

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

108-22-CA

NIGEL HENDERSON

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

Henderson v. R., 2023 NBCA 67

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Provincial Court:
October 18, 2022 (conviction)
October 18, 2022 (sentencing)

History of Case:

Decision under appeal:
2022 NBPC 5

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 19, 2023

Judgment rendered:
August 10, 2023

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Richard

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

NIGEL HENDERSON

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Henderson c. R., 2023 NBCA 67

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 18 octobre 2022 (déclaration de culpabilité)
le 18 octobre 2022 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2022 NBCP 5

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 19 avril 2023

Jugement rendu :
le 10 août 2023

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Richard

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Ben Reentovich

For the respondent:
Patrick McGuinty

THE COURT

Leave to appeal sentence is granted, the appeal is allowed, and the sentence is varied to one of 36 months' imprisonment less 117 days for the presentencing time remanded in custody.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Ben Reentovich

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty

LA COUR

L'autorisation d'interjeter appel de la peine est accordée, l'appel est accueilli et la peine modifiée, pour devenir une peine de 36 mois d'emprisonnement moins 117 jours pour tenir compte de la période passée en détention provisoire présentencielle.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, C.J.N.B.

[1] In 2018, Nigel Henderson committed an aggravated assault, for which he was charged, convicted, and sentenced to imprisonment for four years. While in prison, on June 29, 2021, he committed another aggravated assault, this time by slashing the right forearm of a fellow inmate with a shank, causing a 9.5-centimetre wound that cut into the victim’s muscle, with resulting numbness in three fingers.

[2] Just over three weeks after this latter assault, Mr. Henderson was released, having completed two thirds of his sentence for the 2018 offence. On August 30, 2021, Mr. Henderson breached the conditions of his parole and was apprehended, arrested, and returned to custody. His release for the 2018 offence was suspended.

[3] On October 18, 2021, an information was sworn, charging Mr. Henderson with the June 29 aggravated assault. A “bail hearing” was held on November 24, and Mr. Henderson was remanded into custody pending trial.

[4] Mr. Henderson was therefore held in custody both as an inmate serving his 2018 sentence of imprisonment and as an accused on remand. Regarding the former, the Parole Board set June 23, 2022, as Mr. Henderson’s new statutory release date. Of course, Mr. Henderson was not released on that date because he was remanded pending trial for the 2021 offence. Eventually, he pled guilty to aggravated assault on his fellow inmate and was sentenced to imprisonment for 36 months. He was also ordered to comply with certain ancillary orders.

[5] The sentencing judge did not give Mr. Henderson any credit for time spent on remand. The judge ruled he could not give any credit because, until the sentencing date, Mr. Henderson was completing the sentence imposed for the 2018 offence. Neither Crown nor defence counsel brought to the attention of the judge the fact that the Parole Board had set June 23, 2022, as Mr. Henderson’s new statutory release date. In fact,

counsel led the judge to believe Mr. Henderson continued to be incarcerated for offences other than the one for which he was being sentenced.

[6] Mr. Henderson appeals his sentence. He claims the sentencing judge erred in law in not giving him credit for the time he spent remanded from June 23, 2022, his new statutory release date, to October 18, 2022, the date on which he was sentenced for the 2021 offence – that is 117 days.

[7] On appeal, counsel for Mr. Henderson and for the Attorney General filed an Agreed Statement of Facts containing evidence that was not brought to the attention of the sentencing judge. While information regarding Mr. Henderson’s new statutory release date was obscurely mentioned in the presentence report, it is understandable how this fact might have been overlooked. As it happens, it escaped the attention of both trial lawyers and the sentencing judge.

[8] For the purposes of this appeal, it is common ground that the information contained in the Agreed Statement of Facts effectively constitutes new evidence. With the exercise of due diligence, this information could have been brought to the attention of the sentencing judge; however, it is accepted that the due diligence criterion that forms part of the test set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL), is not as strictly applied in criminal law cases when the other factors weigh in favour of admission (see also *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694, at para. 63).

