender (35 years of age). Deterrence is the primary consideration in the imposition of sentence for offences of this nature.

[21] Given the standard of review articulated in *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, which was confirmed in *Lacasse*, and the fact that this was a violent home invasion, the sentence of 40 months in jail (less remand time of 33 days for an actual sentence of 38 months and 27 days) is not reversible (see *R. v. Joyce* (1998), 203 N.B.R. (2d) 1, [1998] N.B.J. No. 312 (C.A.) (QL), *Ivan v. R.*, 2000 NBCA 24, 230 N.B.R. (2d) 313, *R. v. Goulette*, 2009 NBCA 49, [2009] N.B.J. No. 367 (QL), *Simon v. R.*, 2014 NBCA 4, 415 N.B.R. (2d) 140, *Ginnish v. R.*, 2014 NBCA 5, 415 N.B.R. (2d) 156 and *Parker v. R.*, 2014 NBCA 17, 419 N.B.R. (2d) 163).

[22] In our respectful view, the sentence falls within the accepted range.

III. Disposition

[23] The appellant's motion for leave to adduce fresh evidence, his application for leave to appeal conviction and his application for leave to appeal sentence are dismissed.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Michael David Johnston sollicite l'autorisation d'interjeter appel de sa déclaration de culpabilité en Cour provinciale relativement à une accusation de s'être introduit par effraction dans un domicile et d'avoir commis dans celui-ci un acte criminel, à savoir des voies de fait (infraction prévue à l'alinéa 348(1)b) du *Code criminel*). À l'appui de sa demande d'infirmation, M. Johnston soulève des éléments de preuve portant sur des circonstances postérieures à sa déclaration de culpabilité qui, selon lui, démontrent que le juge a conclu qu'il était coupable en se fondant sur de faux témoignages. Subsidiairement, il demande l'autorisation d'interjeter appel de la sentence infligée, à savoir une peine d'emprisonnement de 40 mois moins la durée de la détention préventive.

[2] L'audition des demandes en autorisation d'appel de la déclaration de culpabilité et de la sentence devait avoir lieu le 18 janvier 2017. Toutefois, M. Johnston n'a pas comparu. En conséquence, ses demandes en autorisation d'appel ont été rejetées, mais sans porter atteinte à son droit de demander à notre Cour d'examiner ses demandes dans le cas où il pourrait justifier son absence par des motifs valables (voir *Johnston (M.D.) c. R.*, 2017 NBCA 12, [2017] A.N.-B. n° 41 (C.A.) (QL)). Des motifs valables ont été présentés. Par conséquent, la demande en autorisation d'appel de la déclaration de culpabilité et la demande en autorisation d'appel de la sentence sont rétablies.

I. Aperçu

[3] Durant le procès, John Fraser Blois a témoigné que tôt en après-midi, le 4 janvier 2013, David Joseph Clark, suivi de près par M. Johnston, Heather Robichaud et Raylene Erika Middleton, ont fait irruption chez lui, sans y avoir été invités, et que MM. Clark et Johnston se sont aussitôt mis à l'attaquer sauvagement, le premier avec ses

poings et le dernier en lui cassant une chaise en bois sur le dos. Le motif : le retard mis par M. Blois à rembourser une dette.

[4] M. Blois a témoigné qu'il avait finalement réussi à s'échapper, qu'il avait quitté sa maison et qu'il avait traversé la rue en courant pour obtenir l'aide de Justin Michael McCarthy, qui était en train de déglacer le rebord du toit de la maison de son grand-père. M. McCarthy a composé le 911 et des policiers ont été dépêchés sur les lieux. À leur arrivée, tous les « visiteurs » qui étaient chez M. Blois s'étaient enfuis à bord d'une même voiture. La conjointe de M. Blois a aussi témoigné. Elle était à l'étage supérieur et avait entendu la perpétration des voies de fait, mais elle ne pouvait pas, ou ne voulait pas, identifier les intrus, soit les agresseurs de M. Blois.

[5] L'un des policiers qui avaient peu après procédé à l'arrestation de M. Johnston a témoigné qu'il avait remarqué ce qui lui semblait être du sang séché sur les vêtements de M. Johnston. Toutefois, pour des raisons qui demeurent non expliquées, les taches de sang apparentes n'ont pas fait l'objet d'une analyse médicolégale.

[6] Le ministère public a clos sa preuve avec le témoignage de M. McCarthy. Ce dernier a confirmé la version de M. Blois des événements qui se sont déroulés à l'extérieur de sa maison. Toutefois, il n'a pas vu M. Johnston entrer dans la résidence de M. Blois, ou en sortir.

