

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

72-21-CA

DAVID TRIPP

DAVID TRIPP

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

Tripp v. R., 2022 NBCA 69

Tripp c. R., 2022 NBCA 69

CORAM:

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

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
May 31, 2021

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 31 mai 2021

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
2021 NBQB 125

Décision frappée d'appel :  
2021 NBBR 125

Preliminary or incidental proceedings:  
None

Procédures préliminaires ou accessoires :  
aucune

Appeal heard:  
September 20, 2022

Appel entendu :  
le 20 septembre 2022

Judgment rendered:  
December 8, 2022

Jugement rendu :  
le 8 décembre 2022

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Robert K. McKee

Pour l'appellant :  
Robert K. McKee

For the respondent:  
Patrick McGuinty

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty

THE COURT

Leave to appeal is granted, but the appeal is dismissed.

LA COUR

L'autorisation d'interjeter appel est accordée, mais l'appel est rejeté.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] When David Tripp was arrested for impaired driving, he was promptly informed of his right to consult a lawyer, which he unequivocally waived. Mr. Tripp told officers that a lawyer would not be able to help him, but he did ask to call his mother to inform his family of his whereabouts. This was not facilitated until after he provided samples of his breath for analysis. At Mr. Tripp's trial on offences related to impaired driving (ss. 320.14(1)(a) and (b) of the *Criminal Code*), a judge of the provincial court excluded evidence on the grounds Mr. Tripp's s. 10(b) *Charter* rights were violated when officers did not facilitate a call to his mother before collecting the samples of his breath. As a result, Mr. Tripp was acquitted.

[2] The Attorney General successfully appealed the acquittal to the summary conviction appeal court, which ordered a new trial. In a decision reported as *Her Majesty the Queen v. David Tripp*, 2021 NBQB 125, [2021] N.B.J. No. 256 (QL), the summary conviction appeal court judge concluded the trial judge erred on questions of law and made palpable and overriding errors on questions of fact.

[3] Mr. Tripp seeks leave to appeal the decision of the summary conviction appeal court. The Attorney General argues the application for leave should be dismissed. He urges us to adopt and apply the principles set out in *R. v. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, [2008] O.J. No. 2468 (QL), to govern leave to appeal applications from decisions of a summary conviction appeal court. We leave this question open for another day, because, in our view, on application of any test, leave to appeal should be granted in this case in order to address one of the grounds of appeal.

[4] In arguing his appeal should be allowed, Mr. Tripp raises two grounds. First, he alleges the summary conviction appeal court judge erred in law by reversing the trial judge and ordering a new trial. Second, he claims the appointment of an *amicus curiae* by the summary conviction appeal court judge led to a miscarriage of justice.

[5] As we substantially agree with the reasons of the summary conviction appeal court judge, we dismiss Mr. Tripp's first ground of appeal. Had this been the sole ground of appeal, we would not have granted leave. In our view, the evidence led at the *voir dire* simply did not lend itself to any finding of a violation of Mr. Tripp's s. 10(b) *Charter* rights, much less a violation that would have resulted in the exclusion of evidence on a proper application of s. 24(2) of the *Charter*. At least twice, Mr. Tripp told police officers that he did not want to consult a lawyer and that his sole reason for wanting to call his mother was to let her know where he was. This is not a case such as *R. v. Lafrance*, 2022 SCC 32, [2022] S.C.J. No. 32 (QL), where a detainee wanted to call his father in order to secure the services of a lawyer.

[6] The second ground of appeal relates to the proceedings before the summary conviction appeal court judge. The facts relating to this ground are set out in an agreed statement of facts filed on appeal. They reveal that, on the day the summary conviction appeal was to be heard, Crown counsel informed the judge Mr. Tripp had expressed an interest in consulting duty counsel before the hearing. As a result, the summary conviction appeal court judge adjourned the hearing for an hour, during which time Mr. Tripp discussed the matter with Mr. Hazen Brien, an experienced criminal defence lawyer. When the matter resumed, the judge was informed Mr. Brien was willing to volunteer his services to assist Mr. Tripp with the appeal. Mr. Tripp was offered an adjournment but opted to have Mr. Brien assist him. The hearing proceeded with Mr. Brien being informally designated as "a friend of the Court" and not as Mr. Tripp's counsel of record. Mr. Brien had read all relevant materials and he made submissions to the judge on the legal issues raised by the Crown's appeal.

[7] Mr. Tripp later learned that, while Mr. Brien maintained a criminal defence practice, he also accepted work as an *ad hoc* prosecutor. The agreed statement of facts reveals that, at the time of the hearing before the summary conviction appeal court, Mr. Brien estimated his workload consisted of approximately 70% *ad hoc* prosecution work and 30% criminal defence work.

