

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

53-24-CA

B E T W E E N :

E N T R E :

KYLE ANTHONY KENNEDY

KYLE ANTHONY KENNEDY

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

Kennedy v. R., 2024 NBCA 90

Kennedy c. R., 2024 NBCA 90

Motion heard by:
The Honourable Justice French

Motion entendue par :
l'honorable juge French

Preliminary or incidental Proceedings:
2024 NBCA 84

Procédures préliminaires ou accessoires :
2024 NBCA 84

Date of hearing:
June 18, 2024

Date de l'audience :
le 18 juin 2024

Date of decision:
June 25, 2024

Date de la décision :
le 25 juin 2024

Reasons delivered:
July 17, 2024

Motifs déposés :
le 17 juillet 2024

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

Kyle Anthony Kennedy on his own behalf

Kyle Anthony Kennedy en son propre nom

For the respondent:
Patrick McGuinty

Pour l'intimé :
Patrick McGuinty

DECISION

[1] Kyle Kennedy applied to be released from custody pending the determination of his appeal of the following convictions: (1) aggravated assault, contrary to s. 268(1) of the *Criminal Code*, (2) assault with a weapon, s. 267(a), and (3) uttering threats, s. 264.1. Mr. Kennedy was sentenced to 5 years imprisonment for aggravated assault and 17 months for the two other offences, to be served concurrently. He received a credit for the almost 18 months he spent on remand. The request for release was denied on June 26, 2024, with reasons to follow. These are the reasons.

[2] The authority to release an appellant pending appeal is contained in s. 679(3). It provides that a judge of the court of appeal may order release if the appellant establishes that:

- | | |
|---|---|
| a) the appeal or application for leave to appeal is not frivolous; | a) que l'appel ou la demande d'autorisation d'appel n'est pas futile; |
| (b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and | b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance; |
| (c) his detention is not necessary in the public interest. | c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public. |

[3] The appellant, Mr. Kennedy, bore the burden of establishing each of these criteria on a balance of probabilities.

[4] Regarding the first two criteria, Mr. Kennedy maintains there is real merit to his appeal, especially in relation to his conviction for aggravated assault, which is the offence that attracted a sentence that exceeded the time he spent in pre-trial custody. This assertion is grounded in his view that the trial judge found the fight with his roommate was consensual and his self-defence plea was rejected on only the "last prong" of the analysis; that is, the judge found his response to the complainant's aggression, by using a machete that nearly severed the complainant's ear, was unreasonable and not a

proportionate use of force considering all the circumstances. Additionally, Mr. Kennedy maintains he would surrender himself into custody when required and he is not a flight risk.

[5] The Crown did not concede Mr. Kennedy established either s. 679(3)(a) or (b); however, I did not dismiss his application for failing to satisfy those criteria.

[6] In my opinion, Mr. Kennedy's application could not be granted because it failed to establish the third criterion (s. 679(3)(c)), namely that his detention is not necessary in the public interest.

[7] The public interest criterion is comprised of two components: public safety and public confidence. The Supreme Court, in *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250, per Moldaver J., summarized the background to the public safety and public confidence components of public interest criterion:

In *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), Arbour J.A. (as she then was) considered the meaning of the words "public interest" in the context of s. 679(3)(c). In the course of her careful analysis, she determined that the public interest criterion consisted of two components: public safety and public confidence in the administration of justice (pp. 47-48).

Justice Arbour did not delve into the public safety component. She found that it related to the protection and safety of the public and essentially tracked the familiar requirements of the so called "secondary ground" governing an accused's release pending trial (pp. 45 and 47-48). The public confidence component, on the other hand, was more nuanced and required elaboration. It involved the weighing of two competing interests: enforceability and reviewability.

According to Arbour J.A., the enforceability interest reflected the need to respect the general rule of the immediate enforceability of judgments. Reviewability, on the other hand, reflected society's acknowledgement that

our justice system is not infallible and that persons who challenge the legality of their convictions should be entitled to a meaningful review process -- one which did not require them to serve all or a significant part of a custodial sentence only to find out on appeal that the conviction upon which it was based was unlawful (pp. 47-49). [Emphasis added; paras. 23-25.]

[8] Thus, the public safety component is reflected in the secondary ground for pretrial bail set out in s. 515(10)(b):

where the detention is necessary for the protection or safety of the public, including any victim of or witness to the offense, or any person under the age of 18 years, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offense or interfere with the administration of justice [.]

sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, notamment celle des victimes et des témoins de l'infraction ou celle des personnes âgées de moins de dix-huit ans, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice [.]

[9] Regarding the issue of public safety, the Crown submits Mr. Kennedy's history of violent and weapon offences demonstrates that he poses a considerable risk to the safety of the public and relies on the following comments from the Supreme Court in *Oland* to assert that this concern alone is sufficient to justify denying Mr. Kennedy's release pending appeal:

[...] I should not be taken to mean — nor do I understand *Farinacci* to have said — that the public safety component and the public confidence component are to be treated as silos. **To be sure, there will be cases where public safety considerations alone are sufficient to warrant a detention order in the public interest.** However, as I will explain, where the public safety threshold has been met by an applicant seeking bail pending appeal, residual public safety concerns or the absence of any public safety concerns remain relevant and should be considered in the public confidence analysis. [Emphasis added; para. 27.]

