COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

169-10-CA

FABIAN DANIEL HENRY

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

FABIAN DANIEL HENRY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Henry v. R., 2011 NBCA 40

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:
November 25, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
2010 NBQB 395

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 30, 2011

Judgment rendered:
April 28, 2011

Counsel at hearing:

Fabian Daniel Henry
appeared in person

For the respondent:
Cameron H. Gunn

Henry c. R., 2011 NBCA 40

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 25 novembre 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2010 NBBR 395

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 30 mars 2011

Jugement rendu :
Le 28 avril 2011

Avocats à l'audience :

Fabian Daniel Henry
a comparu en personne

Pour l'intimée :
Cameron H. Gunn

THE COURT

The application for leave to appeal and the appeal are allowed pursuant to s. 839(1) of the *Criminal Code*, solely for the purpose of correcting the disposition made in the Court of Queen's Bench, and providing for a new trial.

LA COUR

La demande en autorisation d'appel et l'appel sont accueillis conformément au par. 839(1) du *Code criminel*, uniquement en vue de réformer le dispositif de la Cour du Banc de la Reine et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] This is an application for leave to appeal the decision of a summary conviction appeal court judge lifting the stay of proceedings entered in the Provincial Court with respect to two charges under the *Criminal Code*: one under s. 253(1)(*b*) (over .08 blood/alcohol level) and the other under s. 253(1)(*a*) (impaired driving). That stay was ordered as a remedy for the perceived violation of the appellant's *Charter* disclosure rights, as delineated in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, [1991] S.C.J. No. 83 (QL), and its progeny. The violation in question was said to have occurred when the Crown could not produce for inspection a video recording of the respondent that may have been made during his attendance at the Oromocto RCMP detachment for blood alcohol testing.

[2] The circumstances underlying the Crown's inability to produce the recording, if any, remain murky. Presumably, that uncertainty would have dissipated had consideration of a stay been delayed until a full evidential record of the pertinent circumstances was assembled.

[3] The summary conviction appeal court judge set aside the stay after canvassing the jurisprudence in other jurisdictions and concluding the termination of the proceedings was premature and, to a significant extent, predicated upon speculation regarding the circumstances surrounding the claimed *Charter* violation and those bearing upon the appropriateness of the stay as a remedy, in the event of a violation (see 2010 NBQB 395, 366 N.B.R. (2d) 316). In the result, the judge allowed the appeal and ordered: "the matter is remitted to the Provincial Court to resume the trial" (para. 20). It is the latter order which is problematic.

[4] After due consideration of the appellant's submissions, we are not persuaded the summary conviction appeal court judge's reasons for decision reflect

reversible error. Indeed, those reasons are fully in accord with *R. v. Foster*, 2001 NBCA 48, 237 N.B.R. (2d) 139, which is directly on point. That said, the order disposing of the appeal cannot stand.

[5] By application of s. 822(1), the powers of the summary conviction appeal court in an appeal of this type are set out in s. 686(4), which provides as follows:

686.(4) If an appeal is from an acquittal or verdict that the appellant or respondent was unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal may	686.(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement ou d'un verdict d'inaptitude à subir un procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux rendu à l'égard de l'appelant ou l'intimé, la cour d'appel peut :
(*a*) dismiss the appeal; or	*a*) rejeter l'appel;
(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and	*b*) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas :
(i) order a new trial, or	(i) ordonner un nouveau procès,
(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.	(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

[6] The Supreme Court has held that a stay of proceedings, which, like the one at issue here, brings an end to the prosecution, is tantamount to an acquittal (see *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, [1985] S.C.J. No. 53 (QL)). Thus, a judge setting aside such a stay of proceedings is required by s. 686(4) to either order a new trial or, in some cases unlike the present one, enter a verdict of guilty. In *R. v. Yelle*, 2006 ABCA 276, [2006] A.J. No. 1194 (QL), the Court concluded the power to order a new trial under s. 686(4) was broad enough to include the return of a case to the trial judge for continuation of the

trial. In that case, the trial judge had heard approximately three months of evidence before a stay was directed.

[7] There are no circumstances in the present case that might attract the kind of analysis Martin J.A. undertook in *Yelle*, and the summary conviction appeal court judge did not undertake such an analysis. Whether the reasoning in *Yelle* should be applied in this Province is something we leave for another day, when the circumstances might require a full analysis of the question. In the meantime, the summary conviction appeal court judge should have disposed of the appeal in the manner sought in the notice of appeal and as expressly allowed by s. 686(4): he should have ordered a new trial.

