

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

153-09-CA

SCOTT BARRY FRASER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Fraser v. R., 2010 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
October 28, 2009

History of the Case:

Decision under appeal:  
2009 NBQB 291

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard and judgment rendered:  
May 27, 2010

Reasons delivered:  
August 5, 2010

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

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

SCOTT BARRY FRASER

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Fraser c. R., 2010 NBCA 60

CORAM :

L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Green

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 28 octobre 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2009 NBBR 291

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu et jugement rendu :  
Le 27 mai 2010

Motifs déposés :  
Le 5 août 2010

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Richard

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

Counsel at the hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
E. J. Mockler, Q.C.

Pour l'appelant :  
M<sup>e</sup> E. J. Mockler, c.r.

For the respondent:  
Jean-Guy Savoie

Pour l'intimée :  
M<sup>e</sup> Jean-Guy Savoie

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

Rejette l'appel.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

[1] Scott Barry Fraser appeals a decision of the Court of Queen's Bench dismissing his application for judicial review of a trial judge's ruling made in the course of a criminal proceeding. On May 27, 2010, we dismissed his appeal and indicated that brief reasons would follow. These are our reasons.

[2] On August 23, 2007, an RCMP officer stopped the vehicle Mr. Fraser was driving on Route 8 between Fredericton and Miramichi. The officer demanded Mr. Fraser provide samples of his breath so as to enable a proper analysis to determine the concentration, if any, of alcohol in his blood. Mr. Fraser complied with the demand, and the results of the subsequent analysis led to charges under ss. 253(b) and 253(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985 c-46.

[3] Before the trial was held, the *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008 c. 6, came into force. That *Act* amends the *Criminal Code* with the object of significantly narrowing a defence that had previously been available to people charged with certain offences based on the results of breathalyser readings. Before the amendments, s. 258(1)(a) of the *Criminal Code* left the door open for an accused to call evidence of his pattern of alcohol consumption in an effort to impugn the reliability of the breathalyser test. However, the new provisions appear to significantly limit an accused person's ability to do so.

[4] During the trial in the Provincial Court, Mr. Fraser challenged the admissibility of the certificate of the qualified technician on various grounds. During a *voir dire*, he also asked the trial judge to rule on the application of the *Tackling Violent Crime Act* to his case. Mr. Fraser argued the provisions were substantive in nature, and, therefore, could not have retrospective application. The trial judge held otherwise.

He ruled the amendments to s. 258 of the *Criminal Code* “are procedural and evidentiary and apply retrospectively.” He also found the impugned provisions constitutionally valid.

[5] Before the trial could resume, Mr. Fraser applied to the Court of Queen’s Bench to have the decision quashed. On October 28, 2008, a judge of that Court dismissed Mr. Fraser’s application: [2009] N.B.J. No. 356 (QL), 2009 NBQB 291. Relying on *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, [2001] S.C.J. No 53 (QL), 2001 SCC 53, the judge held that judicial review in criminal proceedings “is restricted to those instances in which the judge acted in excess of his or her jurisdiction, had breached the principles of fundamental justice or denied procedural fairness” (para. 15). Mr. Fraser appeals that decision to this Court.

[6] The application judge was correct. The law is clear: an error of law made within the scope of a Provincial Court judge’s jurisdiction will not suffice as a basis for relief by way of judicial review. The governing principles, captured in *Russell*, were summarized in *R. v. Chaplestone Developments Inc. et al.* (2004), 277 N.B.R. (2d) 350, [2004] N.B.J. No. 450 (QL), 2004 NBCA 96, leave to appeal refused [2005] S.C.C.A. No. 38 (QL), and were more recently applied in *R. v. LeBlanc (R.M.) et al.* (2009), 352 N.B.R. (2d) 333, [2009] N.B.J. No. 409 (QL), 2009 NBCA 84. In *LeBlanc*, the Court made it clear: rulings at a preliminary inquiry are beyond the reach of judicial review, regardless of whether they are right or wrong.

