COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

153/07/CA

SHANE TIMOTHY VOELLER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Voeller v. R., 2008 NBCA 37

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the
Court of Queen's Bench:
September 27, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 331

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 9, 2008

Judgment rendered:
April 9, 2008

Reasons delivered:
September 25, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee

SHANE TIMOTHY VOELLER

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Voeller c. R., 2008 NBCA 37

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la
Cour du Banc de la Reine :
Le 27 septembre 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 331

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 9 avril 2008

Jugement rendu :
Le 9 avril 2008

Motifs déposés :
Le 25 septembre 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee

Counsel at hearing:

For the appellant:
John M. Henderson

For the respondent:
David W. Schermbrucker

THE COURT

The Attorney General's application for leave to appeal sentence and the appeal are allowed. The term of imprisonment is varied from 24 months to 33.5 months.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
John M. Henderson

Pour l'intimée :
David W. Schermbrucker

LA COUR

La demande d'autorisation du procureur général d'interjeter appel de la peine ainsi que l'appel sont accueillis. La peine d'emprisonnement est modifiée et passe de vingt-quatre à trente-trois mois et demi.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

[1] The sole issue addressed in these reasons is whether a sentencing judge should give a sentencing "credit" for the time an accused person spends observing conditions set out in a judicial interim release order, otherwise known as release on bail. Some courts have held that where the conditions of the release order are strict, often referred to as strict bail conditions, akin to house arrest, appropriate credit can be given and a period of time subtracted from what would otherwise be a fit sentence. However, other courts consider that the impact of bail conditions on an accused should be considered with other mitigating factors to arrive at a fit sentence. The sentencing judge in the present case adopted the former approach and gave Mr. Voeller 9.5 months credit for the time spent on judicial interim release. This is a case of first impression for our Court. For the reasons that follow, I favour the latter approach and would rule that the sentencing judge erred in law in applying such a credit.

[2] On May 16, 2006, Shane Timothy Voeller was convicted of conspiracy to traffic in a controlled substance (cannabis marijuana), an offence set out in s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Instead of attending for his sentencing, he absconded. He was eventually apprehended and, on September 27, 2007, a judge of the Court of Queen's Bench sentenced him to a term of imprisonment of 24 months. The judge also prohibited Mr. Voeller from "possessing any prohibited firearm, restricted firearm, prohibited weapon, prohibited device or prohibited ammunition for life, and from possessing any other firearm for a period of 10 years following his release from imprisonment."

[3] Mr. Voeller appealed his conviction. According to him, the trial judge should have stayed the proceedings following a *voir dire* held to inquire into an alleged violation of his s. 7 *Charter* rights. On April 9, 2008, we expressed substantial agreement with the trial judge's reasons for refusing to stay the proceedings and dismissed Mr. Voeller's appeal. The trial judge's reasons are reported in *R. v. Blizzard (A.J.) et al.*

(2005), 296 N.B.R. (2d) 202, [2005] N.B.J. No. 566 (QL), 2005 NBQB 402. On that same date, we also considered the Attorney General's application for leave to appeal the sentence. Holding that the sentencing judge committed an error of law in applying a credit of 9.5 months against the sentence to account for time Mr. Voeller was subjected to the conditions of a judicial release order, we allowed the application for leave to appeal and the appeal, and we varied the sentence to one of 33.5 months. The order prohibiting Mr. Voeller from possessing firearms and weapons was left undisturbed. At the time, we indicated that supplementary written reasons for varying the sentence would follow in due course. Here are those reasons.

[4] The Attorney General's appeal against sentence raised a single ground:

> That the learned trial judge erred in principle by giving the Respondent a 9½ month "credit" off his sentence of imprisonment in respect of 25 months spent on judicial interim release.

[5] The factual basis upon which Mr. Voeller was sentenced revealed that between June 22 and September 8, 2003, he and others participated in an ongoing conspiracy to traffic marijuana in Saint John, New Brunswick; a conspiracy that ended only with their arrest and the seizure of approximately 40 lbs of marijuana. Mr. Voeller's role in the conspiracy was to find producers, purchase the product, determine the mark up, arrange transportation, insure payment and negotiate the deals. The sentencing judge listed as aggravating factors the fact that this was an ongoing drug conspiracy, that Mr. Voeller showed disregard to the Court and the judicial process by fleeing the jurisdiction and that he has a lengthy criminal record. He considered Mr. Voeller's surrender to the authorities and his initial cooperation with the prosecution as mitigating circumstances.

[6] Mr. Voeller is a 41-year-old recidivist, whose criminal record lists 34 previous convictions, revealing a life of crime that started in 1983 and continued at regular intervals until his arrest. The record shows that the 2003 conspiracy conviction was not Mr. Voeller's first venture in the traffic of controlled substances. It also shows

that various forms of punishment, including a three-year sentence of imprisonment, have not previously been sufficient to deter Mr. Voeller from pursuing a criminal lifestyle.

[7] At the sentencing hearing, Crown counsel submitted that a sentence of imprisonment of 36 months would be justified in the circumstances. Although Mr. Voeller's counsel did not specifically endorse this recommendation, most of the argument at the sentencing hearing focused on the calculation of "credits" the defence argued should be applied to the sentence. Mr. Voeller was seeking "credits" of 2.5 months for his pre-sentencing detention, and 9.5 months for the period during which he had been released on an undertaking that included conditions that he "report to the bail project in Calgary on Mondays and Fridays between the hours of 9 AM and 4 PM" and that he "remain in his residence between the hours of 10 PM and 7 AM daily unless required by an employer to do shift work during those hours." Crown counsel acknowledged that Mr. Voeller should be given credit for the time spent in pre-sentencing detention, but disagreed with Mr. Voeller's contention that a mathematical calculation should be used to credit him for the period of time he was released pending trial on the conditions set out in the undertaking. Crown counsel acknowledged that time spent on bail with strict conditions could be considered as part of the mitigating factors in arriving at an appropriate sentence, adding that this factor had been considered when Crown counsel settled on a submission calling for a sentence of 36 months' imprisonment to be imposed.

[8] The sentencing judge accepted Mr. Voeller's arguments and ruled as follows:

> Mr. Voeller spent five weeks on remand. Accordantly, I allow him a 10 week or 2.5 month sentencing credit for time spent on remand. He spent 25 months on judicial interim release with fairly stringent conditions. With respect to the judicial interim release with conditions of 25 months I allow him a sentencing credit of 9.5 months in this regard, for a total sentencing credit of 12 months.
>
> […]

> Having considered the arguments of counsel; the offender's record; the mitigating and aggravating factors in this case; sentences imposed in similar cases; as well as the amount of time spent on remand and judicial interim release with conditions, the sentence of this Court for Shane Timothy Voeller is as follows: a term of imprisonment of 36 months less the 12 month credit which results in a net sentence of 24 months of imprisonment.

[9] In reaching this conclusion, the sentencing judge relied on *R. v. Wesselby et al.*, 2005 NBQB 339, where the Court stated that, in the circumstances of that particular case, the offender should benefit from a credit equivalent to half the time of the interim release with conditions that had been imposed on the offender. The sentencing judge also relied on three decisions of the Ontario Court of appeal: *R. v. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321 (C.A.), [2006] O.J. No. 555 (QL), *R. v. Panday* (2007), 87 O.R. (3d) 1, [2007] O.J. No. 3377 (QL), 2007 ONCA 598, and *R. v. Ijam* (2007), 87 O.R. (3d) 81, [2007] O.J. No. 3395 (QL), 2007 ONCA 597.

[10] The principal case upon which the sentencing judge relied was *Downes*. In that case, an offender appealed a sentence of 21 months' imprisonment and two years probation following his conviction for a number of serious offences. He maintained that the sentencing judge erred in not considering the impact of stringent pre-trial bail conditions, including a lengthy period of time spent under "house arrest". Mr. Downes had been released on October 21, 2003, on conditions, including ones that he "reside with his surety" and that he "observe a curfew and remain at the house at all times except in the company of his surety." In effect, this last condition did not allow Mr. Downes to leave his surety's home by himself and made him wholly dependent on his surety if he wanted to leave the house. The conditions of Mr. Downes' judicial interim release continued until he was sentenced on May 2, 2005. On two occasions, Mr. Downes breached the conditions, resulting in additional charges and in a sentence of twenty days for having breached the recognizance. On appeal, Mr. Downes argued that his sentence should be reduced to between nine and 12 months to account for the 18 months spent in effective "house arrest" as a result of the stringent bail conditions. While Crown counsel

conceded that a sentencing judge could consider as a mitigating factor time spent on bail under house arrest conditions, she submitted that it was not necessary for a sentencing judge to do so.