[7] Mme Robichaud et M. Clark, qui avaient précédemment plaidé coupables à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles à M. Blois, ont témoigné pour la défense. Ils ont tous les deux déclaré que M. Johnston n'est pas entré dans la résidence de M. Blois.

[8] M. Johnston n'a pas témoigné.

[9] L'avocat de la défense soutient que l'acquittement était le seul verdict approprié parce que le témoignage de M. Blois, à savoir le seul élément de preuve incriminant, était peu fiable.

[10] Le juge du procès n'était pas de cet avis, et ce, pour les motifs suivants :

> [TRADUCTION]
> Le témoignage de John Blois a été corroboré, en partie, par sa conjointe Chelsea Gallant. Par contre, celle-ci a clairement indiqué qu'elle ne savait pas qui était dans la cuisine en train de battre son conjoint. Justin Michael McCarthy, l'un des employés d'Emera qui étaient de l'autre côté de la rue, a aussi témoigné au procès et a corroboré le témoignage de M. Blois. Le moyen de défense soulevé est […] que Michael Johnston, l'accusé, n'était pas présent dans la maison et n'a pas participé à des activités criminelles. La défense a appelé deux témoins à l'appui de cette position. La première était Heather Robichaud. En toute déférence, Mme Robichaud était, de son propre aveu, intoxiquée, et je conclus qu'elle était gravement intoxiquée. Elle n'avait aucune crédibilité devant notre Cour. De plus, David Clark n'avait aucune crédibilité non plus. En premier lieu, je dois faire mention de son comportement lorsqu'il était à la barre : il était l'exemple même du témoin évasif. Il refusait de me regarder dans les yeux. Il cognait continuellement son pied contre la barre des témoins, et ce, même si je l'ai [réprimandé] à plusieurs reprises pour qu'il cesse de le faire. Il s'agit d'une conduite qui indique que […] le témoin est nerveux. En outre, M. Clark m'a présenté une version concoctée des événements, selon laquelle Johnston était trop intoxiqué pour entrer dans la maison, et n'y était donc pas entré. D'après cette version, il était plutôt debout en train d'uriner devant la maison. Je trouve incroyable que M. McCarthy n'ait pas témoigné de ce fait. Il faut se demander pourquoi M. McCarthy ne l'a pas fait. La raison est tout simplement que cet événement n'a pas eu lieu et qu'il a été fabriqué de toutes pièces par M. Clark, et je n'ai aucune hésitation à conclure qu'il a délibérément menti durant son témoignage. Si je me penche ensuite sur le droit applicable, le sous-alinéa 350b)(ii) du *Code criminel* prévoit que, pour l'application de l'article 348, une personne est réputée s'être introduite par effraction si elle s'est introduite sans justification ou excuse, dont la preuve lui incombe, par une ouverture permanente ou temporaire.

> Comme je l'ai conclu précédemment, il ne fait aucun doute que Michael Johnston s'est introduit dans la maison au cours de la journée en question. Il n'a évidemment pas établi de justification ou d'excuse. Par conséquent, je conclus qu'il s'agissait d'une introduction par effraction, et je suis convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité de Michael David Johnston, que je déclare coupable de l'infraction reprochée.

[11] M. Johnston soutient qu'il a droit à un nouveau procès au motif que son avocat était incompétent et que les conclusions défavorables du juge du procès en matière de crédibilité étaient déraisonnables. Ces plaintes soulèvent des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit pour lesquelles l'autorisation de la Cour est requise conformément au sous-alinéa 675(1)a)(ii) du *Code criminel*.

[12] La principale plainte de M. Johnston relativement à sa sentence porte sur le fait que la déclaration de la victime contenait des passages rayés qui pouvaient toujours être lus par le juge qui a déterminé la peine. Il affirme aussi que la peine infligée est excessivement longue pour une personne comme lui, qui n'avait aucun antécédent judiciaire ayant trait à des actes criminels violents.

II. Analyse

A. *La déclaration de culpabilité*

[13] M. Johnston sollicite l'autorisation de déposer en preuve un enregistrement audio qu'il a obtenu postérieurement à sa déclaration de culpabilité, sur lequel on peut entendre M. Blois dans une boîte de nuit de la région. Il prétend que, à l'inverse de ce que M. Blois a affirmé dans son témoignage sous serment, les déclarations enregistrées de M. Blois montrent que M. Johnston n'était ni un intrus dans sa maison ni l'un des assaillants, contrairement à ce qu'a allégué le ministère public.

