

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

3-11-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

KENNETH WILLIAM STEEVES

KENNETH WILLIAM STEEVES

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Steeves, 2011 NBCA 88

R. c. Steeves, 2011 NBCA 88

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
December 8, 2010

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 8 décembre 2010

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2011 NBQB 10

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 10

Preliminary or incidental proceedings:
2010 NBPC 25

Procédures préliminaires ou accessoires :
2010 NBCP 25

Appeal heard:
May 11, 2011

Appel entendu :
Le 11 mai 2011

Judgment rendered:
October 6, 2011

Jugement rendu :
Le 6 octobre 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

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

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Lucie Mathurin

Pour l'appelante :
Lucie Mathurin

For the respondent:
Kenneth Steeves appeared in person

Pour l'intimé :
Kenneth Steeves a comparu en personne

THE COURT

LA COUR

Leave to appeal is granted, the appeal is allowed
and a new trial ordered.

L'autorisation d'interjeter appel est accordée.
L'appel est accueilli et la tenue d'un nouveau
procès est ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

BELL, J.A

I. Background

[1] While s. 253 of the *Criminal Code* has been principally used to combat alcohol induced impairment of the operation of motor vehicles, vessels and other equipment, Parliament has increasingly turned its attention to the operation of such equipment while impaired by drugs. The section reads as follows:

Operation while impaired

253. (1) Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

For greater certainty

(2) For greater certainty, the reference to impairment by alcohol or a drug in paragraph (1)(a) includes impairment by a combination of alcohol and a drug.

Capacité de conduite affaiblie

253. (1) Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

Précision

(2) Il est entendu que l'alinéa (1)a) vise notamment le cas où la capacité de conduire est affaiblie par l'effet combiné de l'alcool et d'une drogue.

[2] Sections 254(2)(a) and 254(3.1) require persons, on demand by a peace officer, to submit to physical tests designed to aid in the detection of the presence of drugs or alcohol, or a combination of both. Those tests are fully particularized by regulation in *Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations*, SOR/2008-196. This Court has not yet had the opportunity to pronounce upon the constitutional validity or the application of the regulatory scheme.

[3] The conduct of the trial and the issues as framed in this appeal demonstrate an intention by the Crown that this case constitute one of first impression in which the regulatory scheme is considered by this Court. For the reasons set out below, I am of the view this Court is not in a position to pronounce upon the features of the regulatory scheme and that a new trial must be held.

II. Relevant facts

[4] The respondent was charged with having operated a motor vehicle while his ability to do so was impaired by drugs, an offence set out in section 253(1)(a) of the *Code*. During the course of the trial, the appellant led evidence about the history of the Drug Evaluation and Classification Program, the qualifications of Drug Recognition Experts and Standard Field Sobriety Tests, all of which constitute part of the regulatory scheme. Defence counsel did not object to any of the following:

- (1) The qualifications of Cst. Trevor Jones as an expert in the field of “Drug Evaluation [and] Classification”, and entitled to give opinion evidence in relation thereto;
- (2) The qualifications of Cst. Travis Jones as an “Expert in Drug Recognition and qualified to provide opinion evidence in the field for which he has been trained, both in the [Standard Field Sobriety Test] and in the Drug Recognition Program”;

- (3) The admissibility into evidence of a 1998 California Standard Field Sobriety Test Study, a 1997 Florida Standard Field Sobriety Test Study and a 1995 Colorado Validation Study.
- (4) The relevance of the “science” of drug evaluation and classification as contemplated in the Regulation.

[5] It is apparent from a review of the trial transcript that Crown counsel, if required to defend the “science” based upon the test enunciated in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, [1994] S.C.J. No. 36 (QL), would have relied, in part, upon the *viva voce* testimony of the two police officers and the studies admitted into evidence. However, this was not necessary because of the position taken by the defence.