[11] The Ontario Court of Appeal determined that "an appropriate credit for the eighteen months spent on bail under house arrest conditions in this case is five months" (para. 46), and therefore allowed the appeal and accordingly reduced Mr. Downes' total term of incarceration. Writing for the Court, Rosenberg J.A. acknowledged the difference between giving credit for pre-sentence custody, on the one hand, and for time spent on bail, on the other. He recognized that s. 719(3) the *Criminal Code* expressly requires a sentencing judge to take the former into account and that there is no statutory provision requiring the same for the latter. He also offered other reasons why the rationale behind s. 719(3) of the *Criminal Code* might not apply to time spent on bail, such as the fact that rehabilitative and treatment options that are often denied an accused in pre-trial custody are usually available to an accused on house arrest, and the fact that the impact of the bail conditions cannot be assumed.

[12] Accepting that some of the "rationales [for giving credit for pre-sentence custody] do not readily apply to time spent on bail, even under stringent conditions such as house arrest" (para. 26), Rosenberg J.A. nevertheless recognized that "some of the same considerations that justify credit for pre-sentence custody apply to an offender who has spent a long time under house arrest" (para. 29), such as the infringement on liberty and the punitive aspect of house arrest.

[13] Referring to a number of cases from trial and appellate courts where some credit was recognized for pre-sentence bail conditions, Rosenberg J.A. concluded, at para. 33, that "time spent under stringent bail conditions, especially under house arrest, must be taken into account as a relevant mitigating circumstance", adding that "like any potential mitigating circumstance, there will be variations in its potential impact on the sentence and the circumstances may dictate that little or no credit should be given for pre-sentence house arrest." At para. 34, Rosenberg J.A. acknowledged "that it is

inappropriate to adopt a rigid formula because there can be such a wide variation in bail conditions and even house arrest conditions", and, at para. 35, he expressed general agreement with the following statement of Conrad J.A. in *R. v. Hilderman* (2005), 371 A.R. 4, [2005] A.J. No. 977 (QL), 2005 ABCA 249 (at para. 20):

> Any rehabilitation during pre-trial house arrest is excellent for society and an objective in sentencing. That does not mean a sentencing judge cannot still impose the sentence he or she deems necessary to comply with all of the sentencing principles, including denunciation at the time of sentencing. The sentencing judge is not required to give a mathematical deduction. The court will merely have to consider what impact the pre-trial house arrest should have on the sentence he or she eventually imposes.

[14] In the end, Rosenberg J.A. concludes as follows, at paras. 36-37:

> Thus, a trial judge faced with an offender who has spent time on bail under house arrest should adopt a flexible approach. In the end, the amount of credit and the manner in which it is taken into account as a mitigating factor is a matter for the trial judge. That factor must be considered along with the myriad of other mitigating and aggravating circumstances that may impact on the sentence in a given case.
>
> In summary, credit for pre-trial bail conditions should be approached in the following manner:
>
> - Time spent on stringent pre-sentence bail conditions, especially house arrest, is a relevant mitigating factor.
>
> - As such, the trial judge must consider the time spent on bail under house arrest in determining the length of sentence.
>
> - The failure of the trial judge to explain why time spent on bail under house arrest has not been taken into account is an error in principle.

- The amount of credit to be given for time spent on bail under house arrest is within the discretion of the trial judge and there is no formula that the judge is required to apply.

- The amount of credit will depend upon a number of factors including, the length of time spent on bail under house arrest; the stringency of the conditions; the impact on the offender's liberty; the ability of the offender to carry on normal relationships, employment and activity.

- Where the offender asks the trial judge to take pre-sentence bail conditions into account, the offender should supply the judge with information as to the impact of the conditions. If there is a dispute as to the impact of the conditions, the onus is on the offender to establish those facts on a balance of probabilities in accordance with s. 724(3) of the Criminal Code.

[15] Rosenberg J.A.'s approach to the consideration to be given to time spent by the accused on judicial interim release has not been without complications. One of these arose in *Panday*, where the sentencing judge sought to give effect to the approach set out in *Downes* and applied a credit to account for lengthy periods the accused individuals had been subjected to strict bail conditions, resulting in sentences that fell short of the mandatory sentences set out in the *Criminal Code* for the offences charged. The strict conditions in issue included a 32-month period when the accused could not leave home for any purpose unless accompanied by a surety. On a Crown appeal against the sentences, the Ontario Court of Appeal was divided. For the majority of the five-member panel, MacPherson J.A. acknowledged that *Downes* "stands for the proposition that a sentencing judge can give credit for the time spent under strict pre-trial bail conditions" but explained that "[i]n *Downes*, the anchor in the reasoning is that credit for strict pre-trial bail is conceptually a mitigating factor". He concluded that that strict bail "is not equivalent to actual incarceration" and cannot constitute a "punishment of imprisonment" that can count towards the minimum sentence that must be imposed on a particular offender. For the minority, Sharpe J.A. disagreed. He would have held that

"where a trial judge is satisfied that time spent under strict conditions of pre-sentence bail is, in substance, the equivalent of a period of actual custody, the trial judge does have the discretion to give some credit for that time towards the calculation of the mandatory minimum sentence" (para. 48). One of the co-accused in *Panday* sought leave to appeal to the Supreme Court of Canada, but her application was dismissed: *R. v. Yue*, [2008] S.C.C.A. No. 20 (QL).

[16] Another glitch with the approach espoused in *Downes* is illustrated in *Ijam*, where the Ontario Court of Appeal was called upon to consider a sentencing judge's failure to explain why time spent on bail under house arrest had not been taken into account, which *Downes* said was an error in principle. In that case, an accused spent five weeks on bail under "house arrest", with exceptions for school or while in the company of his surety, and a further 30 months with a 10:00 p.m. curfew before pleading guilty to and being sentenced for possession of proceeds of crime, possession of instruments of forgery and production of counterfeit money. In sentencing the accused to 21 months' imprisonment to be followed by two years probation, the sentencing judge made no reference to the bail conditions to which the accused had been subjected. Two issues were raised on appeal: whether the trial judge erred in not imposing a conditional sentence and whether he erred by failing to consider the appellant's strict bail conditions.

[17] MacPherson J.A. would have dismissed both grounds of appeal but, because of intervening circumstances that need not be explored here, he was nevertheless disposed to allow the appeal and vary the sentence to a conditional sentence. On the question of credit for the strict pre-trial bail, he refused to accept the appellant's submission that *Downes* stood for the proposition that "'time spent under stringent bail conditions, especially under house arrest, must be taken into account as a relevant mitigating circumstance'" and that "'[i]t is incumbent on the sentencing judge to explain why he or she has decided not to take pre-sentence house arrest into account'" (paras. 26-27). Firstly, he distinguishes *Downes* on its facts, pointing out that in that case a house arrest bail regime remained in place for 18 months whereas in the case on appeal it had consisted of only five weeks. Moreover, unlike the situation in *Downes*, he finds nothing

in the record to "demonstrate that the bail conditions had prejudiced, or imposed undue hardship on, the appellant" (para. 29). Secondly, he concludes that, given all the mitigating factors the sentencing judge did consider and the fact that defence counsel had raised the pre-trial bail issue, the sentencing judge "simply determined that, in the particular circumstances of this case, this factor was outweighed by many competing – and more powerful – considerations" (para. 31). Thus, the sentencing judge's failure to explain was not an error in principle. MacPherson J.A. concludes that "pre-trial bail should not be seen as a compulsory or inflexible mitigating factor" (para. 33). Thirdly, he refers to more recent authority from the Ontario Court of Appeal "that failure by a sentencing judge to refer in his or her reasons to bail conditions does not automatically constitute an error in principle" (para. 34). Finally, and more importantly for the point I wish to make, MacPherson J.A. states as follows, at paras. 36-37:

> Fourth, I do not accept the proposition that bail, even with stringent conditions, and pre-trial custody are to be regarded as equivalents in every case. Put bluntly, bail is not jail. Bail is what an accused person desires to stay out of jail. That is because, at a practical, common sense level known to all accused persons, the pith and substance of bail is liberty, whereas the essence of jail is a profound loss of liberty.
>
> The import of the above reasoning is this: Pre-trial bail and pre-trial custody are very different concepts. Their foundations are different because their realities for accused persons are different. That said, there will be cases - *Downes*, with long-term house arrest bail conditions, is one - where a sentencing judge should give mitigation effect to pre-trial bail. However, there will be many other cases - *Lawes* and *Hunjan* are examples - where this factor should attract little, if any, weight.

[18] Cronk and Gillese JJ.A. agreed with MacPherson J.A.'s reasons on the pre-trial bail issue. However, Simmons J.A. concurred with Sharpe J.A. who, while in agreement that "this case is readily distinguishable from *Downes*" (para. 64), maintained that "*Downes* continues to reflect the law of this province with respect to credit for pre-trial bail conditions, including the proposition that '[t]he failure of the trial judge to

explain why time spent on bail under house arrest has not been taken into account is an error in principle'" (para. 67).