[7] Mr. Fraser argues there are exceptions to this general rule because the trial judge’s decision was not made at a preliminary inquiry, and he cites *Chaplestone* and *R. v. Cunningham*, [2010] S.C.J. No. 10 (QL), 2010 SCC 10 in support. *Chaplestone* involved the ordered disclosure of confidential information belonging to third party taxpayers. This Court held that where the identities of third parties are involved, “[j]udicial review is the only adequate remedy available to protect [their] interests” (para. 4). As Robertson J.A. points out, in such circumstances “it is only just that the judicial review application be extended to the decision to require production of privileged documents” (para. 4). *Chaplestone* determines that the decision to disclose confidential

information relating to third parties is a jurisdictional question that can be judicially reviewed. However, *Chaplestone* also confirms that “[m]ere errors of law do not qualify [for judicial review]” (para. 3).

[8] In *Cunningham*, a lawyer applied to withdraw as counsel of record in a criminal case because of legal aid funding issues. The trial judge refused the lawyer’s application. The lawyer applied for judicial review, but the court held the decision could not be reviewed because the trial judge had not exceeded jurisdiction. The matter was appealed further, and eventually made its way to the Supreme Court of Canada. On the availability of judicial review, Rothstein J., for the Court, stated as follows:

Orders in the nature of *certiorari* may only be granted where the inferior court has made a jurisdictional error or an error of law on the face of the record (G. Létourneau, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), at p. 143). Gower J. thought he had to find an excess of jurisdiction to interfere with Lilles Terr. Ct. J.’s exercise of discretion. However, excess of jurisdiction is the standard for a preliminary inquiry judge’s decision to either commit an accused to trial or issue a discharge (*Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, at p. 413; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, at p. 380; *R. v. Deschamplain*, 2004 SCC 76, [2004] 3 S.C.R. 601, at para. 17). This high threshold for review is premised on the fact that a preliminary inquiry does not result in a final determination of guilt or innocence; therefore, there is less need for broad supervisory remedies (*Dubois*, at pp. 373-74). However, a lawyer seeking withdrawal is not analogous to a committal or discharge at a preliminary inquiry; it is more closely analogous to *Dagenais*, a third-party application. The judge at first instance has the authority to make an immediate and final determination on counsel’s application to withdraw. As noted by Steel J.A. in *Deschamps*, refusing an application to withdraw is a coercive and conclusive order with respect to the lawyer (para. 38). Therefore, in this context an order in the nature of *certiorari* should be given its normal scope and can be allowed where there is an error of jurisdiction or an error of law on the face of the record (*Dagenais*, at pp. 864-65).

Because the authority to supervise the conduct of counsel falls within the inherent or necessarily implied jurisdiction of the court, it is difficult to see how a decision to refuse withdrawal could amount to a jurisdictional error. However, it would be open for counsel to argue that the provincial or territorial court judge committed an error of law on the face of the record. Such errors would include, for example, refusing withdrawal when counsel seeks to withdraw for ethical reasons, or failing to consider a relevant factor when exercising discretion over withdrawal for non-payment of fees (see *R. v. Gardiner*, 2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394, at para. 26, and *Ottawa Citizen Group Inc. v. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590, at para. 49). [paras. 57-58]

[9] *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, [1994] S.C.J. No. 104 (QL) involved a media challenge to a publication ban in a criminal matter. Thus, like *Chaplestone* and *Cunningham*, the interests of parties not directly involved in the criminal proceedings were at stake.

[10] In situations like *Dagenais*, *Chaplestone* and *Cunningham*, it is not surprising that courts recognize recourse to judicial review against a decision made in a criminal proceeding that affects third party interests (see *Cunningham*, at paras. 56-58).

[11] While *Cunningham* was said to be analogous to *Dagenais* because “defence counsel is a third party to the main criminal action” (para. 56), the same cannot be said of the present case, where no third party interests are at stake. Mr. Fraser is not left without recourse if the trial judge erred in law in ruling on the retrospective application of the *Tackling Violent Crime Act*. If convicted, he can appeal. If acquitted, the error, if any, will have been without consequence to him. As Rothstein J. stated in *Cunningham* “there is no provision in the *Criminal Code* providing for interlocutory appeals (see s. 674 of the *Criminal Code*)” (para. 55). Similarly, there is no recourse for an accused person to obtain judicial review of errors of law made within the scope of a trial judge’s jurisdiction. Any challenge to such errors must be made by appeal after a verdict is rendered. *Dagenais*, *Chaplestone* and *Cunningham* do not change the law in this regard; instead they rather soundly affirm it.