[6] Although he had initially admitted the evidence, the trial judge later reversed his ruling and acquitted the respondent. At 2010 NBPC 25, he made two pivotal conclusions:

As noted above, the principal issue is the admissibility of the D.R.E.'s opinion evidence particularly in the context of the tests set out in **R. v. Mohan** [1994] 2 S.C.R. 9 and **R. v. J.** [2000] 2 S.C.R. 600 Nevertheless, while I did hear the evidence and made rulings, I think such rulings can be re-considered. Furthermore, even if the procedure followed appears out of step with what might have been a more productive, if not more logical procedure, the court still must decide what weight if any is accorded the evidence. So with the time reserved for further submissions, the court has had an opportunity to re-consider this issue of admissibility of Drug Evaluation and Classification Program (D.E.C.P.) and, in particular, D.R.E. opinion evidence. [para. 6] [Emphasis is mine.]

[7] This apparent tension between the weight to be accorded an expert witness's testimony and the admissibility of his/her testimony as opinion evidence appears to arise once again in the following passage from the trial judge's reasons:

While I have no difficulty with his general definition of an expert, it appears to me that the “matter on which he or she undertakes to testify” is the underpinning that needs examination. Fontana J. proceeded further with the caution that the testimony of an expert is still subject to a determination by the court as to what weight it should receive.

Again, while that appears to have been the approach which I took during the trial, namely to permit the Crown witnesses to testify subject to assessment of weight, there also appears to be the outstanding matter of the Crown establishing the validity of the D.E.C.P. In this regard, I am inclined to the view expressed in **R. v. Woods** [2007] A.J. No. 895, (Alta. Q.B.) that to give such an opinion the witness would have to be declared an expert in a field recognized by the court to be a valid field of expertise. In other words he can't be qualified as an expert unless the subject area, namely D.E.C.P. is accepted by the court as valid science, or as Fontana J. suggests, a valid "secondary field". [paras. 13-14] [Emphasis is mine.]

[8] I would note the judge qualified both police witnesses as experts capable of offering opinion evidence. The categorization of one of the experts, Cst. Travis Jones, was in relation to drug evaluation and classification, the very “science” the trial judge now questions.

[9] The trial judge acquitted the respondent, whose acquittal was upheld on appeal by the summary conviction appeal court established pursuant to Part XXVII of the *Code*. The appellant now seeks leave to appeal, pursuant to section 839(1), which provides that any appeal must be taken on a ground that involves a question of law alone.

III. Issues

[10] One of the grounds of appeal raised before the summary conviction appeal court was whether the trial judge had erred when he concluded the Crown had not established the threshold of reliability with respect to the drug evaluation and

classification program. Before this Court, that ground of appeal was restated in the following two grounds:

- The summary conviction appeal court judge erred in law with respect to the relevance of testimony generally, and specifically with respect to section 254(3.1); and
- The summary conviction appeal court judge erred in law with respect to the sufficiency of evidence and the burden of proof with respect to a conviction.

IV. Analysis

[11] At trial, the judge qualified Cst. Travis Jones as an expert entitled to give opinion evidence with respect to the “science” of drug evaluation and classification. This is the very “science” the trial judge later rejected because it did not meet the threshold test of reliability: see para. 85 of the trial decision. This is a basic threshold question which, in my view, constitutes part of the *Mohan* relevancy criteria: see *Mohan*, para. 28. It is trite to say that unreliable evidence will not be admissible, even if it satisfies other components of the *Mohan* criteria.

[12] A trial judge is not *functus* until he or she finally deals with all issues: *Estey v. Lockerbie et al.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 17 (C.A.); *R. v. Howell*, [1995] N.S.J. No. 483 (C.A.) (QL); *R. v. Roberts*, (A.W.), 2004 BCCA 436, [2004] B.C.J. No. 1843; and *R. v. Conley*, [1979] A.J. No. 845 (C.A.) (QL). Therefore, nothing prevented the trial judge from reconsidering the qualification of any witness as an “expert”, nor did anything prevent him from revisiting whether a science is valid. However, he can only reverse himself after providing notice to the parties that he is having second thoughts, and after giving them an opportunity to address the issue anew: see *R. v. Pinchak*, 2010 ABQB 747, [2010] A.J. No. 1374 (QL), where the appeal court ordered a new trial because the trial judge reversed himself on a prior ruling without notice to the parties.