[19] In my view, the majority of the five-member panels who decided *Panday* and *Ijam* have retracted from *Downes* and recognized that pre-trial bail *can*, not *must*, be considered as a mitigating factor. I question whether the practice adopted in *Downes* of applying a credit for pre-trial bail to an otherwise fit sentence survives in Ontario in light of these cases. I note that in a subsequent case, the Ontario Court of Appeal refers to *Downes* but considers pre-trial bail as a mitigating factor instead of applying a sentencing credit: *R. v. Thurairajah* (2008), 89 O.R. (3d) 99, [2008] O.J. No. 460 (QL), 2008 ONCA 91, at para. 38.

[20] Outside of Ontario, the *Downes* credit approach to the consideration to be given for time an accused is subjected to strict bail conditions has not been universally accepted. In particular, the Manitoba Court of Appeal expressly rejected this approach in *R. v. Irvine*, [2008] M.J. No. 79 (QL), 2008 MBCA 34. In that case, the accused had been released on conditions that included a strict curfew, which was shortly thereafter changed to a curfew from 7 p.m. to 5:30 a.m. in order to allow him to pursue his employment. He was subjected to the conditions of the judicial interim release order for 20 months before he was sentenced. Having concluded that a sentence of 30 months' imprisonment would have been appropriate in the circumstances, the sentencing judge then gave the accused a credit of 9 months for the time he had been subjected to the conditions of the release order and therefore passed a sentence of 21 months. The Manitoba Court of Appeal allowed the Crown's appeal and varied the sentence to 30 months. In doing so, Scott C.J.M. reviewed what he described, as "the differing perspectives in two Ontario Court of Appeal decisions, namely, *Ijam* and *Downes*" (para. 19), and concluded, at para. 24, that "[w]hat is clear from *Ijam* and *Downes* is that if any allowance is to be made for pre-trial bail, it will be because the sentencing judge considers it to be a mitigating factor. This is to be contrasted to pre-trial custody […]." At paras. 27 to 31, Scott C.J.M. made observations with which I fully agree and which I therefore find useful to reproduce at length:

The impact of the bail conditions on an accused person are to be "put into the mix" along with other potential mitigating factors such as the relative youth of the accused, the lack of a record, prospects for rehabilitation, remorse, family responsibilities and the like. Unlike the "credit" to be given - after the fit and appropriate sentence has been determined - for time spent in pre-trial custody, any consideration to be given for pre-trial bail occurs at the same time as the sentencing judge considers all of the other mitigating and aggravating factors. Time spent on pre-trial bail, in contrast to pre-trial custody, does not form part of the punishment itself; rather, it forms part of the initial analysis to arrive at the fit and appropriate sentence. There is no potential "credit" to be given in calculating the sentence, as there is under sec. 719(3) of the *Code* for pre-trial custody. It is simply a potential mitigating factor.

As we have seen, there is disagreement between *Ijam* and the majority in *Downes* concerning the obligation of a sentencing judge to explain why no specific recognition is being made of the time spent under house arrest. I agree with the majority in *Ijam* that while it is highly desirable that reasons be given, it should not inevitably be an error in law solely because a sentencing judge makes no explicit reference to it. In my opinion, this conclusion is consistent with the common sense and flexible approach that has been taken with respect to this issue.

It goes without saying that the harsher the bail conditions the more likely that they will affect the sentence. In the circumstances of this case, in my opinion the accused's pre-trial bail conditions should have no effect on his sentence. This is primarily because, as in *Ijam*, there is a virtual absence of evidence as to what substantial hardship, if any, the accused actually suffered. As explained in *Downes* at para. 37, the onus in this regard is upon the accused.

While the accused's counsel referred on a number of occasions at the sentencing hearing and before this court to the "strict" terms of bail constituting "effectively house arrest," no further details with respect to any alleged undue hardship were provided. For bail conditions to be considered as a mitigating factor they must impose significant custodial and penal attributes. As this court said in *R. v. Higgins (K.J.)*, 2001 MBCA 177, 160 Man.R. (2d) 105, when the terms "merely mimic the conditions of

> ordinary life for the accused ... [they] do not contain any punitive sanction" (at para. 17), nor do they if the "house arrest required duplicates the hours when most working people are at home in any case" (at para. 20).
>
> Here the scope of the exceptions to the accused's curfew were not unduly limiting; indeed, they were both flexible and extensive. "House arrest" with conditions such as those present in this case - in the absence of evidence to the contrary from or on behalf of the accused - does not automatically lead to the conclusion that the accused is subject to strict or onerous limitations on his liberty. "Bail is not jail." House arrest may or may not be akin to jail. It depends wholly on the terms of the exceptions. The impact of the particular conditions of bail on the accused must be demonstrated in each instance.

[21] I agree with the proposition that a sentencing judge can, in some cases, consider as a mitigating factor the impact of conditions imposed as part of a judicial interim release order, and that this factor is to be balanced with other mitigating and aggravating factors in arriving at an appropriate sentence in the circumstances of a particular case. I do not subscribe to the view that time spent under stringent bail conditions, even conditions that include house arrest, should be treated in the same manner as pre-sentencing custody and give rise to a credit to be applied against what would otherwise have been a fit sentence.

[22] Section 719(3) of the *Criminal Code* expressly provides that the sentencing judge <u>may</u> take pre-trial custody into account in determining a sentence and Courts have given effect to this provision. However, there is no provision akin to s. 719(3) for the time an accused is subjected to conditions set out in a judicial interim release order. By their very nature, judicial interim release orders are preventive and not punitive. In *R. v. Mathieu*, [2008] S.C.J. No. 21 (QL), 2008 SCC 21, Fish J. observed, at para. 18, that even pre-sentencing custody is, in principle, preventive rather than punitive. To attain its preventive objective, a judicial interim release order must be tailored to the particular circumstances of the particular accused. Thus, the conditions attached to such orders may vary greatly. Moreover, the effect of even identically worded conditions can

vary depending on the particular circumstances of each accused. In other words, conditions that one accused might find onerous might be lenient for another. In some cases, the preventive objective may be achieved with conditions, which, objectively considered, might be seen as lenient, but the effect of these on a particular accused could, subjectively, be quite harsh. The length of the preventive order is another variable that might vary significantly from one case to the next. This is why the conditions of a judicial interim release order will only be considered, as part of the “mix”, as a mitigating factor, if the accused has demonstrated that the conditions imposed upon him had significant custodial and penal consequences.

[23] I agree with the Manitoba Court of Appeal that terms of a release order that "merely mimic the conditions of ordinary life for the accused” or that “duplicates the hours when most working people are at home in any case" do not impose upon an accused significant custodial and penal consequences.

[24] In the present case, Mr. Voeller was released on an undertaking to abide by a 10 p.m. to 7 a.m. curfew and to report twice a week. His conditions of release are a far cry from the virtually total “house arrest” that was considered in *Downes.* Mr. Voeller testified at the sentencing hearing that the reporting requirement interfered with his employment and caused him to lose his job, thereby causing him hardship. The evidence revealed that Mr. Voeller made no attempt to request a variation in the terms of his bail as one would have expected if indeed the reporting condition was interfering with his employment. Considering the preventive nature of the order, it is difficult to conceive that a court would not have been receptive to varying the reporting condition to suit Mr. Voeller’s employment. Surely, there is an onus on an accused in these circumstances to not idly sit by and later be able to argue that conditions, which likely would have been varied if an application had been made, caused him significant consequences so as to warrant being considered a significant mitigating factor.

[25] The standard of review in sentencing cases is well known. It is a standard requiring the appellate court to show great deference: *R. v. R.K.J.* (1998), 207 N.B.R.

(2d) 24 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 483 (QL), at paras. 11-13. In an oft-cited passage, Drapeau C.J.N.B. conveniently summarized it in *R. v. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 N.B.R. (2d) 341, [2003] N.B.J. No. 398 (QL), 2003 NBCA 75, at para. 17:

> […] 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? (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*?

[26] This approach to appellate review of sentencing decisions is consistent with the Supreme Court of Canada jurisprudence, which was recently reviewed in *R. v. L.M.*, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31.

[27] Applying this standard of review in the present case, I am compelled to hold, for the reasons set out above, that the sentencing judge committed an error in law when he applied a credit of 9.5 months so as to reduce Mr. Voeller's sentence of imprisonment to account for the time spent on bail. Such an approach is one that, in my view, is not sanctioned in law.