[10] Such concerns did not come as a surprise to Mr. Kennedy, who stated, unprompted at the beginning of the hearing, that he knew his application for bail was a longshot given his record. Although Mr. Kennedy is 31 years of age, his record includes three separate “assault with a weapon” offences (s. 267(a)) between 2012 and 2019, plus various other weapon offences during the same period. The offences under appeal occurred in early 2023. They are serious, and their circumstances do not diminish the existence of real public safety concerns.

[11] Further, the Crown argues the public safety concerns regarding Mr. Kennedy’s conduct also weigh against finding that his release would maintain public confidence in the administration of justice. As explained by Moldaver J. in the passage reproduced above, even where the public safety concerns alone do not justify denying an application for release, residual public safety concerns are relevant and ought to be considered when weighing the enforceability interest in the convictions under appeal, against the reviewability interest of Mr. Kennedy’s appeal. Having considered the factors relevant to an assessment of public confidence in the administration of justice, I concluded that they, like the public safety concerns, also weighed against a determination that Mr. Kennedy had established that his continued detention is not in the public interest.

[12] It was for these reasons that I dismissed his application for release pending appeal.

DÉCISION

[Version française]

[1] Kyle Kennedy demande d'être mis en liberté en attendant la décision de l'appel qu'il a interjeté des déclarations de culpabilité suivantes : (1) voies de fait graves, infraction prévue au par. 268(1) du *Code criminel*, (2) agression armée, infraction prévue à l'al. 267a), et (3) profération de menaces, infraction prévue à l'art. 264.1. M. Kennedy a été condamné à une peine de cinq ans d'emprisonnement pour l'infraction d'agression armée et à une peine de 17 mois d'emprisonnement pour les deux autres infractions, peines devant être purgées concurremment. Il a reçu un crédit pour les 18 mois environ qu'il a passés en détention provisoire. La Cour a rejeté la demande de mise en liberté le 26 juin 2024 et a indiqué que les motifs suivraient. Voici ces motifs.

[2] Le pouvoir de mettre en liberté un appelant en attendant la décision de l'appel est prévu au par. 679(3). Ce paragraphe dispose qu'un juge de la cour d'appel peut ordonner la mise en liberté de l'appelant si ce dernier établit à la fois :

- | | |
|---|---|
| a) the appeal or application for leave to appeal is not frivolous; | a) que l'appel ou la demande d'autorisation d'appel n'est pas futile; |
| (b) he will surrender himself into custody in accordance with the terms of the order; and | b) qu'il se livrera en conformité avec les termes de l'ordonnance; |
| (c) his detention is not necessary in the public interest. | c) que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public. |

[3] Il incombait à l'appelant, M. Kennedy, d'établir chacun de ces critères selon la prépondérance des probabilités.

[4] S'agissant des deux premiers critères, M. Kennedy soutient que son appel est bien fondé, particulièrement en ce qui concerne sa déclaration de culpabilité pour voies de fait graves, infraction pour laquelle une peine supérieure au temps qu'il a passé en détention préventive a été infligée. Cette assertion repose sur le fait que, à son avis, le

juge du procès a conclu que la bagarre avec son colocataire était consensuelle et son plaidoyer de légitime défense a été rejeté uniquement sur le fondement du [TRADUCTION] « dernier volet » de l'analyse; c'est-à-dire que le juge a conclu que sa réaction à l'agression du plaignant, soit par l'utilisation d'une machette qui a failli couper l'oreille du plaignant, était déraisonnable et ne constituait pas un emploi proportionnel de la force compte tenu de l'ensemble des circonstances. En outre, M. Kennedy soutient qu'il se livrera lorsqu'il en sera requis et ne présente aucun risque de fuite.

[5] Le ministère public n'a pas concédé que M. Kennedy a établi le critère énoncé à l'al. 679(3)a) ou celui énoncé à l'al. 679(3)b); toutefois, je n'ai pas rejeté sa demande au motif qu'il a omis de satisfaire à ces critères.

[6] À mon avis, la demande de M. Kennedy ne pouvait être accueillie du fait qu'il a omis d'établir le troisième critère (al. 679(3)c)), à savoir que sa détention n'est pas nécessaire dans l'intérêt public.

[7] Le critère de l'intérêt public comporte deux volets : la sécurité publique et la confiance du public. Dans *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250, motifs du juge Moldaver, la Cour suprême a résumé le contexte des volets de la sécurité publique et de la confiance du public du critère de l'intérêt public :

Dans *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), la juge Arbour, qui siégeait alors à la Cour d'appel, a examiné la signification des mots « intérêt public » dans le contexte de l'al. 679(3)c). Dans sa minutieuse analyse, elle a statué que le critère de l'intérêt public comportait deux volets : la sécurité publique et la confiance du public envers l'administration de la justice (p. 47-48).