Pinchak also canvasses the law regarding the obligations of a judge in this situation and the importance of allowing counsel on both sides to argue a matter before judgment is rendered.

[13] In the case at bar, the trial judge initially accepted the testimony of the police officers. In permitting them to testify as expert witnesses, he implicitly accepted the scientific underpinnings of their testimony. He later reconsidered their testimony and concluded it was inadmissible due to the unreliability of the science, without calling for further submissions. Although the judge is not *functus* until the final disposition of the case, where he or she reconsiders a previous ruling, the parties should be put on notice that the matter is being reconsidered and invited to make further submissions.

[14] I am of the view the summary conviction appeal court judge erred in law by upholding the trial judge in circumstances where the appellant's right to be heard on the issues of admissibility of evidence (expert opinion evidence as opposed to its weight) and the threshold of reliability (as a component of relevancy) of a "science" was not respected. For these reasons, I would grant leave to appeal, allow the appeal, set aside the acquittal and order a new trial.

LE JUGE BELL

I. Contexte

[1] Quoique l'art. 253 du *Code criminel* ait principalement été appliqué jusqu'ici pour combattre le problème de la conduite d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou autre véhicule avec les facultés affaiblies par l'effet de l'alcool, le législateur porte de plus en plus son attention sur le problème de la conduite de ces véhicules avec les facultés affaiblies par l'effet d'une drogue. La disposition est rédigée comme suit :

Operation while impaired

253. (1) Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

For greater certainty

(2) For greater certainty, the reference to impairment by alcohol or a drug in paragraph (1)(a) includes impairment by a combination of alcohol and a drug.

Capacité de conduite affaiblie

253. (1) Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

Précision

(2) Il est entendu que l'alinéa (1)a) vise notamment le cas où la capacité de conduire est affaiblie par l'effet combiné de l'alcool et d'une drogue.

[2] L'alinéa 254(2)a) et le par. 254(3.1) prévoient qu'un agent de la paix peut ordonner à une personne de se soumettre à des épreuves de coordination des mouvements conçues pour aider à détecter la présence de drogue ou d'alcool, ou une combinaison des deux. Ces tests sont décrits en détail dans un règlement, soit le *Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)*, DORS/2008-196. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la validité constitutionnelle ou l'application du régime de réglementation.

[3] La conduite du procès et les questions formulées dans le présent appel démontrent que le ministère public veut faire de la présente affaire une décision sans précédent dans laquelle le régime de réglementation est examiné par la Cour. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis que la Cour n'est pas en mesure de se prononcer sur les particularités du régime de réglementation et que la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée.

II. Faits pertinents

[4] L'intimé a été accusé d'avoir conduit un véhicule à moteur lorsque sa capacité de le faire était affaiblie par l'effet d'une drogue, infraction décrite à l'al. 253(1)a) du *Code criminel*. Au cours du procès, l'appelante a présenté de la preuve sur les origines du Programme d'évaluation et de classification des drogues, sur les compétences des experts en reconnaissance de drogues et sur les tests de sobriété normalisés administrés sur place, qui font partie intégrante du régime de réglementation. L'avocat de la défense n'a formulé aucune objection en ce qui a trait à ce qui suit :

- (1) les compétences du gendarme Trevor Jones en tant qu'expert en [TRADUCTION] « évaluation et classification des drogues » habilité à donner un témoignage d'opinion en la matière;
- (2) les compétences du gendarme Travis Jones en tant qu'[TRADUCTION] « expert en reconnaissance de drogues habilité à

donner un témoignage d'opinion dans le domaine de sa formation, tant pour les [tests de sobriété normalisés] que pour le programme de reconnaissance des drogues »;

- (3) l'admissibilité en preuve de trois études de validation des tests de sobriété normalisés : l'étude de la Californie de 1998, l'étude de la Floride de 1997 et l'étude du Colorado de 1995;
- (4) la pertinence de la [TRADUCTION] « science » de l'évaluation et de la classification des drogues, telle qu'énoncée dans la réglementation.