[28] Because the sentence is the result of an error of law, deference is not warranted and this Court must then impose the sentence that is deemed appropriate in the circumstances: *R. v. Collier (G.E.)* (2006), 303 N.B.R. (2d) 369, [2006] N.B.J. No. 371 (QL), 2006 NBCA 92, at para. 17. In the present case, subject to the "credits" argument, the sentencing judge accepted Crown counsel's recommendation that a sentence of imprisonment of 36 months was appropriate. The base sentence the judge accepted as appropriate and the 2.5 months credit given for the time Mr. Voeller spent in pre-sentencing custody have not been raised as issues in this appeal. In my view, the conditions of Mr. Voeller's judicial interim release were not shown to be very onerous and, in my view, could only minimally feature as a mitigating circumstance in this case.

Taken with other mitigating factors, and weighed against the aggravating elements and the governing sentencing principles, I conclude that the conditions to which Mr. Voeller was subjected during his judicial interim release have no impact on the 36 months' imprisonment that was recommended by Crown counsel. As a result, I would vary the sentence to the extent of correcting the error of law pursuant to which the sentencing judge gave Mr. Voeller a 9.5 month credit for the time spent on bail.

[29] It is for these reasons that I was of the view that the Attorney General's application for leave to appeal and the appeal be allowed and the sentence be varied from 24 months to 33.5 months of imprisonment. I would not disturb any of the other features of the original sentence.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE RICHARD

[1] La seule question examinée dans les présents motifs est celle de savoir si le juge chargé de la détermination de la peine doit accorder une « réduction de peine » pour tenir compte de la période pendant laquelle l'accusé a observé des conditions énoncées dans une mise en liberté provisoire par voie judiciaire, aussi connue sous le nom de mise en liberté sous caution. Certains tribunaux ont statué que lorsque les conditions de l'ordonnance de mise en liberté sont sévères, c'est-à-dire que la mise en liberté sous caution est assortie de conditions rigoureuses, par exemple la détention à domicile, il leur est loisible d'accorder une réduction de peine appropriée et de soustraire une période de temps de ce qui serait par ailleurs une peine convenable. Toutefois, d'autres tribunaux estiment que l'incidence des conditions de la mise en liberté sous caution sur l'accusé doit être prise en compte au même titre que d'autres circonstances atténuantes pour en arriver à une peine convenable. En l'espèce, le juge chargé de la détermination de la peine a retenu la première approche et a accordé une réduction de peine de neuf mois et demi à M. Voeller pour la période passée en liberté provisoire. Il s'agit, pour notre Cour, d'une question inédite. Pour les motifs qui suivent, je favorise la deuxième approche et je suis d'avis de statuer que le juge qui a déterminé la peine a commis une erreur en accordant la réduction de peine en question.

[2] Le 16 mai 2006, Shane Timothy Voeller a été déclaré coupable de complot en vue de faire le trafic d'une substance désignée (cannabis (marihuana)), infraction prévue à l'al. 465(1)*c*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Au lieu d'assister au prononcé de sa sentence, il s'est enfui. Il a finalement été appréhendé et le 27 septembre 2007, un juge de la Cour du Banc de la Reine l'a condamné à un emprisonnement de vingt-quatre mois. Le juge a également interdit à M. Voeller [TRADUCTION] « d'avoir en sa possession des armes à feu prohibées, des armes à feu à autorisation restreinte, des armes prohibées, des dispositifs prohibés et munitions prohibées, et ce, à perpétuité, et d'avoir en sa possession toute autre arme à feu pendant une période de dix ans commençant à la date de sa remise en liberté ».

[3] M. Voeller a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. Selon lui, le juge du procès aurait dû suspendre l'instance à la suite d'un voir-dire tenu afin d'examiner une prétendue violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Le 9 avril 2008, nous avons dit souscrire, pour l'essentiel, aux motifs pour lesquels le juge du procès a refusé de suspendre l'instance et avons rejeté l'appel de M. Voeller. Les motifs du juge du procès sont publiés dans la décision *R. c. Blizzard (A.J.) et al.* (2005), 296 R.N.-B. (2e) 202, [2005] A.N.-B. no 566 (QL), 2005 NBBR 402. Le même jour, nous avons également examiné la demande du procureur général en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel de la sentence. Puisque nous avons statué que le juge chargé de la détermination de la peine a commis une erreur de droit en accordant une réduction de peine de neuf mois et demi pour tenir compte de la période pendant laquelle M. Voeller a été assujetti aux conditions d'une mise en liberté provisoire par voie judiciaire, nous avons accueilli la demande en autorisation d'appel ainsi que l'appel et avons modifié la peine, la portant à trente-trois mois et demi. Nous n'avons pas modifié l'ordonnance qui interdisait à M. Voeller d'avoir en sa possession des armes à feu ou d'autres armes. À ce moment-là, nous avions précisé que nous déposerions, en temps utile, des motifs écrits supplémentaires en ce qui concernait notre décision de modifier la peine. Voici ces motifs.

[4] Dans l'appel qu'il interjette de la peine, le procureur général a invoqué un seul motif :

> [TRADUCTION]
> L'éminent juge du procès a commis une erreur de principe en accordant à l'intimé une « réduction de peine » de neuf mois et demi pour tenir compte des vingt-cinq mois qu'il a passés en liberté provisoire.

[5] Les faits qui ont donné lieu à la condamnation de M. Voeller révèlent qu'entre le 22 juin et le 8 septembre 2003, il a participé, ainsi que d'autres personnes, à un complot continu de trafic de marihuana à Saint John, au Nouveau-Brunswick, complot qui n'a pris fin qu'au moment de leur arrestation et avec la saisie d'environ quarante

livres de marihuana. Dans le cadre de ce complot, le rôle de M. Voeller avait consisté à trouver des producteurs, acheter le produit, déterminer la marge bénéficiaire, prendre des mesures en vue du transport, garantir le paiement et négocier les transactions. Le juge qui a déterminé la peine a inscrit au nombre des circonstances aggravantes le fait qu'il s'agissait d'un complot continu lié au trafic de drogue, que M. Voeller avait déconsidéré la Cour et le processus judiciaire en s'enfuyant de la province et qu'il a un casier judiciaire bien chargé. Il a considéré comme des circonstances atténuantes le fait que M. Voeller s'était livré à la police et qu'il avait coopéré, au départ, avec le poursuivant.

[6] M. Voeller est un récidiviste âgé de quarante et un ans dont le casier judiciaire comprend trente-quatre déclarations de culpabilité antérieures qui montrent qu'il a commencé à vivre dans la criminalité en 1983 et qu'il a persisté dans ce mode de vie à intervalles réguliers jusqu'à son arrestation. Le dossier montre que la déclaration de culpabilité pour complot prononcée en 2003 n'était pas la première incursion de M. Voeller dans le trafic de substances désignées. Il montre également que différentes formes de châtiment, dont un emprisonnement de trois ans, n'ont jusqu'à maintenant pas été suffisantes pour dissuader M. Voeller de persister dans un mode de vie marqué au sceau de la délinquance.

[7] À l'audience sur la détermination de la peine, le substitut du procureur général a fait valoir qu'un emprisonnement de trente-six mois serait une peine justifiée dans les circonstances. Bien que l'avocat de M. Voeller n'ait pas expressément souscrit à cette recommandation, la plus grande partie de l'argumentation présentée à l'audience sur la détermination de la peine a porté sur la calcul de la « réduction de peine » qui, selon ce que prétendait la défense, devait être accordée en l'espèce. M. Voeller sollicitait une « réduction de peine » de deux mois et demi pour la période de détention présentencielle et de neuf mois et demi pour la période pendant laquelle il avait été mis en liberté sur remise d'un engagement qui comprenait des conditions portant qu'il devait [TRADUCTION] « se présenter au projet de surveillance des personnes en liberté sous caution à Calgary, les lundis et vendredis, entre 9 heures et 16 heures » et [TRADUCTION] « rester chez lui entre 22 heures et 7 heures tous les jours à moins

qu'un employeur n'exige qu'il effectue un travail posté pendant ces heures ». Le substitut du procureur général a reconnu que M. Voeller devait obtenir une réduction de peine pour la période de détention présentencielle, mais a contesté la prétention de ce dernier selon laquelle la réduction de peine qu'il y avait lieu de lui accorder pour la période pendant laquelle il avait été mis en liberté en attendant son procès aux conditions mentionnées dans l'engagement devait être établie au moyen d'un calcul mathématique. Le substitut du procureur général a reconnu que la période passée en liberté sous caution à des conditions sévères pouvait être considérée comme un des facteurs atténuants aux fins d'en arriver à une peine convenable et a ajouté que ce facteur avait été pris en compte lorsqu'il, le substitut, avait convenu d'une recommandation selon laquelle il y avait lieu d'infliger une peine d'emprisonnement de trente-six mois.

