

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

124-21-CA

EMMA DOHERTY

EMMA DOHERTY

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Doherty v. R., 2022 NBCA 31

Doherty c. R., 2022 NBCA 31

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Provincial Court:
October 25, 2021

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 25 octobre 2021

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
May 17, 2022

Appel entendu :
le 17 mai 2022

Judgment rendered:
June 30, 2022

Jugement rendu :
le 30 juin 2022

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Ben Reentovich

Pour l'appelante :
Ben Reentovich

For the respondent:
Patrick McGuinty

Pour l'intimée :
Patrick McGuinty

THE COURT

The application for leave to appeal sentence is allowed. The disposition under appeal, made pursuant to s. 742.6(9)(d) of the *Criminal Code*, is varied to provide as follows, pursuant to s. 742.6(9)(c):

(1) the suspension of the Conditional Sentence Orders from October 25, 2021, to February 25, 2022;

(2) the appellant to serve a four-month period of incarceration from October 25, 2021, to February 25, 2022; and

(3) the Conditional Sentence Orders resume immediately upon her release from incarceration, with the following changes to the optional conditions: to remove optional conditions 6, 7, and 8, and to add a new optional condition 6 requiring that Ms. Doherty “Reside at an address approved by the Supervisor.”

More detailed reasons to follow.

LA COUR

La demande d’autorisation d’appel de la peine est accueillie. La décision portée en appel, rendue en vertu de l’al. 742.6(9)d) du *Code criminel*, est modifiée de telle façon qu’elle prescrive, suivant l’al. 742.6(9)c) :

(1) la suspension des ordonnances de sursis du 25 octobre 2021 au 25 février 2022;

(2) l’emprisonnement de l’appelante pour une période de quatre mois, du 25 octobre 2021 au 25 février 2022;

(3) l’application des ordonnances de sursis dès la libération de l’appelante, avec les modifications suivantes des conditions facultatives : suppression des conditions facultatives 6, 7 et 8, et adjonction d’une nouvelle condition facultative 6 exigeant que M^{me} Doherty [TRADUCTION] « réside à une adresse ayant été approuvée par l’agent de surveillance ».

Des motifs plus détaillés suivront.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] On October 5, 2021, the appellant, Emma Doherty, was sentenced to six Conditional Sentence Orders to run concurrently, the longest being for one year. The Orders were structured such that for the first four months she would be under what is referred to as full house arrest, i.e. to remain in her place of residence at all times, 24 hours a day, and for the remaining eight months to obey an overnight curfew, both with certain narrow exceptions.

[2] Late on the night of October 16, 2021, and one hour later in the early morning of October 17, Ms. Doherty failed to answer the door of her approved residence when a police officer knocked to confirm her presence as required by the Conditional Sentence Orders. As this was seen to constitute an alleged breach of the Orders, a hearing was held on October 25, 2021, before a judge of the Provincial Court.

[3] The sentencing judge (not the judge who had imposed the Orders) rejected Ms. Doherty's evidence explaining why she failed to answer her door at the times in question and determined she had breached her Conditional Sentence Orders. His disposition was full revocation of the Conditional Sentence Orders, stating that "the conditional sentence is fully revoked. Ms. Doherty will be serving the remainder of her sentence in a full custodial setting." In other words, Ms. Doherty was sentenced to a period of incarceration of approximately 11 1/2 months.

[4] Counsel for Ms. Doherty argues that the sentencing judge "erred in principle by failing to consider whether the appellant had rebutted the presumption of full revocation such that a sentence less than full revocation was appropriate in the circumstances." With respect to the presumption of revocation upon breach of a Conditional Sentence Order, see *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61. For a discussion by this Court of the implications of the *Proulx* decision and a finding that such

a presumption is rebuttable, see *Lemire v. R.*, 2014 NBCA 69, 427 N.B.R. (2d) 372, *per Drapeau C.J.N.B.*, as he then was.

[5] The Crown concedes that the sentencing judge’s “failure to turn his mind to this question is an error in principle” and invites appellate intervention:

With the foregoing in mind, the Crown agrees that this Court should conduct a fresh appellate assessment of the application of the presumption of revocation to the particular facts of this case.

[6] We are satisfied the sentencing judge fell into reversible error by not conducting an analysis to determine whether, or not, Ms. Doherty had successfully rebutted any presumption of full revocation of the Conditional Sentence Orders. On that basis, it is the responsibility of this Court to conduct its own analysis. Having done so, we conclude Ms. Doherty has successfully rebutted any presumption of full revocation of her Conditional Sentence Orders.