[14] Le droit s'appliquant à l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel n'a pas subi de modifications importantes depuis l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL) :

> Puisque la déposition n'était pas disponible au procès et qu'elle porte sur une question décisive, l'étude en l'espèce se limite à deux points. Premièrement, la déposition présente-t-elle suffisamment de vraisemblance pour que le juge du fond ait raisonnablement pu la croire? Si la réponse est négative, la question est réglée, mais si elle est affirmative, il faut se poser la seconde question en ces termes. Si la déposition est présentée au juge du fond qui y ajoute foi, aura-t-elle un poids et une force probante tels qu'elle puisse, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influer sur le résultat? Si la réponse à la seconde question est affirmative, la requête en production de nouveaux éléments de preuve doit être accueillie et un nouveau procès ordonné au cours duquel la déposition pourra être produite. [p. 776 et 777]

[15] Les considérations pertinentes ont été énoncées dans l'arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089 :

> Les conditions de réception d'une preuve nouvelle en appel ont été énumérées dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 :
>
> > (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles …
> >
> > (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
> >
> > (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
> >
> > (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres

> éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [par. 115]

[16] Dans son mémoire présenté à l'appui de la motion, l'intimée affirme [TRADUCTION] « [qu']une comparaison de la bande audio avec le témoignage présenté au procès ne révèle aucune différence importante ou une différence sur le fond qui laisse entendre que la crédibilité de [M.] Blois au procès est compromise ». Cela étant, la conclusion de l'intimée est qu'on ne pourrait raisonnablement penser que l'enregistrement présenté aurait influé sur le résultat. Ayant écouté attentivement l'enregistrement audio, nous sommes du même avis et nous rejetons la motion de l'appelant.

[17] À notre avis, il n'y a pas lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès selon le dossier qui nous a été présenté. Premièrement, M. Johnston n'a pas établi que son avocat l'a représenté de manière inefficace au procès et qu'une erreur judiciaire en a résulté, ce qui constitue les conditions préalables au succès d'une demande fondée sur l'assistance ineffective d'un avocat de la défense (voir *R. c. Meer*, 2016 CSC 5, [2016] 1 R.C.S. 23, au par. 2).

[18] Deuxièmement, M. Johnston n'a pas établi que les conclusions principales du juge du procès en matière de crédibilité étaient viciées par une erreur manifeste et dominante. Il s'ensuit que ces conclusions et la déclaration de culpabilité qui en a résulté doivent être maintenues.

B. *La sentence*

[19] Les juges doivent souvent faire fi de renseignements non pertinents qui leur ont été présentés par inadvertance ou autrement. Il n'y a rien dans le dossier qui laisse entendre que les renseignements rayés mais toujours visibles se trouvant dans la déclaration de la victime ont influencé le juge qui a déterminé la peine et ont entraîné une peine trop sévère.

[20] De manière plus générale, il s'agissait d'une invasion de domicile éhontée et violente, commise par un délinquant adulte (âgé de 35 ans). La dissuasion est l'objectif le plus important lorsque l'on inflige une peine relativement à une infraction de cette nature.

[21] Étant donné la norme de contrôle exposée dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2e) 88, qui a été confirmée dans *Lacasse*, et le fait qu'il s'agissait d'une invasion à domicile violente, la peine d'emprisonnement de 40 mois (moins la durée de la détention préventive de 33 jours, pour donner une peine réelle de 38 mois et 27 jours) ne peut être infirmée (voir *R. c. Joyce (K.R.)* (1998), 203 R.N.-B. (2e) 1, [1998] A.N.-B. no 312 (C.A.) (QL), *Ivan c. R.*, 2000 NBCA 24, 230 R.N.-B. (2e) 313, *R. c. Goulette*, 2009 NBCA 49, [2009] A.N.-B. no 367 (QL), *Simon c. R.*, 2014 NBCA 4, 415 R.N.-B. (2e) 140, *Ginnish c. R.*, 2014 NBCA 5, 415 R.N.-B. (2e) 156 et *Parker c. R.*, 2014 NBCA 17, 419 R.N.-B. (2e) 163).

[22] À notre humble avis, la peine s'inscrit dans l'éventail de peines acceptables.

III. Dispositif

[23] La motion de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation de présenter des preuves nouvelles, ainsi que ses demandes en autorisation d'appel de sa déclaration de culpabilité et en autorisation d'appel de sa sentence sont rejetées.