[8] Le juge chargé de la détermination de la peine s'est rangé aux arguments de M. Voeller et a rendu la décision suivante :

> [TRADUCTION]
> M. Voeller a passé cinq semaines sous garde. En conséquence, je réduis sa peine de dix semaines, soit deux mois et demi, pour le temps passé sous garde. Il a été mis en liberté provisoire par voie judiciaire pour une période de vingt-cinq mois et, pendant ce temps, il a été soumis à des conditions assez sévères. À cet égard, je réduis sa peine de neuf mois et demi. J'accorde donc au total une réduction de la peine de douze mois.
>
> […]
>
> Ayant tenu compte des arguments des avocats, du casier judiciaire du délinquant, des facteurs atténuants et aggravants en l'espèce, des peines infligées dans des cas semblables ainsi que du temps passé sous garde et de la période de mise en liberté par voie judiciaire assortie de conditions, notre Cour inflige à Shane Timothy Voeller une peine d'emprisonnement de 36 mois moins 12 mois, ce qui équivaut à une peine d'emprisonnement nette de 24 mois.

[9] Lorsqu'il a tiré cette conclusion, le juge qui a déterminé la peine s'est appuyé sur la décision *R. c. Wesselby et al.*, 2005 NBBR 339, où la Cour a dit que dans les circonstances de l'espèce, le délinquant devait se voir accorder une réduction de peine équivalant à la moitié de la période de mise en liberté provisoire assortie de conditions à laquelle le délinquant avait été soumis. Le juge qui a déterminé la peine s'est également appuyé sur trois arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario : *R. c. Downes* (2006), 79 O.R. (3d) 321 (C.A.), [2006] O.J. No. 555 (QL), *R. c. Panday* (2007), 87 O.R. (3d) 1, [2007] O.J. No. 3377 (QL), 2007 ONCA 598, et *R. c. Ijam* (2007), 87 O.R. (3d) 81, [2007] O.J. No. 3395 (QL), 2007 ONCA 597.

[10] La principale instance sur laquelle s'est appuyé le juge chargé de la détermination de la peine est l'arrêt *Downes*. Dans cette affaire, un délinquant avait interjeté appel d'une peine d'emprisonnement de vingt et un mois et d'une probation de deux ans qui lui avaient été infligées après qu'il eut été déclaré coupable d'un certain nombre d'infractions graves. Il avait prétendu que le juge chargé de la détermination de la peine avait commis une erreur en ne tenant pas compte de l'incidence des conditions sévères auxquelles il avait été soumis dans le cadre de sa mise en liberté sous caution avant le procès, dont une longue période de « détention à domicile ». M. Downes avait été mis en liberté, le 21 octobre 2003, à certaines conditions, dont celles voulant qu'il [TRADUCTION] « habite chez sa caution » et qu'il [TRADUCTION] « respecte un couvre-feu et reste à la maison en tout temps sauf s'il [était] accompagné de sa caution ». En fait, étant donné cette dernière condition, M. Downes ne pouvait pas quitter seul le domicile de sa caution et il dépendait entièrement de sa caution s'il voulait quitter la maison. Les conditions de la mise en liberté provisoire par voie judiciaire de M. Downes étaient restées en vigueur jusqu'au prononcé de sa sentence, le 2 mai 2005. M. Downes avait manqué à ces conditions à deux reprises, ce qui avait donné lieu au dépôt d'accusations additionnelles et à une peine de vingt jours pour avoir manqué à l'engagement donné. En appel, M. Downes a prétendu que sa peine devait être ramenée à une peine se situant entre neuf et douze mois pour tenir compte des dix-huit mois effectivement passés en « détention à domicile » par suite des conditions sévères de la mise en liberté sous caution. Bien que la substitut du procureur général ait reconnu que le

juge chargé de la détermination de la peine pourrait considérer la période pendant laquelle le délinquant a été détenu à domicile dans le cadre de sa mise en liberté sous caution comme un facteur atténuant, elle a fait valoir qu'il n'était pas obligatoire qu'il le fasse.

[11] La Cour d'appel de l'Ontario a déterminé que la [TRADUCTION] « réduction de peine qu'il y a lieu d'accorder pour les dix-huit mois passés en détention à domicile pendant la période de mise en liberté sous caution en l'espèce est de cinq mois » (au par. 46), de telle sorte qu'elle a accueilli l'appel et a réduit en conséquence la peine d'emprisonnement totale de M. Downes. Le juge d'appel Rosenberg, qui rendait jugement au nom de la Cour, a reconnu la différence entre le fait d'accorder une réduction de peine pour la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence, d'une part, et pour la période passée en liberté sous caution, de l'autre. Il a reconnu que le par. 719(3) du *Code criminel* oblige expressément le juge chargé de la détermination de la peine à prendre en compte la première, mais qu'il n'existe aucune disposition législative prescrivant la même chose pour la deuxième. Il a également donné d'autres motifs expliquant pourquoi le raisonnement qui sous-tend le par. 719(3) du *Code criminel* pourrait ne pas s'appliquer à la période passée en liberté sous caution, notamment le fait que les possibilités de réinsertion et de traitement qui sont souvent refusées à l'accusé qui est détenu sous garde avant le procès sont habituellement offertes à l'accusé qui est en détention à domicile et le fait que l'incidence des conditions de la mise en liberté sous caution ne peut être présumée.

[12] Après avoir reconnu que certaines des [TRADUCTION] « justifications [de la réduction de peine pour la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence] ne s'appliquent pas d'emblée à la période passée en liberté sous caution, même dans des conditions sévères comme la détention à domicile » (au par. 26), le juge d'appel Rosenberg a néanmoins reconnu que [TRADUCTION] « certaines des considérations qui justifient la réduction de peine pour la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence s'appliquent au délinquant qui a passé une longue période en détention à

domicile » (au par. 29), savoir notamment, l'atteinte à la liberté et l'aspect punitif de la détention à domicile.

[13] Se reportant à un certain nombre de décisions rendues par des tribunaux de première instance et des cours d'appel dans lesquelles une certaine réduction de peine avait été accordée au titre des conditions de la mise en liberté sous caution présentencielle, le juge d'appel Rosenberg a conclu, au par. 33, qu'il [TRADUCTION] « faut prendre en considération la période pendant laquelle un délinquant a été soumis à des conditions sévères, en particulier la détention à domicile, dans le cadre de sa mise en liberté sous caution, puisqu'il s'agit d'une circonstance atténuante pertinente », ajoutant que [TRADUCTION] « comme dans le cas de toute circonstance atténuante potentielle, son éventuelle incidence sur la peine sera variable et il se peut que les circonstances prescrivent qu'il y a lieu de n'accorder qu'une faible réduction de peine ou aucune réduction de peine pour la période de détention à domicile présentencielle ». Au par. 34, le juge d'appel Rosenberg a reconnu [TRADUCTION] « qu'il est contre-indiqué d'adopter une formule rigide parce que les conditions de la mise en liberté sous caution et même celles de la détention à domicile peuvent varier énormément », puis, au par. 35, il a dit souscrire dans l'ensemble aux propos suivants que le juge d'appel Conrad a tenus au par. 20 de l'arrêt *R. c. Hilderman (A.E.D.)* (2005), 371 A.R. 4, [2005] A.J. No. 977 (QL), 2005 ABCA 249 :

> [TRADUCTION]
> La réinsertion sociale qui peut avoir lieu pendant la détention à domicile avant le procès est excellente pour la société et elle est un des objectifs de la détermination de la peine. Cela ne signifie pas que le juge chargé de déterminer la peine ne peut pas infliger malgré tout la peine qu'il estime appropriée pour se conformer à tous les principes de détermination de la peine, y compris la dénonciation, au moment de la détermination de la peine. Le juge chargé de déterminer la peine n'est pas tenu d'accorder une réduction mathématique. La Cour devra simplement évaluer l'incidence que devrait avoir la détention à domicile avant le procès sur la peine qu'elle infligera au bout du compte.