[7] In our opinion, based on the record before us, a fit sentence would be that Ms. Doherty be incarcerated for four months. Barring any intervening events, we would have further concluded that the Conditional Sentence Orders would resume without change upon Ms. Doherty’s release from her period of incarceration. However, there have been intervening events which impact upon that disposition.

[8] On January 5, 2022, having entered guilty pleas to a series of offences that occurred on October 29, 2020, Ms. Doherty was sentenced to 15 months in jail “consecutive to sentence now being served,” and a number of other consecutive and concurrent sentences for lesser periods of between 15 days and three months. We note that these offences took place approximately one year prior to the imposition of the Conditional Sentence Orders at the heart of this appeal, and for unrelated matters.

[9] Section 742.7(1) of the *Criminal Code* provides as follows:

742.7 (1) If an offender who is subject to a conditional sentence order is imprisoned as a result of a sentence imposed for another offence, whenever committed, the running of the conditional sentence order is suspended during the period of imprisonment for that other offence.	742.7 (1) Lorsque le délinquant faisant l'objet d'une ordonnance de sursis est emprisonné en raison d'une peine infligée pour une autre infraction, quelle que soit l'époque de la perpétration de celle-ci, l'exécution de l'ordonnance en ce qui touche sa durée est suspendue pendant la période d'emprisonnement.
---	---

[10] We are also of the opinion that no useful purpose would be served by requiring Ms. Doherty to comply with the optional conditions as presently set out in the Conditional Sentence Orders after she completes the sentences imposed upon her in January 2022. We would therefore direct, pursuant to s. 742.6(9)(c)(ii), that the Conditional Sentence Orders resume on Ms. Doherty's release with the following changes to the optional conditions set out in Appendix A of said Orders: to remove optional conditions 6, 7, and 8, and to add a new optional condition 6 requiring that Ms. Doherty "Reside at an address approved by the Supervisor."

[11] The application for leave to appeal sentence is allowed. The disposition under appeal, made pursuant to s. 742.6(9)(d) of the *Code*, is varied to provide as follows, pursuant to s. 742.6(9)(c):

- (1) the suspension of the Conditional Sentence Orders from October 25, 2021, to February 25, 2022;
- (2) the appellant to serve a four-month period of incarceration from October 25, 2021, to February 25, 2022; and
- (3) the Conditional Sentence Orders resume immediately upon her release from incarceration, with the following changes to the optional conditions: to remove optional conditions 6, 7, and 8, and to add a new optional condition 6 requiring that Ms. Doherty "Reside at an address approved by the Supervisor."

[12] More detailed reasons to follow.

LA COUR

- [1] Le 5 octobre 2021, six ordonnances de sursis ont été prononcées à l'égard de l'appelante, Emma Doherty, pour diverses peines à purger de façon concurrente, dont la plus longue était d'un an. Elles étaient structurées de manière que, les quatre premiers mois, l'appelante soit astreinte à ce qu'on appelle une détention à domicile complète – elle devait rester dans sa résidence en tout temps, vingt-quatre heures sur vingt-quatre – et que, les huit mois restants, elle ait à observer un couvre-feu nocturne. Des exceptions restreintes étaient prévues dans les deux cas.
- [2] Tard en soirée le 16 octobre 2021, de même qu'une heure après, le matin du 17, M^{me} Doherty n'a pas répondu lorsqu'un policier a frappé à sa porte afin de confirmer qu'elle se trouvait dans le lieu de résidence approuvé, comme le prescrivaient les ordonnances de sursis. Parce qu'on y a vu un manquement aux ordonnances, une audience a eu lieu le 25 octobre 2021 devant un juge de la Cour provinciale pour qu'il se prononce sur le prétendu manquement.
- [3] Le juge chargé de déterminer la peine (qui n'était pas celui qui avait rendu les ordonnances) a rejeté le témoignage de M^{me} Doherty quant aux raisons pour lesquelles elle n'avait pas répondu aux coups frappés à la porte cette nuit-là et jugé qu'elle avait manqué aux ordonnances de sursis. Il a décidé l'entière révocation des ordonnances : [TRADUCTION] « [L]e sursis est entièrement révoqué. M^{me} Doherty purgera le reste de sa peine en milieu carcéral. » En d'autres termes, M^{me} Doherty a été condamnée à un emprisonnement de quelque onze mois et demi.
- [4] L'avocat de M^{me} Doherty avance que le juge a commis [TRADUCTION] « une erreur de principe en n'examinant pas si l'appelante avait réfuté la présomption d'entière révocation, de sorte qu'une sentence moindre que l'entière révocation aurait été appropriée dans les circonstances ». Pour ce qui est de la présomption de révocation en

cas de manquement à une ordonnance de sursis, on pourra se reporter à *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61. On trouvera l'analyse de notre Cour sur les implications de l'arrêt *Proulx*, et sa conclusion à la réfutabilité de la présomption, dans *Lemire c. R.*, 2014 NBCA 69, 427 R.N.-B. (2^e) 372, motifs du juge en chef Drapeau (tel était alors son titre).