[9] In the present case, at the hearing of the appeal, we accepted the Agreed Statement of Facts, which was later amended on motion brought by counsel for Mr. Henderson and for the Attorney General. We found the evidence to be (a) relevant in the sense that it bears upon a potentially decisive issue for sentencing, (b) credible, and (c) reasonably capable of affecting the result.

[10] In my view, had counsel expressly informed the sentencing judge of the new statutory release date, the judge would have fashioned a sentence that would give Mr. Henderson credit for the time spent on remand between June 23, 2022, and October 18, 2022.

[11] In the final analysis, in the circumstances of the matter before him and after considering a detailed *Gladue* report, the sentencing judge determined that 36 months was a fit sentence. He then turned his mind to the matter of credit for remand time. He referred to cases that stand for the proposition that, if an accused remanded into custody pending trial is also in custody serving a sentence for some other matter, the offender is not entitled to credit for time spent on remand since the remand time runs concurrently with a term of imprisonment. I am in full agreement with this statement of law.

[12] Having identified this legal principle, the sentencing judge held that he could not give Mr. Henderson any credit for remand time. This determination was based on his mistaken understanding that Mr. Henderson continued to be in custody serving time for other offences.

[13] In my view, had the sentencing judge known that the Parole Board had given Mr. Henderson a new statutory release date of June 23, 2022, and that the only authority by which he remained in custody beyond this date was the remand order arising out of the June 29, 2021, offence, the judge would have considered the remand time in a different light.

[14] On appeal, counsel for the Attorney General argued that the sentencing judge appears to have considered the remand time in setting the total sentence instead of applying a calculation to reduce a fit sentence by the time Mr. Henderson spent in custody while on remand. While true that the judge referred to an unreported case in which another judge appears to have considered remand time as part of the totality analysis, I cannot accept this is what was done in this case. This is because, in his reasons, the judge first settled on a sentence of imprisonment for 36 months before turning his mind to credit for the remand time. In my view, it is clear the judge concluded that a fit sentence in the circumstances was imprisonment for 36 months and then erroneously held no remand time could be applied as a matter of law based on his mistaken belief that Mr. Henderson remained incarcerated while serving another sentence.

[15] Counsel for Mr. Henderson conceded credit should have been given on a 1:1 basis because Mr. Henderson would have been subject to conditions had he been released on the new statutory release date. This appears reasonable.

[16] In my view, a sentence of imprisonment for 36 months for the aggravated assault committed by Mr. Henderson while incarcerated is at the low end of a fit sentence, considering his record of previous offences. However, there has been no cross-appeal against this sentence. In these circumstances, I believe it would be unfair for us to sentence Mr. Henderson afresh on the basis that the sentencing judge erred in not considering remand time. Thus, I would uphold the sentence of 36 months and reduce the sentence by 117 days for the time Mr. Henderson spent in custody on remand.

[17] For these reasons, I would grant Mr. Henderson leave to appeal the sentence, allow the appeal and vary the sentence to one of 36 months' imprisonment less 117 days for the presentencing time he spent in custody. All ancillary orders remain unchanged.