[14] Finalement, le juge d'appel Rosenberg a tiré la conclusion suivante aux par. 36 et 37 :

> [TRADUCTION]
> Ainsi, le juge du procès qui a devant lui un contrevenant qui a passé du temps en détention à domicile dans le cadre de sa mise en liberté sous caution devrait adopter une attitude souple. Au bout du compte, la réduction de peine accordée et la façon dont la détention est prise en compte à titre de facteur atténuant est une question qui relève du juge du procès. Ce facteur doit être pris en compte au même titre que la multitude d'autres circonstances atténuantes et aggravantes qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur la peine dans une instance donnée.
>
> Bref, la réduction de la peine pour tenir compte des conditions de la mise en liberté sous caution avant le procès doit tenir compte des principes suivants :
>
> - Le temps pendant lequel un délinquant a été soumis à des conditions sévères, en particulier la détention à domicile, dans le cadre de sa mise en liberté sous caution présentencielle est un facteur atténuant pertinent.
>
> - À ce titre, pour déterminer la durée de la peine, le juge du procès doit tenir compte du temps passé en détention à domicile pendant la période de mise en liberté sous caution.
>
> - L'omission de la part du juge du procès d'expliquer pourquoi il n'a pas tenu compte du temps passé en détention à domicile pendant la période de mise en liberté sous caution constitue une erreur de principe.
>
> - La portée de la réduction de la peine pour le temps passé en détention à domicile pendant la période de mise en liberté sous caution relève d'un pouvoir discrétionnaire du juge du procès; il n'y a pas de formule fixe que le juge doit appliquer.
>
> - La portée de la réduction de la peine dépend de plusieurs facteurs, notamment de la durée de la détention à domicile pendant la période de mise en liberté sous caution, de la sévérité des conditions,

des conséquences sur la liberté du délinquant et de la capacité du délinquant d'entretenir des relations, d'avoir un emploi et d'accomplir des activités normalement.

- Le délinquant qui demande au juge du procès de tenir compte des conditions de sa mise en liberté sous caution présentencielle devrait lui fournir des renseignements quant aux conséquences des conditions. Si les conséquences des conditions sont contestées, il appartient au délinquant d'établir les faits par une preuve prépondérante, conformément au par. 724(3) du *Code criminel*.

[15] L'approche retenue par le juge d'appel Rosenberg en ce qui concerne la façon dont il faut prendre en compte la période que l'accusé a passée en liberté provisoire n'a pas été sans susciter certaines complications. Une de ces complications s'est fait jour dans l'affaire *Panday*, où la juge chargée de la détermination de la peine avait cherché à donner suite à l'approche énoncée dans l'arrêt *Downes* et avait accordé une réduction de peine pour tenir compte des longues périodes pendant lesquelles les accusés avaient été soumis à des conditions rigoureuses dans le cadre de leur mise en liberté sous caution, ce qui avait donné lieu à des peines qui étaient inférieures aux peines obligatoires énoncées dans le *Code criminel* pour les infractions imputées. Les conditions en question comprenaient notamment une période de trente-deux mois au cours de laquelle les accusés n'avaient pu sortir de chez eux sous aucun prétexte à moins d'être accompagnés par une caution. Lors d'un appel des peines qu'a interjeté le ministère public, la Cour d'appel de l'Ontario était divisée. Le juge d'appel MacPherson, qui s'exprimait au nom de la majorité d'une formation composée de cinq juges, a reconnu que l'arrêt *Downes* [TRADUCTION] « appuie la proposition voulant qu'il soit loisible au juge chargé de la détermination de la peine de réduire la peine pour tenir compte du temps pendant lequel le délinquant a été soumis à des conditions sévères de mise en liberté sous caution avant le procès » mais a expliqué que [TRADUCTION] « [d]ans cette affaire, la pierre angulaire du raisonnement de la Cour est que, sur le plan conceptuel, le crédit pour la période pendant laquelle le délinquant a été soumis à des conditions sévères dans le cadre de sa mise en liberté sous caution avant le procès est un facteur atténuant ». Il a conclu

que la mise en liberté sous caution assortie de conditions sévères [TRADUCTION] « n'équivaut pas à un emprisonnement proprement dit » et ne peut constituer une [TRADUCTION] « peine [d'emprisonnement] » qui peut compter comme une partie de la peine minimale qui doit être infligée au délinquant. Le juge d'appel Sharpe, qui s'exprimait au nom de la minorité, n'a pas souscrit à ces conclusions. Il était d'avis de statuer que [TRADUCTION] « lorsque le juge du procès est convaincu que la période pendant laquelle le délinquant a été soumis à des conditions sévères de mise en liberté sous caution présentencielle équivaut, essentiellement, à une période réellement passée sous garde, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de prendre cette période en compte lors du calcul de la peine minimale obligatoire » (au par. 48). Une des personnes coaccusées dans l'affaire *Panday* a demandé l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada mais sa demande a été rejetée : *R. c. Yue*, [2008] C.S.C.R. n° 20 (QL).

[16] Un autre des problèmes auxquels donne lieu l'approche retenue dans l'arrêt *Downes* est illustré dans l'affaire *Ijam*, dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a été amenée à examiner l'omission d'un juge chargé de la détermination de la peine d'expliquer pourquoi le temps passé en détention à domicile dans le cadre de la liberté sous caution n'avait pas été pris en compte, ce qui, selon l'arrêt *Downes*, constituait une erreur de principe. Dans cette affaire, l'accusé avait passé cinq semaines en « détention à domicile » dans le cadre de sa liberté sous caution, sauf lorsqu'il devait se rendre à l'école ou qu'il se trouvait en compagnie de sa caution, et avait été soumis pendant une période supplémentaire de trente mois à une heure de rentrée fixée à 22 heures, avant de plaider coupable à des accusations de possession de produits de la criminalité, possession d'instruments devant servir à commettre un faux et production de monnaie contrefaite, infractions pour lesquelles il avait reçu sa sentence. En condamnant l'accusé à un emprisonnement de vingt et un mois, suivi de deux années de probation, le juge chargé de la détermination de la peine n'avait pas mentionné les conditions de la liberté sous caution auxquelles l'accusé avait été astreint. Deux questions ont été soulevées en appel : celle de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en n'infligeant pas un emprisonnement avec sursis et celle de savoir s'il avait commis une erreur en ne tenant

pas compte des conditions rigoureuses auxquelles l'appelant avait été soumis dans le cadre de sa liberté sous caution.

[17] Le juge d'appel MacPherson était d'avis de rejeter les deux moyens d'appel mais, en raison de circonstances nouvelles qu'il est inutile d'exposer ici, il était néanmoins disposé à accueillir l'appel et à modifier la peine pour en faire un emprisonnement avec sursis. Sur la question de la réduction de peine pour les conditions sévères de la liberté sous caution avant le procès, il a refusé de souscrire à la prétention de l'appelant selon laquelle l'arrêt *Downes* appuyait la proposition selon laquelle il [TRADUCTION] « faut prendre en considération la période pendant laquelle un délinquant a été soumis à des conditions sévères, en particulier la détention à domicile, dans le cadre de sa mise en liberté sous caution, puisqu'il s'agit d'une circonstance atténuante pertinente » et [TRADUCTION] « [i]l incombe au juge chargé de la détermination de la peine d'expliquer pourquoi il a décidé de ne pas tenir compte de la période de détention à domicile présentencielle » (aux par. 26 et 27). En premier lieu, il a écarté l'arrêt *Downes* parce que différent sur le plan des faits, soulignant que dans cette affaire, le régime de détention à domicile dans le cadre de la liberté provisoire était resté en vigueur pendant dix-huit mois alors que dans l'instance qui faisait l'objet de l'appel, la détention à domicile n'avait duré que cinq semaines. De plus, contrairement à la situation qui existait dans l'affaire *Downes*, il ne voyait rien dans le dossier qui [TRADUCTION] « établiss[ait] que les conditions de la liberté sous caution avaient porté préjudice à l'appelant ou lui avaient imposé une contrainte excessive » (au par. 29). En second lieu, il a conclu qu'étant donné l'ensemble des facteurs atténuants dont le juge chargé de la détermination de la peine avait tenu compte et le fait que l'avocate de la défense avait soulevé la question de la période de liberté sous caution avant le procès, le juge chargé de la détermination de la peine avait [TRADUCTION] « simplement estimé que, dans les circonstances de l'instance, plusieurs considérations rivales - et plus puissantes - l'emportaient sur ce facteur » (au par. 31). Par conséquent, l'omission du juge chargé de la détermination de la peine de donner des explications ne constituait pas une erreur de principe. Le juge d'appel MacPherson a conclu que [TRADUCTION] « la mise en liberté sous caution avant le procès ne devrait pas être considérée comme une circonstance

atténuante obligatoire ou rigide » (au par. 33). En troisième lieu, il s'est reporté à un arrêt plus récent de la Cour d'appel de l'Ontario où il a été statué que [TRADUCTION] « l'omission du juge chargé de la détermination de la peine de mentionner dans ses motifs les conditions dont s'accompagnait la mise en liberté sous caution ne constitue pas automatiquement une erreur de principe » (au par. 34). Finalement, et chose plus importante pour l'élément essentiel auquel je veux en venir, le juge MacPherson a dit ce qui suit, aux par. 36 et 37 :

> [TRADUCTION]
> En quatrième lieu, je ne souscris pas à la proposition selon laquelle la mise en liberté sous caution, même assortie de conditions rigoureuses, et la détention préventive doivent être considérées comme équivalentes dans tous les cas. Pour dire les choses carrément, la liberté sous caution n'est la prison. La mise en liberté sous caution est ce qu'un accusé désire obtenir pour ne pas aller en prison. Il en est ainsi parce que suivant un certain sens pratique et un certain bon sens qui est commun à tous les accusés, l'essence même de la mise en liberté sous caution est la liberté alors que l'essence de l'emprisonnement est une réelle perte de liberté.
>
> La signification du raisonnement qui précède est la suivante : la mise en liberté sous caution avant le procès et la détention préventive sont des concepts très différents. Leurs fondements sont différents parce que les réalités qu'elles supposent pour les accusés sont différentes. Cela dit, il y a des cas - l'affaire *Downes*, dans laquelle la mise en liberté sous caution était assortie de conditions prévoyant une détention à domicile à long terme, en est un - où le juge qui détermine la peine devrait reconnaître un effet atténuant à la période de liberté sous caution avant le procès. Toutefois, il y a de nombreux autres cas - les affaires *Lawes* et *Hunjan* en sont des exemples - où il ne devrait reconnaître que peu d'importance à ce facteur, si tant est qu'il doive lui en reconnaître.