[12] In the present case, the trial judge made a ruling on a question of law regarding the retrospective application of the *Tackling Violent Crime Act*. He also ruled on the constitutionality of the impugned provisions. No one else but the trial judge had jurisdiction to make those initial rulings. It therefore cannot be successfully argued the judge committed jurisdictional errors. The application judge ruled that if “[the trial judge’s rulings] constitute errors they are errors of law that are only able to be rectified by way of an appeal at the conclusion of the trial. They are not remediable by way of judicial review.” This conclusion is absolutely correct. I would add that this principle is one that should now be abundantly obvious and may well, in appropriate cases, form the basis for the exercise of the discretion conferred by Rule 69.04(1) of the *Rules of Court* when it comes to deciding whether to fix a date for a hearing of an application for judicial review.

[13] For those reasons, the appeal is dismissed.

LE JUGE RICHARD

- [1] Scott Barry Fraser interjette appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine portant rejet de sa requête en révision d'une décision rendue par un juge au cours d'un procès en matière criminelle. Le 27 mai 2010, nous avons rejeté son appel et avons précisé que de courts motifs seraient ultérieurement déposés. Voici nos motifs.
- [2] Le 23 août 2007, un agent de la GRC a intercepté le véhicule que conduisait M. Fraser sur la route 8 entre Fredericton et Miramichi. L'agent a ordonné à M. Fraser de fournir les échantillons d'haleine nécessaires à une analyse convenable pour déterminer son alcoolémie. M. Fraser s'est conformé à cet ordre et les résultats de l'analyse subséquente ont donné lieu au dépôt d'accusations en vertu des al. 253b) et 253a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985 c-46.
- [3] Avant que le procès n'ait lieu, la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, ch. 6, est entrée en vigueur. Cette *Loi* est venue modifier le *Code criminel* dans le but de restreindre considérablement un moyen de défense que pouvaient jusqu'alors invoquer les personnes accusées de certaines infractions selon les résultats de l'alcootest. Avant ces modifications, l'accusé pouvait, sous le régime de l'al. 258(1)a) du *Code criminel*, produire des preuves établissant la façon dont il avait consommé l'alcool afin d'essayer de contester la fiabilité de l'alcootest. Toutefois, les nouvelles dispositions semblent limiter considérablement la capacité de l'accusé de présenter ce genre de preuves.
- [4] Pendant le procès devant la Cour provinciale, M. Fraser a contesté l'admissibilité du certificat du technicien qualifié en invoquant différents moyens. Au cours d'un voir-dire, il a également demandé au juge du procès de statuer sur l'application de la *Loi sur la lutte contre les crimes violents* à son cas. M. Fraser a prétendu que les dispositions en question étaient des dispositions de fond et ne pouvaient



donc avoir un effet rétroactif. Le juge du procès en a décidé autrement. Il a statué que les modifications apportées à l'art. 258 du *Code criminel* visaient [TRADUCTION] « essentiellement la preuve et la procédure et leur application [était] rétroactive ». Il a également conclu que les dispositions contestées étaient valides sur le plan constitutionnel.

[5] Avant que le procès ne puisse reprendre, M. Fraser s'est adressé à la Cour du Banc de la Reine afin qu'elle infirme cette décision. Le 28 octobre 2008, un juge de cette Cour a rejeté la requête de M. Fraser : [2009] A.N.-B. n° 356 (QL), 2009 NBBR 291. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, [2001] A.C.S. n° 53 (QL), 2001 CSC 53, le juge a statué qu'en matière criminelle, « le contrôle judiciaire ne s'applique qu'aux cas où le juge a outrepassé sa compétence, a violé les principes de justice fondamentale ou naturelle ou a refusé une procédure équitable » (par. 15). M. Fraser interjette appel de cette décision devant notre Cour.