LE JUGE EN CHEF RICHARD

- [1] En 2018, Nigel Henderson a commis des voies de fait graves. Accusé puis déclaré coupable de ce crime, il a été condamné à quatre ans d'emprisonnement. Tandis qu'en prison, il a commis, le 29 juin 2021, de nouvelles voies de fait graves : il a tailladé l'avant-bras droit d'un codétenu au moyen d'un couteau artisanal. Du fait de la coupure de 9,5 cm qui avait entamé le muscle, trois doigts du codétenu sont demeurés engourdis.
- [2] Un peu plus de trois semaines après ces autres voies de fait, M. Henderson a été mis en liberté. Il avait purgé les deux tiers de la peine qui lui avait été infligée pour l'infraction de 2018. Le 30 août 2021, il été appréhendé, mis en état d'arrestation et réincarcéré en conséquence de l'inobservation des conditions de sa libération conditionnelle. Sa libération d'office à l'égard de l'infraction commise en 2018 a été suspendue.
- [3] M. Henderson a été accusé des voies de fait graves du 29 juin par voie de dénonciation sous serment faite le 18 octobre 2021. Après une [TRADUCTION] « audience sur la libération sous caution » tenue le 24 novembre, M. Henderson a été renvoyé sous garde en attendant le procès.
- [4] Ainsi, M. Henderson s'est trouvé sous garde à la fois en tant que détenu purgeant sa peine d'emprisonnement de 2018 et qu'accusé renvoyé sous garde. Pour ce qui concerne la peine de 2018, la Commission des libérations conditionnelles a fixé au 23 juin 2022 la nouvelle date de libération d'office de M. Henderson. Il n'a pas été mis en liberté ce jour-là, bien sûr, puisqu'il demeurait détenu provisoirement en attendant la tenue du procès pour l'infraction commise en 2021. Par la suite, il s'est reconnu coupable des voies de fait graves perpétrées contre son codétenu et a été condamné à un emprisonnement de 36 mois. Il lui était aussi prescrit de se conformer à certaines ordonnances accessoires.

[5] Le juge qui a déterminé la peine n'a pas alloué de temps à M. Henderson pour la période passée en détention provisoire. Il a conclu qu'il ne pouvait lui allouer du temps parce que, au jour du prononcé de la sentence, M. Henderson purgeait toujours la peine qui lui avait été infligée pour l'infraction de 2018. Ni l'avocat du ministère public ni l'avocat de la défense n'ont fait remarquer au juge que la Commission des libérations conditionnelles avait fixé au 23 juin 2022 la nouvelle date de libération d'office de M. Henderson. On a donné à entendre au juge, de fait, que M. Henderson demeurait incarcéré pour d'autres infractions que celle pour laquelle une peine devait lui être infligée.

[6] M. Henderson interjette appel de sa peine. Il soutient que le juge chargé de déterminer la peine a commis une erreur de droit en ne lui allouant pas de temps pour la période passée en détention provisoire du 23 juin 2022, nouvelle date de sa libération d'office, au 18 octobre 2022, date à laquelle une peine lui a été infligée pour l'infraction de 2021 – c'est-à-dire 117 jours.

[7] En appel, les avocats de M. Henderson et du ministère public ont produit un exposé conjoint des faits qui apporte des éléments de preuve qui n'avaient pas été portés à l'attention du juge chargé de déterminer la peine. Le rapport présentiel mentionnait la nouvelle date de libération d'office de M. Henderson, mais obscurément, alors il n'est pas étonnant que ce fait ait pu passer inaperçu. Il se trouve d'ailleurs qu'il a échappé à l'attention des deux avocats plaidants et du juge.

[8] Pour les besoins du présent appel, il est convenu que l'exposé conjoint des faits apporte des renseignements qui, en réalité, constituent de la nouvelle preuve. L'exercice d'une diligence raisonnable aurait permis de présenter ces renseignements au juge chargé de déterminer la peine. Il est admis, cependant, que le critère de diligence raisonnable, qui fait partie du critère général énoncé dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL), n'est pas appliqué de manière aussi rigoureuse, dans les affaires de droit criminel, lorsque les autres facteurs jouent en faveur de l'admission (voir aussi *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694, par. 63).

[9] Dans le cas qui nous occupe, lors de l'audition de l'appel, nous avons admis l'exposé conjoint des faits, qui a ensuite été modifié sur motion des avocats de M. Henderson et du ministère public. Nous avons jugé que la preuve offerte était : a) pertinente, en ce sens qu'elle porte sur une question potentiellement décisive en ce qui concerne la détermination de la peine, b) plausible, et c) raisonnablement susceptible d'influer sur le résultat.

[10] Je suis d'avis que le juge chargé de déterminer la peine, si les avocats lui avaient expressément indiqué la nouvelle date de libération d'office, aurait prononcé une peine qui aurait alloué du temps à M. Henderson pour la période qu'il avait passée en détention provisoire du 23 juin 2022 au 18 octobre 2022.