[18] Les juges d'appel Cronk et Gillese ont souscrit aux motifs du juge d'appel MacPherson sur la question de la mise en liberté sous caution avant le procès. Toutefois, la juge d'appel Simmons a souscrit aux motifs du juge d'appel Sharpe, lequel, tout en

reconnaissant que [TRADUCTION] « la présente instance est d'emblée différente de l'affaire *Downes* » (au par. 64), a soutenu que [TRADUCTION] « la décision *Downes* continue de refléter le droit de notre province en ce qui a trait à la réduction d'une peine pour tenir compte des conditions d'une mise en liberté sous caution avant le procès, y compris la proposition selon laquelle '[l]'omission de la part du juge du procès d'expliquer pourquoi il n'a pas tenu compte du temps passé en détention à domicile pendant la période de mise en liberté sous caution constitue une erreur de principe' » (au par. 67).

[19] À mon avis, les formations composées de cinq juges qui ont tranché les affaires *Panday* et *Ijam* se sont écartées, à la majorité, de l'arrêt *Downes* et ont reconnu que la mise en liberté sous caution avant le procès *peut*, et non pas *doit*, être prise en compte comme facteur atténuant. Je ne suis pas certain que la démarche adoptée dans l'arrêt *Downes* qui consiste à prendre en compte le temps passé en liberté sous caution avant le procès et à réduire une peine par ailleurs convenable survive en Ontario à la lumière de ces arrêts. Je souligne que dans un arrêt subséquent, la Cour d'appel de l'Ontario s'est reportée à l'arrêt *Downes* mais a considéré la mise en liberté sous caution avant le procès comme un facteur atténuant au lieu d'accorder une réduction de peine en conséquence : *R. c. T. (K.)* (2008), 89 O.R. (3d) 99, [2008] O.J. No. 460 (QL), 2008 ONCA 91, au par. 38.

[20] À l'extérieur de l'Ontario, l'approche adoptée dans l'arrêt *Downes* en ce qui concerne la réduction de peine consécutive à la prise en compte de la période pendant laquelle l'accusé a été soumis à des conditions sévères dans le cadre de sa mise en liberté sous caution n'a pas été universellement acceptée. Plus précisément, la Cour d'appel du Manitoba a expressément rejeté cette approche dans l'arrêt *R. c. Irvine*, [2008] M.J. No. 79 (QL), 2008 MBCA 34. Dans cette affaire, l'accusé avait été mis en liberté à certaines conditions dont un couvre-feu très strict, lequel avait été modifié peu après et ramené à un couvre-feu de 19 heures à 5 h 30 afin qu'il puisse exercer son emploi. Il avait été soumis aux conditions de la mise en liberté provisoire par voie judiciaire pendant vingt mois avant de recevoir sa sentence. Après avoir conclu qu'un emprisonnement de trente

mois aurait été approprié dans les circonstances, le juge chargé de la détermination de la peine avait ensuite accordé à l'accusé une réduction de peine de neuf mois pour la période pendant laquelle il avait été soumis aux conditions de l'ordonnance de mise en liberté et lui avait donc infligé une peine de vingt et un mois. La Cour d'appel du Manitoba a fait droit à l'appel du ministère public et a porté la peine à trente mois. Ce faisant, le juge Scott, juge en chef du Manitoba, a examiné ce qu'il a appelé [TRADUCTION] « les perspectives divergentes adoptées dans deux décisions de la Cour d'appel de l'Ontario, savoir les arrêts *Ijam* et *Downes* » (au par. 19), et a conclu, au par. 24, que [TRADUCTION] « [c]e qui ressort clairement des arrêts *Ijam* et *Downes*, c'est que si la période de liberté sous caution avant le procès doit être prise en compte, ce sera parce que le juge qui détermine la peine estime qu'il s'agit là d'un facteur atténuant. Cela doit être mis en contraste avec la détention préventive […] ». Aux par. 27 à 31, le juge en chef Scott a fait des observations auxquelles je souscris entièrement et que j'estime donc utile de reproduire intégralement :

> [TRADUCTION]
> Les conséquences des conditions de la mise en liberté sous caution de l'accusé doivent être « incorporées dans un ensemble de facteurs » qui comprend d'autres circonstances atténuantes éventuelles comme la jeunesse relative de l'accusé, l'absence d'antécédents judiciaires, les possibilités de réinsertion sociale, les remords, les responsabilités familiales et autres facteurs du même ordre. Contrairement à la « réduction de peine » qu'il y a lieu d'accorder - après que la peine juste et appropriée a été déterminée - pour la période passée sous garde avant le procès, la prise en compte, le cas échéant, de la période passée en liberté sous caution avant le procès se fait en même temps que le juge chargé de la détermination de la peine examine les autres circonstances atténuantes et aggravantes. La période passée en liberté sous caution avant le procès, contrairement à la détention préventive, ne fait pas partie du châtiment lui-même; elle fait plutôt partie de l'analyse initiale qu'il faut effectuer pour en arriver à la peine juste et appropriée. Il n'y a pas de « réduction de peine » susceptible d'être accordée lors du calcul de la peine comme c'est le cas, en vertu du par. 719(3) du *Code*, en ce qui concerne la détention préventive. Il s'agit tout simplement d'une circonstance atténuante éventuelle.

Comme nous l'avons vu, il y a une divergence entre l'arrêt *Ijam* et la décision de la majorité dans l'arrêt *Downes* en ce qui concerne l'obligation du juge chargé de la détermination de la peine d'expliquer pourquoi il ne tient pas expressément compte de la période passée en détention à domicile. Je suis d'accord avec les juges majoritaires dans l'arrêt *Ijam* pour conclure que bien qu'il soit éminemment souhaitable que ces motifs soient donnés, le fait que le juge chargé de la détermination de la peine n'en fasse pas explicitement mention ne devrait pas inévitablement constituer une erreur de droit. J'estime que cette conclusion est compatible avec l'approche fondée sur le bon sens et la souplesse qui a été adoptée en ce qui concerne cette question.

Il va sans dire que plus les conditions de la mise en liberté sous caution sont sévères, plus il est probable qu'elles auront une incidence sur la peine. Dans les circonstances qui nous occupent en l'espèce, je suis d'avis que les conditions dont s'est accompagnée la mise en liberté sous caution de l'accusé avant le procès ne devraient avoir aucune incidence sur la peine qui lui est infligée. La raison principale en est que tout comme dans l'affaire *Ijam*, il n'y a presque aucun élément de preuve établissant quel préjudice grave, le cas échéant, l'accusé a réellement subi. Comme la Cour l'a expliqué au par. 37 de l'arrêt *Downes*, c'est à l'accusé qu'incombe la charge de la preuve à cet égard.

Bien que les avocats de l'accusé aient mentionné un certain nombre de fois, à l'audience sur la détermination de la peine et devant notre Cour, que les conditions « strictes » de la mise en liberté sous caution ont « effectivement » constitué une « détention à domicile », aucun détail supplémentaire concernant un quelconque préjudice excessif n'a été fourni. Pour que les conditions de la mise en liberté sous caution puissent être considérées comme une circonstance atténuante, elles doivent comporter d'importants attributs punitifs et privatifs de liberté. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *R. c. Higgins (K.J.)*, 2001 MBCA 177, 160 Man.R. (2d) 105, lorsque les conditions imposées « ne font qu'imiter les conditions de la vie ordinaire aux yeux de l'accusé ... [elles] ne contiennent aucune sanction punitive » (au par. 17) et elles n'en contiennent pas non plus si la « détention à domicile

> requise a lieu aux heures où la plupart des personnes qui travaillent sont chez elles de toute façon » (au par. 20).
>
> En l'espèce, l'étendue des exceptions au couvre-feu imposé à l'accusé n'a pas été excessivement limitative; en effet, ces exceptions étaient à la fois souples et nombreuses. La « détention à domicile » accompagnée de conditions comme celles qui existent en l'espèce - en l'absence de preuves établissant le contraire produites par l'accusé ou en son nom - ne mène pas inévitablement à la conclusion que l'accusé est assujetti à des limitations strictes ou rigoureuses de sa liberté. « La liberté sous caution n'est la prison ». La détention à domicile peut ou non s'apparenter à l'emprisonnement. Cela dépend entièrement des modalités des exceptions autorisées. L'incidence sur l'accusé des conditions précises de sa mise en liberté sous caution doit être établie dans chaque cas.