[6] La décision du juge saisi de la requête est bien fondée. Les règles de droit sont claires : une erreur de droit commise dans les limites de la compétence d'un juge de la Cour provinciale ne constitue pas une raison suffisante pour justifier un redressement par voie de contrôle judiciaire. Les principes directeurs ont été énoncés dans l'arrêt *Russell*, ont été résumés dans l'arrêt *R. c. Chapelstone Developments Inc. et al.* (2004), 277 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 350, [2004] A.N.-B. n° 450 (QL), 2004 NBCA 96, autorisation de pourvoi refusée [2005] C.S.C.R. n° 38 (QL), et ont été plus récemment appliqués dans l'arrêt *R. c. LeBlanc (R.M.) et al.* (2009), 352 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 333, [2009] A.N.-B. n° 409 (QL), 2009 NBCA 84. Dans l'arrêt *LeBlanc*, la Cour a clairement dit que les décisions qui sont prises dans le cadre d'une enquête préliminaire échappent à tout contrôle judiciaire, que la décision soit juste ou erronée.

[7] M. Fraser prétend qu'il y a des exceptions à cette règle générale parce que la décision du juge du procès n'a pas été rendue lors d'une enquête préliminaire et il invoque les arrêts *Chapelstone* et *R. c. Cunningham*, [2010] A.C.S. n° 10 (QL), 2010 CSC 10 à l'appui de sa prétention. L'affaire *Chapelstone* se rapportait à la divulgation,

qui avait été ordonnée, de renseignements confidentiels appartenant à des tiers contribuables. Notre Cour a statué que lorsque l'identité de tiers est en cause, « [l]a révision judiciaire est la seule mesure réparatoire appropriée pour protéger les intérêts de ces [tiers] » (par. 4). Comme l'a souligné le juge d'appel Robertson, dans ces circonstances, « il n'est que juste que la requête en révision judiciaire vise également la décision d'exiger la production de documents protégés » (par. 4). L'arrêt *Chapelstone* pose en principe que la décision de divulguer des renseignements confidentiels concernant des tiers est une question de compétence qui est susceptible de révision judiciaire. Toutefois, l'arrêt *Chapelstone* confirme également que « [l]es simples erreurs de droit ne donnent pas lieu à [une révision judiciaire] » (par. 3).

[8] Dans l'affaire *Cunningham*, une avocate avait demandé l'autorisation de cesser d'occuper à titre d'avocate au dossier dans une affaire criminelle en raison de la révocation de l'aide juridique. Le juge du procès avait rejeté la demande de l'avocate. Celle-ci avait présenté une requête en révision, mais la Cour avait statué que la décision n'était pas susceptible de contrôle judiciaire parce que le juge du procès n'avait pas outrepassé sa compétence. L'affaire a été portée en appel et s'est finalement rendue jusqu'à la Cour suprême du Canada. Voici ce qu'a dit le juge Rothstein, qui rendait jugement au nom de la Cour, sur la question de l'accès au contrôle judiciaire :

Une demande de *certiorari* ne peut être accueillie que lorsque la juridiction inférieure a rendu une décision erronée sur sa compétence ou commis une erreur de droit manifeste eu égard au dossier (G. Létourneau, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), p. 143). Le juge Gower a estimé qu'il ne pouvait intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que si le juge Lilles, de la Cour territoriale, avait outrepassé sa compétence. Toutefois, en matière d'enquête préliminaire, l'exigence de l'excès de compétence s'applique au renvoi de l'accusé à son procès ou à la décision de le libérer (*Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, p. 413; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, p. 380; *R. c. Deschamplain*, 2004 CSC 76, [2004] 3 R.C.S. 601, par. 17). Ce critère de révision strict procède du fait qu'à l'issue d'une enquête préliminaire, le tribunal ne se prononce pas définitivement sur la culpabilité ou

l'innocence de l'accusé, de sorte que de larges moyens de contrôle sont moins nécessaires (*Dubois*, p. 373-374). La demande présentée par un avocat pour cesser d'occuper ne s'apparente ni au renvoi à procès ni à la libération à l'issue de l'enquête préliminaire. Elle se rapproche davantage de la situation considérée dans l'affaire *Dagenais*, où la demande était présentée par un tiers. Le juge de première instance peut statuer sans délai et définitivement sur la demande d'autorisation de cesser d'occuper. Comme l'indique la juge Steel dans l'arrêt *Deschamps*, le rejet d'une telle demande est une décision contraignante et définitive vis-à-vis de l'avocat (par. 38). Dans ce contexte, il convient donc de reconnaître au *certiorari* sa portée normale et de ne l'accorder qu'en présence d'une décision erronée sur la compétence ou d'une erreur de droit manifeste à la lecture du dossier (*Dagenais*, p. 864-865).