[8] For these reasons, the application for leave to appeal and the appeal are allowed. The decision of the summary conviction appeal court is set aside only with respect to the disposition of the appeal. Thus, the stay of proceedings directed in the Provincial Court is set aside and a new trial is ordered.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] La demande en autorisation d'appel vise la décision d'un juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires de lever la suspension de l'instance inscrite à la Cour provinciale relativement à deux accusations sous le régime du *Code criminel* : l'une prévue à l'al. 253(1)*b*) (alcoolémie supérieure à 0,08) et l'autre, à l'al. 253(1)*a*) (conduite avec facultés affaiblies). La suspension de l'instance avait été ordonnée pour réparer l'apparence de violation des droits de l'appelant à la communication de la preuve qui sont protégés par la *Charte*, comme l'indiquent l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, [1991] A.C.S. n° 83 (QL), et la jurisprudence qui a suivi. La violation en question serait apparemment attribuable au fait que le ministère public était dans l'impossibilité de produire pour examen un enregistrement vidéo qui aurait été fait lorsque l'appelant était présent au détachement de la GRC à Oromocto pour y subir l'alcootest.

[2] Les circonstances qui ont fait que le ministère public était dans l'impossibilité de produire l'enregistrement en question, s'il existe, demeurent nébuleuses. On peut supposer que les doutes auraient été dissipés si l'examen de la suspension avait été retardé jusqu'à ce qu'un dossier de preuve complet sur les circonstances pertinentes ait été assemblé.

[3] Le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a annulé la suspension après avoir examiné de façon approfondie la jurisprudence d'autres ressorts et conclu que le sursis de l'instance était prématuré et, dans une large mesure, fondé sur des hypothèses concernant les circonstances de la violation de la *Charte* alléguée et celles ayant un rapport avec le caractère approprié de la suspension comme réparation en cas de violation (voir 2010 NBBR 395, 366 R.N.-B. (2e) 316). En conséquence, le juge a accueilli l'appel et ordonné que [TRADUCTION] « l'affaire soit renvoyée à la

Cour provinciale pour la reprise du procès » (par. 20). C'est cette dernière ordonnance qui fait problème.

[4] Après avoir dûment examiné les observations de l'appelant, nous ne sommes pas convaincus que les motifs de décision du juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires révèlent une erreur justifiant l'infirmation de sa décision. À vrai dire, ces motifs s'inscrivent parfaitement dans la foulée de l'arrêt *R. c. Foster*, 2001 NBCA 48, 237 R.N.-B. (2e) 139, qui porte directement sur ce point. Cela dit, le dispositif de la décision d'appel ne peut être maintenu.

[5] Par application du par. 822(1), les pouvoirs de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires dans un appel de ce genre sont énoncés au par. 686(4) qui est rédigé comme suit :

686.(4) If an appeal is from an acquittal or verdict that the appellant or respondent was unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal may	686.(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement ou d'un verdict d'inaptitude à subir un procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux rendu à l'égard de l'appelant ou l'intimé, la cour d'appel peut :
(*a*) dismiss the appeal; or	*a*) rejeter l'appel;
(*b*) allow the appeal, set aside the verdict and	*b*) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas :
(i) order a new trial, or	(i) ordonner un nouveau procès,
(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.	(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

[6] La Cour suprême a conclu qu'une suspension d'instance qui, comme celle en cause dans la présente affaire, met fin à la poursuite équivaut à un acquittement (voir *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, [1985] A.C.S. n° 53 (QL)). Par conséquent, un juge qui annule pareille suspension de l'instance est tenu, en vertu du par. 686(4), d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou, dans certains cas, contrairement à la présente affaire, de consigner un verdict de culpabilité. Dans *R. c. Yelle*, 2006 ABCA 276, [2006] A.J. No. 1194 (QL), la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le pouvoir d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu du par. 686(4) était suffisamment large pour inclure le renvoi d'une affaire au juge du procès pour la poursuite de l'instruction. Dans cette affaire, le juge du procès avait procédé à l'instruction de la cause pendant environ trois mois avant d'ordonner la suspension.

[7] Dans la présente affaire, aucune circonstance ne saurait donner lieu au genre d'analyse effectuée par le juge Martin dans *Yelle*, et le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires n'a pas procédé à pareille analyse. La question de savoir si le raisonnement de l'arrêt *Yelle* devrait s'appliquer dans notre province est un sujet que nous examinerons un autre jour lorsque les circonstances exigeront une analyse complète de la question. Dans l'intervalle, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires aurait dû trancher l'appel de la manière demandée dans l'avis d'appel et comme le par. 686(4) le prévoit expressément : il aurait dû ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[8] Pour les motifs que nous venons d'exposer, la demande en autorisation d'appel et l'appel sont accueillis. La décision de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires est annulée seulement en ce qui a trait au dispositif de l'appel. Par conséquent, la suspension de l'instance ordonnée par la Cour provinciale est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.