[5] Il ressort de la transcription du procès que si l'avocate du ministère public avait eu à défendre cette « science » à partir du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, [1994] A.C.S. n° 36 (QL), elle se serait appuyée en partie sur le témoignage de vive voix des deux policiers et les études admises en preuve. Toutefois, cela n'a pas été nécessaire en raison de la position adoptée par la défense.

[6] Bien qu'il ait d'abord admis la preuve, le juge du procès est plus tard revenu sur sa décision et il a acquitté l'intimé. Dans sa décision, répertoriée à 2010 NBCP 25, il a tiré deux conclusions extrêmement importantes dont voici la teneur :

[TRADUCTION]

Comme je l'ai déjà dit, la principale question en litige est l'admissibilité des témoignages d'opinion des ERD, particulièrement dans le contexte des critères formulés dans les arrêts *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, et *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600. Toutefois, quoique j'aie bel et bien entendu la preuve et que j'aie tiré des conclusions, je pense que ces conclusions peuvent être reconsidérées. De plus, même si la procédure suivie semble s'écarter de ce qui aurait pu être plus productif, sinon plus logique, la Cour doit quand même décider s'il faut accorder une valeur probante à la preuve, et laquelle. Alors, grâce au temps réservé pour des arguments additionnels, la Cour a eu l'occasion de reconsidérer la question de l'admissibilité du Programme d'évaluation et de classification des drogues

(ECD), et en particulier des témoignages d'opinion des ERD. [Par. 6] [Je souligne.]

- [7] Ce conflit apparent entre la valeur probante à accorder au témoignage d'un expert et l'admissibilité de son témoignage comme preuve sous forme d'opinion semble surgir encore une fois dans le passage suivant des motifs du juge du procès :

[TRADUCTION]

Bien que je n'aie aucune réserve quant à sa définition générale d'un expert, il me semble que la [TRADUCTION] « question sur laquelle il entreprend de témoigner » est le fondement qui doit être examiné. Le juge Fontana a ajouté une mise en garde en disant que le témoignage d'un expert doit quand même faire l'objet d'une décision de la Cour quant à la valeur probante qu'il faudrait y accorder.

De plus, bien que cette optique semble être celle que j'ai adoptée pendant le procès, soit de permettre aux témoins du ministère public de témoigner sous réserve d'une évaluation de la valeur probante, il semble aussi rester une question en suspens : le ministère public a-t-il établi la validité du programme ECD? À ce sujet, je penche vers l'opinion exprimée dans *R. c. Wood*, [2007] A.J. No. 895, (C.B.R. Alb.), à savoir que pour donner une telle opinion, le témoin devrait être déclaré expert dans un domaine reconnu par la Cour comme un domaine d'expertise valable. Autrement dit, on ne peut pas être reconnu expert à moins que le domaine, celui du programme ECD en l'occurrence, ne soit reconnu par la Cour comme une science valable ou, comme l'indique le juge Fontana, un [TRADUCTION] « domaine secondaire » valable. [Par. 13 et 14] [Je souligne.]

- [8] Je souligne que le juge a décrit les deux policiers qui ont témoigné comme étant des experts en mesure de donner un témoignage d'opinion. La compétence de l'un de ces experts, le gendarme Travis Jones, était liée à l'évaluation et à la classification des drogues, la « science » même que le juge du procès remet maintenant en question.