Comme le pouvoir du tribunal de surveiller le comportement des avocats ressortit à sa compétence inhérente ou à sa compétence par déduction nécessaire, il est difficile de concevoir que le refus d'autoriser un avocat à cesser d'occuper puisse équivaloir à une décision erronée sur sa compétence. Cependant, l'avocat peut faire valoir que le juge de la cour provinciale ou territoriale a commis une erreur de droit au vu du dossier. Pareille erreur s'entend notamment du refus de permettre à l'avocat de cesser d'occuper pour un motif d'ordre déontologique ou de l'omission de tenir compte d'un élément pertinent dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non la cessation d'occuper pour cause de non-paiement des honoraires (voir *R. c. Gardiner*, 2008 ONCA 397, 231 C.C.C. (3d) 394, par. 26, et *Ottawa Citizen Group Inc. c. R.*) (2005) 75 O.R. (3d) 590 (C.A.), par. 49) [par. 57 et 58].

[9] Dans l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, [1994] A.C.S. n° 104 (QL), il s'agissait de la contestation par les médias d'une ordonnance de non-publication rendue dans une instance criminelle. Ainsi, comme c'était le cas dans les affaires *Chapelstone* et *Cunningham*, les intérêts de parties qui n'étaient pas directement en cause dans l'instance criminelle étaient en jeu.

[10] Dans des situations comme celles qui existaient dans les affaires *Dagenais*, *Chapelstone* et *Cunningham*, il n'est pas étonnant que les tribunaux reconnaissent le recours au contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision prise dans une instance criminelle qui touche les intérêts de tiers (voir l'arrêt *Cunningham*, aux par. 56 à 58).

[11] Bien que la Cour ait dit que l'affaire *Cunningham* était analogue à l'affaire *Dagenais* parce que « l'avocate criminaliste est elle aussi un tiers en ce qui concerne l'instance principale de nature pénale » (par. 56), on ne peut pas dire la même chose de la présente instance où les intérêts de tiers ne sont pas en jeu. M. Fraser n'est pas privé de tout recours pour le cas où le juge du procès aurait commis une erreur de droit en statuant sur l'application rétroactive de la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*. S'il est déclaré coupable, il peut interjeter appel. S'il est acquitté, l'erreur commise, le cas échéant, n'aura eu aucune conséquence sur lui. Comme l'a dit le juge Rothstein dans l'arrêt *Cunningham* « aucune disposition du *Code criminel* ne [permet] d'interjeter un appel interlocutoire (voir l'art. 674 du *Code criminel*) » (par. 55). De même, un accusé ne peut exercer un recours afin d'obtenir le contrôle judiciaire d'erreurs de droit commises dans les limites de la compétence du juge du procès. Ce genre d'erreur doit être contesté au moyen d'un appel interjeté après que le verdict a été rendu. Les arrêts *Dagenais*, *Chapelstone* et *Cunningham* ne modifient pas le droit à cet égard; au contraire, ils le confirment résolument.

[12] En l'espèce, le juge du procès a tranché une question de droit ressortissant à l'application rétroactive de la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*. Il a également statué sur la constitutionnalité des dispositions contestées. Nul autre que le juge du procès n'avait compétence pour rendre ces décisions initiales. On ne saurait donc prétendre à bon droit que le juge a commis des erreurs de compétence. Le juge saisi de la requête en révision a statué que si « [les décisions du juge du procès] constituent des erreurs, ce sont des erreurs de droit, qui peuvent être corrigées uniquement par voie d'appel à la fin du procès. On ne peut pas y remédier par voie de révision judiciaire ». Cette conclusion est parfaitement juste. J'ajouterais qu'il s'agit là d'un principe qui devrait maintenant être

tout à fait évident et qui pourrait bien, lorsque les circonstances s'y prêtent, servir de fondement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est conféré à la règle 69.04(1) des *Règles de procédure* lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de fixer une date d'audience relativement à une requête en révision.

[13] Pour ces motifs, l'appel est rejeté.