[21] Je souscris à la proposition voulant que le juge chargé de la détermination de la peine puisse, dans certains cas, considérer comme un facteur atténuant l'incidence des conditions imposées dans le cadre d'une ordonnance judiciaire de mise en liberté provisoire et que ce facteur doive être soupesé au même titre que d'autres facteurs atténuants et aggravants pour en arriver à la peine qui est appropriée dans les circonstances d'une instance précise. Je ne souscris pas à l'opinion qui veut que la période passée en liberté sous caution à des conditions sévères, même à des conditions qui comprennent la détention à domicile, doive être traitée de la même manière que la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence et donner lieu à une réduction de ce qui aurait par ailleurs été une peine convenable.

[22] Le paragraphe 719(3) du *Code criminel* dispose expressément que le juge chargé de la détermination de la peine peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde avant le procès pour fixer la peine à infliger et les tribunaux ont donné effet à cette disposition. Toutefois, il n'existe aucune disposition semblable au par. 719(3) en ce qui concerne la période pendant laquelle l'accusé est soumis à des conditions énoncées dans une mise en liberté provisoire par voie judiciaire. De par leur nature même, ces ordonnances sont préventives et non punitives. Dans l'arrêt *R. c.*

Mathieu, [2008] A.C.S. n° 21 (QL), 2008 CSC 21, le juge Fish a fait remarquer, au par. 18, que même la détention présentencielle est, en principe, préventive plutôt que punitive. Pour atteindre son objectif de prévention, l'ordonnance judiciaire de mise en liberté provisoire doit être adaptée à la situation qui est propre à l'accusé. Par conséquent, il peut arriver que les conditions dont s'accompagnent ces ordonnances varient beaucoup d'un cas à l'autre. En outre, il peut arriver que les conséquences de conditions dont le libellé est pourtant identique soient différentes selon la situation de chaque accusé. Autrement dit, certaines conditions qu'un accusé pourrait trouver astreignantes pourraient sembler indulgentes à un autre accusé. Dans certains cas, l'objectif de prévention peut être atteint au moyen de conditions qui, envisagées d'une façon objective, pourraient être jugées indulgentes, mais dont les conséquences sur un accusé précis pourraient être, d'un point de vue subjectif, très dures. La durée de l'ordonnance préventive est un facteur susceptible d'être considérablement différent d'une instance à l'autre. C'est pourquoi les conditions de l'ordonnance judiciaire de mise en liberté provisoire ne seront prises en compte à titre de circonstance atténuante, comme partie d'un [TRADUCTION] « ensemble de facteurs », que si l'accusé a établi que les conditions qui lui ont été imposées ont eu d'importantes conséquences punitives et privatives de liberté.

[23] Je suis d'accord avec la Cour d'appel du Manitoba pour conclure que les conditions d'une ordonnance de mise en liberté qui « ne font qu'imiter les conditions de la vie ordinaire aux yeux de l'accusé » ou qui sont exécutoires « aux heures où la plupart des personnes qui travaillent sont chez elles de toute façon » n'ont pas sur l'accusé des conséquences punitives et privatives de liberté importantes.

[24] En l'espèce, M. Voeller a été mis en liberté sur remise d'un engagement de respecter un couvre-feu de 22 heures à 7 heures et de se présenter aux autorités deux fois par semaine. Les conditions de sa mise en liberté n'ont qu'un lointain rapport avec la « détention à domicile » presque totale dont il était question dans l'affaire *Downes.* À l'audience sur la détermination de la peine, M. Voeller a témoigné que l'obligation de se présenter aux autorités nuisait à son travail et lui avait fait perdre son emploi, ce qui lui avait causé un préjudice grave. La preuve a révélé que M. Voeller n'a pas essayé de

demander la modification des conditions de sa mise en liberté comme on s'y serait attendu si la condition voulant qu'il se présente aux autorités nuisait effectivement à son emploi. Compte tenu de la nature préventive de l'ordonnance, il est difficile d'imaginer que la Cour eût pu ne pas être disposée à modifier la condition qui l'obligeait à se présenter aux autorités afin de l'adapter à l'emploi qu'occupait M. Voeller. Il incombe certainement à l'accusé, dans ces circonstances, de ne pas rester à rien faire afin de pouvoir prétendre plus tard que des conditions, qui auraient probablement été modifiées si la demande en avait été faite, ont eu sur lui des conséquences importantes au point de justifier leur prise en considération à titre de facteur atténuant important.

[25] La norme de contrôle qui s'applique aux instances ressortissant à la détermination de la peine est bien connue. Il s'agit d'une norme qui oblige la Cour à faire montre d'une grande retenue : *R. c. R.K.J.* (1998), 207 R.N.-B. (2e) 24 (C.A), [1998] A.N.-B. no 483 (QL), aux par. 11 à 13. Dans un passage souvent cité que l'on trouve au par. 17 de l'arrêt *R. c. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 R.N.-B. (2e) 341, [2003] A.N.-B. no 398 (QL), 2003 NBCA 75, le juge en chef Drapeau a bien résumé cette norme :

> […] lorsqu'il y a appel de la peine ou de la sentence, l'intervention [est] contre-indiquée à moins que l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : (1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé 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'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*?

[26] Cette manière d'envisager la révision en appel des décisions en matière de détermination de la peine est conforme à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, laquelle a récemment été passée en revue dans l'arrêt *R. c. L.M.*, [2008] A.C.S. no 31 (QL), 2008 CSC 31.

[27] Si j'applique cette norme de contrôle en l'espèce, force m'est de statuer, pour les motifs susmentionnés, que le juge qui a déterminé la peine a commis une erreur de droit lorsqu'il a réduit la peine d'emprisonnement de M. Voeller de neuf mois et demi pour tenir compte de la période passée en liberté sous caution. Cette approche, à mon avis, n'est pas sanctionnée en droit.

[28] État donné que la peine est le résultat d'une erreur de droit, la retenue judiciaire n'est pas justifiée et notre Cour doit infliger la peine qu'elle estime appropriée dans les circonstances : *R. c. Collier (G.E.)* (2006), 303 R.N.-B. (2e) 369, [2006] A.N.-B. no 371 (QL), 2006 NBCA 92, au par. 17. En l'espèce, sous réserve de l'argumentation relative à la « réduction de peine », le juge chargé de la détermination de la peine a accepté la recommandation du substitut du procureur général selon laquelle il y avait lieu d'infliger une peine d'emprisonnement de trente-six mois. La peine de départ que le juge a acceptée comme étant la peine indiquée et la réduction de peine de deux mois et demi qu'il a accordée pour la période que M. Voeller a passée sous garde avant le prononcé de la sentence n'ont pas été soulevées comme questions en litige dans le cadre du présent appel. À mon avis, il n'a pas été établi que les conditions dont s'est accompagnée la mise en liberté provisoire par voie judiciaire de M. Voeller ont été très astreignantes et j'estime que ces conditions ne pouvaient que marginalement constituer une circonstance atténuante en l'espèce. Si je les considère au même titre que d'autres circonstances atténuantes et les apprécie à la lumière des éléments aggravants et des principes de détermination de la peine qui sont applicables, je conclus que les conditions auxquelles M. Voeller a été soumis pendant qu'il était en liberté provisoire n'ont aucune incidence sur la peine d'emprisonnement de trente-six mois qu'a recommandée le substitut du procureur général. Il s'ensuit que je suis d'avis de modifier la peine dans la mesure nécessaire pour corriger l'erreur de droit sous le coup de laquelle le juge chargé de la détermination de la peine a réduit la peine de M. Voeller de neuf mois et demi pour la période passée en liberté sous caution.

[29] C'est pour ces motifs que j'ai estimé qu'il y avait lieu d'accueillir la demande en autorisation d'appel du procureur général ainsi que l'appel et de modifier la

peine, la faisant passer d’un emprisonnement de vingt-quatre mois à un emprisonnement de trente-trois mois et demi. Je suis d’avis de ne pas modifier les autres éléments de la sentence originale.