[8] In his reasons for decision allowing the Crown's appeal, the summary conviction appeal court judge added the following:

Note: Mr. Tripp was represented by counsel before the Provincial Court but did not retain counsel in respect of this appeal. On the date of the hearing he was granted a brief recess so that he could try to engage duty counsel. Solicitor Hazen Brien appeared on Mr. Tripp's behalf and made submissions in opposition to the appeal. While Mr. Brien maintained that he was not counsel of record for Mr. Tripp, his participation at the hearing was extremely helpful to the Court and he ably argued Mr. Tripp's case in opposition to the appeal.

[9] Mr. Tripp maintains that, had he known Mr. Brien at times worked as an *ad hoc* prosecutor, he would not have accepted his assistance. He argues the judge erred in appointing Mr. Brien as *amicus curiae* without regard to the principles that govern such appointments. The Attorney General takes no issue with that argument. In *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, the Supreme Court laid out the law on the role and limits of *amici curiae*. The Attorney General concedes, and we agree, that the principles set out in that case were not followed. Whether he wanted to be counsel of record or not, Mr. Brien effectively acted as counsel for Mr. Tripp when he accepted to advocate on his behalf. However, this is not the end of the analysis. Mr. Tripp will only be successful if he can demonstrate that a miscarriage of justice has occurred. In our view, he has failed to do so.

[10] Mr. Tripp does not allege incompetence or ineffectiveness on the part of Mr. Brien. His sole argument is focused on an alleged conflict of interest because the court-appointed lawyer owed a duty of loyalty not only to him but also to his other client, the Crown. Invoking the test laid out in the jurisprudence, he claims, "a reasonable bystander or observer, fully informed as to the role performed by the *amicus curiae* in this case, in this situation of conflict, would consider that the appointment of an *ad hoc* Crown Prosecutor and acting as *de facto* defence counsel, amounted to a miscarriage of justice." We do not agree.

[11] A review of the transcript of the appeal hearing before the summary conviction appeal court reveals that Mr. Brien argued on Mr. Tripp's behalf in a most competent manner. The record also reveals that, once Mr. Brien had presented his arguments, Mr. Tripp was provided with an opportunity to make further arguments. There is simply no basis to argue Mr. Tripp was in any way prejudiced by the lawyer's assistance. To the contrary, he benefited from it, and any reasonable observer, fully informed of the circumstances, would conclude as much.

[12] The focus of Mr. Tripp's argument in support of this ground is that Mr. Brien had a conflict of interest because he worked as both an *ad hoc* prosecutor and a defence counsel, something he did not disclose to Mr. Tripp. In our view, there is simply no merit to this argument. The reality is that criminal defence lawyers often accept *ad hoc* work as Crown counsel, and, while those lawyers must be mindful of their ethical and legal obligations to all their current and former clients, there is no allegation here, let alone any evidence, that suggests Mr. Brien was in an actual or perceived conflict regarding the present case. He argued the case competently and forcefully on behalf of Mr. Tripp, and, as noted, there is not even a suggestion of incompetence or ineffectiveness. In the circumstances, applying the test both parties have put forth as applicable, we conclude that any fully informed reasonable observer would not consider this situation as constituting a miscarriage of justice.

[13] For these reasons, while leave to appeal is granted, the appeal is dismissed.

LA COUR

[1] Lorsque David Tripp a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies, il a été rapidement informé de son droit de consulter un avocat, auquel il a renoncé sans équivoque. M. Tripp a dit aux agents qu'un avocat ne pourrait pas l'aider, mais il a demandé à appeler sa mère pour informer sa famille de l'endroit où il se trouvait. L'appel a été facilité seulement après qu'il eut fourni des échantillons de son haleine pour analyse. Lors du procès de M. Tripp pour des infractions liées à la conduite avec facultés affaiblies (al. 320.14(1)a) et b) du *Code criminel*), un juge de la Cour provinciale a exclu des éléments de preuve au motif que les droits de M. Tripp garantis à l'al. 10b) de la *Charte* avaient été violés lorsque les agents n'ont pas facilité un appel à sa mère avant de prélever les échantillons de son haleine. En conséquence, M. Tripp a été acquitté.

[2] L'appel de l'acquittement interjeté par le procureur général a été accueilli par la cour d'appel en matière de poursuites sommaires, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Dans la décision rapportée sous l'intitulé *Sa Majesté la Reine c. David Tripp*, 2021 NBBR 125, [2021] A.N.-B. n° 256 (QL), le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a conclu que le juge de première instance avait commis des erreurs sur des questions de droit et des erreurs manifestes et dominantes sur des questions de fait.

[3] M. Tripp demande l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires. Le procureur général soutient que la demande d'autorisation devrait être rejetée. Il nous invite à adopter et à appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. R. (R.)*, 2008 ONCA 497, [2008] O.J. No. 2468 (QL), régissant le traitement des demandes d'autorisation d'interjeter appel des décisions d'une cour d'appel en matière de poursuites sommaires. Nous ne trancherons pas cette question dans la présente décision, car, à notre avis, quel que soit le critère appliqué, l'autorisation d'interjeter appel devrait être accordée en l'espèce afin de traiter un des moyens d'appel.