[5] Le ministère public concède que [TRADUCTION] « le défaut [du juge chargé de la détermination de la peine] de se pencher sur cette question est une erreur de principe » et invite à une intervention en appel :

[TRADUCTION]

Vu ce qui précède, le ministère public convient que la Cour devrait procéder au réexamen, en appel, de l'application de la présomption de révocation aux faits de l'espèce.

[6] Nous sommes convaincus que le juge chargé de déterminer la peine a commis une erreur justifiant d'infirmer sa décision lorsqu'il a omis de procéder à une analyse pour déterminer si M^{me} Doherty avait réfuté l'éventuelle présomption d'entière révocation des ordonnances de sursis. De ce fait, la responsabilité échoit à notre Cour de procéder à sa propre analyse. Notre analyse menée, nous concluons que M^{me} Doherty a réfuté toute présomption d'entière révocation de ses ordonnances de sursis.

[7] À notre avis, vu le dossier dont nous disposons, une sentence juste aurait condamné M^{me} Doherty à un emprisonnement de quatre mois. Si aucun événement n'était intervenu durant cette période, nous aurions également conclu que les ordonnances de sursis devaient s'appliquer sans modification à compter de la libération de M^{me} Doherty. Or, un événement est intervenu qui influe sur notre décision.

[8] Le 5 janvier 2022, après s'être reconnue coupable d'une série d'infractions perpétrées le 29 octobre 2020, M^{me} Doherty a été condamnée à une peine de quinze mois de prison [TRADUCTION] « à purger consécutivement à la peine en cours », ainsi qu'à d'autres peines consécutives et concurrentes de durée moindre allant de quinze jours à

trois mois. Ces infractions ont eu lieu environ un an avant que les ordonnances de sursis au cœur du présent appel soient prononcées et sont liées à d'autres faits.

[9] Le paragraphe 742.7(1) du *Code criminel* porte ce qui suit :

742.7 (1) If an offender who is subject to a conditional sentence order is imprisoned as a result of a sentence imposed for another offence, whenever committed, the running of the conditional sentence order is suspended during the period of imprisonment for that other offence.	742.7 (1) Lorsque le délinquant faisant l'objet d'une ordonnance de sursis est emprisonné en raison d'une peine infligée pour une autre infraction, quelle que soit l'époque de la perpétration de celle-ci, l'exécution de l'ordonnance en ce qui touche sa durée est suspendue pendant la période d'emprisonnement.
---	---

[10] Nous jugeons, par ailleurs, que rien ne servirait d'exiger de M^{me} Doherty qu'elle se conforme aux conditions facultatives actuelles des ordonnances de sursis une fois purgées les peines infligées en janvier 2022. En conséquence, nous sommes d'avis de prescrire, suivant les ss.-al. 742.6(9)c)(ii), que les ordonnances de sursis s'appliquent à compter de sa libération, avec les modifications suivantes des conditions facultatives énoncées à l'annexe A de ces ordonnances : suppression des conditions facultatives 6, 7 et 8, et adjonction d'une nouvelle condition facultative 6 exigeant que M^{me} Doherty [TRADUCTION] « réside à une adresse ayant été approuvée par l'agent de surveillance ».

[11] La demande d'autorisation d'appel de la peine est accueillie. La décision portée en appel, rendue en vertu de l'al. 742.6(9)d) du *Code*, est modifiée de telle façon qu'elle prescrive, suivant l'al. 742.6(9)c) :

- (1) la suspension des ordonnances de sursis du 25 octobre 2021 au 25 février 2022;
- (2) l'emprisonnement de l'appelante pour une période de quatre mois, du 25 octobre 2021 au 25 février 2022;

- (3) l'application des ordonnances de sursis dès la libération de l'appelante, avec les modifications suivantes des conditions facultatives : suppression des conditions facultatives 6, 7 et 8, et adjonction d'une nouvelle condition facultative 6 exigeant que M^{me} Doherty [TRADUCTION] « réside à une adresse ayant été approuvée par l'agent de surveillance ».

[12]

Des motifs plus détaillés suivront.