- [9] Le juge du procès a acquitté l'intimé et ce verdict a été confirmé par la cour d'appel en matière de poursuites sommaires, établie en vertu de la partie XXVII du

Code criminel. L'appelante demande maintenant l'autorisation d'interjeter appel en vertu du par. 839(1) qui prévoit que tout appel doit être interjeté pour un motif qui comporte une question de droit seulement.

III. Questions en litige

[10] L'un des moyens d'appel soulevés devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires était la question de savoir si le juge du procès avait fait erreur en concluant que le ministère public n'avait pas établi le critère de la fiabilité à l'égard du Programme d'évaluation et de classification des drogues. Devant notre Cour, ce moyen d'appel a été reformulé comme suit en deux moyens distincts :

- Le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit en ce qui a trait à la pertinence du témoignage de façon générale et plus particulièrement en ce qui a trait au par. 254(3.1).
- Le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit en ce qui a trait à la suffisance de la preuve et au fardeau de la preuve relativement à une déclaration de culpabilité.

IV. Analyse

[11] Au procès, le juge a décrit le gendarme Travis Jones comme un expert habilité à donner un témoignage d'opinion relativement à la « science » de l'évaluation et de la classification des drogues, « science » qu'il a plus tard rejetée parce qu'elle ne satisfaisait pas au critère préliminaire de la fiabilité : voir le par. 85 de la décision de première instance. Il s'agit là d'une question préliminaire fondamentale qui, à mon avis, constitue une partie de l'analyse de la pertinence élaborée dans *Mohan* : voir *Mohan*, au

par. 28. Il va sans dire qu'une preuve qui n'est pas fiable ne sera pas admissible, même si elle satisfait à d'autres critères de l'analyse de *Mohan*.

[12] Un juge de procès ne s'est pas acquitté de sa charge tant qu'il n'a pas tranché toutes les questions de manière définitive : *Estey c. Lockerbie et al.* (1999), 214 R.N.-B. (2^e) 17 (C.A.); *R. c. Howell*, [1995] N.S.J. No. 483 (C.A.) (QL); *R. c. Roberts*, 2004 BCCA 436, [2004] B.C.J. No. 1843; *R. c. Conley*, [1979] A.J. No. 845 (C.A.) (QL). Par conséquent, rien n'empêchait le juge du procès de reconsidérer la qualité d'« expert » d'un témoin et rien ne l'empêchait non plus de réexaminer la validité d'une science. Cependant, le juge ne peut revenir sur sa décision qu'après avoir avisé les parties qu'il a des hésitations et après leur avoir donné l'occasion de plaider la question de nouveau : voir *R. c. Pinchak*, 2010 ABQB 747, [2010] A.J. No. 1374 (QL), où la cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès était revenu sur une de ses conclusions précédentes sans en aviser les parties. *Pinchak* examine également le droit concernant les obligations d'un juge en pareille situation et l'importance de permettre aux avocats des parties de débattre une question avant que le jugement ne soit rendu.

[13] Dans la présente affaire, le juge du procès a d'abord accepté le témoignage des policiers. En leur permettant de témoigner en qualité de témoins experts, il a implicitement accepté le fondement scientifique de leur témoignage. Il a par la suite reconsidéré leur témoignage et conclu qu'il n'était pas admissible en raison du manque de fiabilité de la science, sans demander la présentation d'observations supplémentaires. Certes, le juge ne s'est pas acquitté de sa charge tant qu'il ne s'est pas prononcé définitivement sur l'affaire mais, s'il reconsidère une conclusion qu'il a tirée, il doit en aviser les parties et les inviter à présenter des observations additionnelles.

[14] Je suis d'avis que le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit en confirmant la décision du juge du procès dans des circonstances où le droit de l'appelante d'être entendue sur les questions d'admissibilité de la preuve (témoignage d'opinion de l'expert par opposition à sa valeur

probante) et du critère de la fiabilité (comme élément de la pertinence) d'une « science » n'a pas été respecté. Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'interjeter appel, d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict d'acquiescement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.