La juge Arbour ne s'est pas attardée au volet de la sécurité publique. Elle a conclu qu'il avait trait à la protection et à la sécurité du public et reprenait essentiellement les exigences bien connues de ce qu'on appelle le « motif secondaire » qui régit la mise en liberté d'un accusé en attendant l'issue de son procès (p. 45 et 47-48). Le volet relatif à la confiance du public

était quant à lui plus nuancé et requérait des précisions. Il supposait la mise en balance de deux intérêts opposés : la force exécutoire des jugements et le caractère révisable de ceux-ci.

Selon la juge Arbour, l'intérêt basé sur la force exécutoire des jugements reflétait la nécessité de respecter la règle générale du caractère exécutoire immédiat des jugements. L'intérêt fondé sur le caractère révisable des jugements traduisait quant à lui la reconnaissance par la société que notre système de justice n'est pas infaillible et que les personnes qui contestent la légalité de leurs déclarations de culpabilité devraient avoir droit à un processus véritable de révision, à savoir à un processus qui ne les oblige pas à purger l'ensemble ou une partie appréciable de leur peine d'emprisonnement, pour se rendre compte au terme de l'appel que la déclaration de culpabilité sur laquelle cette peine reposait était illégale (p. 47-49). [Gras et soulignement ajoutés; par. 23 à 25]

- [8] Ainsi, le volet de la sécurité publique est énoncé dans le motif secondaire qui régit la mise en liberté sous caution avant le procès, motif énoncé à l'al. 515(10)b) :

where the detention is necessary for the protection or safety of the public, including any victim of or witness to the offense, or any person under the age of 18 years, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if released from custody, commit a criminal offense or interfere with the administration of justice [.]

sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, notamment celle des victimes et des témoins de l'infraction ou celle des personnes âgées de moins de dix-huit ans, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice [.]

- [9] En ce qui concerne la question de la sécurité publique, le ministère public soutient que les antécédents d'infractions avec violence et d'infractions relatives aux armes de M. Kennedy montrent qu'il présente un risque considérable pour la sécurité du public. Il s'appuie sur les observations suivantes formulées par la Cour suprême dans l'arrêt *Oland* pour faire valoir que cette seule préoccupation est suffisante pour justifier le rejet de la demande de mise en liberté de M. Kennedy en attendant la décision de l'appel :

[...] je ne veux pas dire — et je ne considère pas non plus qu’il ressort de l’arrêt *Farinacci* — que le volet de la sécurité publique et celui de la confiance du public doivent être considérés isolément. **Il y aura assurément des cas où des considérations de sécurité publique seront à elles seules suffisantes pour justifier une ordonnance de détention dans l’intérêt public.** Toutefois, comme je vais l’expliquer plus loin, lorsque la personne qui sollicite sa mise en liberté en attendant la décision sur l’appel satisfait au critère préliminaire de la sécurité publique, l’existence de préoccupations résiduelles en matière de sécurité du public ou l’absence de telles préoccupations demeurent des considérations pertinentes, dont il convient de tenir compte dans l’analyse relative à la confiance du public. [Gras et soulignement ajoutés; par. 27]

[10] De telles préoccupations n’ont pas surpris M. Kennedy, qui a déclaré spontanément au début de l’audience qu’il savait que les chances que sa demande de mise en liberté sous caution soit accueillie étaient minces compte tenu de son casier judiciaire. Bien que M. Kennedy soit âgé de 31 ans, son casier judiciaire fait état de trois infractions distinctes d’« agression armée » (al. 267a)) commises entre 2012 et 2019 en plus de diverses autres infractions relatives aux armes commises au cours de la même période. Les infractions visées par l’appel ont été commises au début de 2023. Il s’agit d’infractions graves et les circonstances dans lesquelles elles ont été commises ne diminuent pas l’existence de préoccupations réelles en matière de sécurité publique.

[11] En outre, le ministère public soutient que les préoccupations en matière de sécurité publique concernant le comportement de M. Kennedy militent également contre une conclusion selon laquelle sa mise en liberté ne minerait pas la confiance du public envers l’administration de la justice. Comme l’a expliqué le juge Moldaver dans le passage reproduit ci-dessus, même lorsque les préoccupations en matière de sécurité publique ne justifient pas à elles seules le rejet d’une demande de mise en liberté, l’existence de préoccupations résiduelles est une considération pertinente, dont il convient de tenir dans la mise en balance de l’intérêt lié à la force exécutoire des déclarations de culpabilité frappées d’appel et de celui de leur caractère révisable dans le cas de l’appel de M. Kennedy. Ayant tenu compte des facteurs relatifs à l’appréciation de

la confiance du public dans l'administration de la justice, j'ai conclu que ces facteurs, tout comme les préoccupations en matière de sécurité publique, militaient contre une conclusion selon laquelle M. Kennedy avait établi que le maintien de sa détention n'est pas dans l'intérêt public.

[12] C'est pour ces motifs que j'ai rejeté sa demande de mise en liberté en attendant la décision de l'appel.