[11] En dernière analyse, vu l'affaire dont il était saisi et vu le rapport détaillé, fondé sur l'arrêt *Gladue*, qui lui avait été présenté, le juge chargé de déterminer la peine a conclu qu'une peine de 36 mois était appropriée. Il s'est ensuite penché sur la question du temps à allouer pour la période passée en détention provisoire. Il s'est reporté à des décisions qui établissent que, si un accusé renvoyé en détention en attendant son procès purge alors, en détention, la peine afférente à une autre infraction, le contrevenant n'a pas droit à ce qu'il lui soit alloué du temps pour la période passée en détention provisoire, puisque la détention provisoire est subie concurremment avec une peine d'emprisonnement. Je souscris entièrement à cet énoncé de droit.

[12] Ce principe juridique posé, le juge chargé de déterminer la peine a conclu qu'il ne pouvait allouer du temps à M. Henderson pour la période passée en détention provisoire. Cette conclusion reposait sur une erreur : le juge avait cru comprendre que M. Henderson continuait de purger, en détention, les peines afférentes à d'autres infractions.

[13] Je suis d'avis que si le juge chargé de déterminer la peine avait su que la Commission des libérations conditionnelles avait fixé au 23 juin 2022 la nouvelle date de libération d'office et que M. Henderson ne demeurait détenu après cette date qu'en vertu

de l'ordonnance de renvoi prononcée par suite de l'infraction commise le 29 juin 2021, il aurait porté un regard différent sur la période de détention provisoire.

[14] En appel, l'avocat du ministère public a avancé que le juge chargé de déterminer la peine semblait avoir pris en considération la détention provisoire dans l'établissement de la peine totale au lieu d'opérer un calcul qui aurait réduit la peine appropriée du temps passé par M. Henderson en détention provisoire. S'il est vrai que le juge s'est reporté à une décision non publiée où un juge semble avoir pris en considération la période de détention provisoire dans le cadre de l'analyse que requiert le principe de totalité, je ne peux admettre qu'il a procédé ainsi dans la présente affaire, car, dans ses motifs, il a d'abord arrêté une peine d'emprisonnement de 36 mois pour ensuite se pencher sur le temps à allouer pour la période passée en détention provisoire. Il me paraît clair qu'il a conclu à la justesse d'une peine d'emprisonnement de 36 mois dans les circonstances, puis qu'il a estimé par erreur, parce qu'il a cru à tort que M. Henderson demeurait incarcéré du fait qu'il purgeait une autre peine, qu'il ne pouvait pas, en droit, allouer du temps pour la période passée en détention provisoire.

[15] L'avocat de M. Henderson a concédé que le temps alloué aurait dû l'être dans un rapport d'un contre un, parce que son client, s'il avait été libéré à la nouvelle date de libération d'office, aurait été astreint à des conditions, ce qui paraît raisonnable.

[16] J'estime qu'une peine d'emprisonnement de 36 mois, pour les voies de fait graves commises par M. Henderson tandis qu'il était incarcéré, appartient aux échelons inférieurs de l'échelle des peines appropriées vu les infractions antérieures portées à son casier judiciaire. Cependant, nul appel reconventionnel n'est formé contre la peine. Dans les circonstances, j'estime qu'il serait injuste que notre Cour prononce une nouvelle peine du fait que le juge chargé de déterminer la peine a commis une erreur en ne tenant pas compte de la période passée en détention provisoire. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la peine de 36 mois, mais de la réduire de 117 jours pour tenir compte de la période que M. Henderson a passée en détention provisoire.

[17] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'autoriser M. Henderson à appeler de la peine, d'accueillir l'appel et de modifier la peine afin que la peine de 36 mois d'emprisonnement soit réduite de 117 jours pour tenir compte de la période qu'il a passée en détention présentencielle. Les ordonnances accessoires demeurent inchangées.