[4] Pour soutenir que son appel devrait être autorisé, M. Tripp invoque deux moyens d'appel. Premièrement, il allègue que le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit en annulant la décision de première instance et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Deuxièmement, il affirme que la désignation d'un ami de la cour par le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a conduit à une erreur judiciaire.

[5] Étant donné que nous partageons en substance les motifs du juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires, nous rejetons le premier moyen d'appel de M. Tripp. S'il s'était agi du seul moyen d'appel, nous n'aurions pas accordé l'autorisation d'interjeter appel. À notre avis, les éléments de preuve présentés lors du voir-dire ne mènent tout simplement pas à conclure à une violation des droits de M. Tripp garantis à l'al. 10b) de la *Charte*, et encore moins à une violation qui aurait abouti à l'exclusion d'éléments de preuve par l'application appropriée du par. 24(2) de la *Charte*. M. Tripp a dit au moins deux fois aux agents de police qu'il ne voulait pas consulter un avocat et que sa seule raison de vouloir appeler sa mère était de lui faire savoir où il se trouvait. En l'espèce, il ne s'agit pas d'une situation comme celle de l'arrêt *R. c. Lafrance*, 2022 CSC 32, [2022] A.C.S. n° 32 (QL), où un détenu voulait appeler son père afin d'obtenir les services d'un avocat.

[6] Le deuxième moyen d'appel concerne l'instance tenue devant le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires. Les faits relatifs à ce moyen d'appel sont énoncés dans l'exposé conjoint des faits déposé en appel. Ils révèlent que, le jour où l'appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire devait être entendu, le procureur du ministère public a informé le juge que M. Tripp avait exprimé le désir de consulter un avocat de service avant l'audience. En conséquence, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a suspendu l'audience pour une heure, au cours de laquelle M. Tripp a discuté de l'affaire avec M<sup>e</sup> Hazen Brien, un avocat de la défense d'expérience en droit criminel. À la reprise de l'instance, le juge a été informé que M<sup>e</sup> Brien était prêt à offrir ses services bénévolement pour aider M. Tripp dans le cadre de l'appel. M. Tripp s'est vu proposer un ajournement, mais a choisi de se faire



assister par M<sup>e</sup> Brien. L'audience s'est poursuivie, M<sup>e</sup> Brien ayant été officieusement désigné comme [TRADUCTION] « ami de la cour » et non comme l'avocat commis au dossier de M. Tripp. M<sup>e</sup> Brien avait lu tous les documents pertinents et a présenté au juge des observations sur les questions juridiques soulevées par l'appel du ministère public.

[7] M. Tripp a appris par la suite que, tout en exerçant comme avocat de la défense au criminel, M<sup>e</sup> Brien acceptait également des mandats ponctuels à titre de poursuivant. L'exposé conjoint des faits révèle que, à l'époque de l'audience tenue devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires, M<sup>e</sup> Brien estimait que sa charge de travail consistait d'environ 70 % de mandats ponctuels à titre de poursuivant et 30 % de mandats comme avocat de la défense.

[8] Dans ses motifs accueillant l'appel du ministère public, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires énonce ce qui suit :

[TRADUCTION]

Remarque : M. Tripp a été représenté par un avocat devant la Cour provinciale, mais il n'a pas retenu les services d'un avocat en vue du présent appel. Le jour de l'audience, il a obtenu une brève suspension de l'audience pour pouvoir essayer de faire appel à un avocat de service. M<sup>e</sup> Hazen Brien a comparu au nom de M. Tripp et a fait des observations en opposition à l'appel. Bien qu'il ait maintenu qu'il n'était pas l'avocat commis au dossier pour M. Tripp, la participation de M<sup>e</sup> Brien à l'audience a été extrêmement utile à la Cour, et il a plaidé avec compétence la cause de M. Tripp en opposition à l'appel.

[9] M. Tripp soutient que, s'il avait su que M<sup>e</sup> Brien travaillait parfois, de façon ponctuelle, en tant que poursuivant, il n'aurait pas accepté son aide. Il soutient que le juge a commis une erreur en désignant M<sup>e</sup> Brien comme ami de la cour sans tenir compte des principes qui régissent de telles nominations. Le procureur général ne conteste pas cet argument. Dans l'arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême a énoncé le droit applicable en ce qui concerne le rôle et les limites de l'ami de la cour. Le procureur général concède, et nous sommes du même avis, que les principes énoncés dans cet arrêt n'ont pas été

suivis. Qu'il ait voulu ou non être l'avocat commis au dossier, M<sup>e</sup> Brien a effectivement agi comme avocat de M. Tripp lorsqu'il a accepté de plaider en son nom. Toutefois, l'analyse ne s'arrête pas là. M. Tripp n'aura gain de cause que s'il peut démontrer qu'une erreur judiciaire a été commise. À notre avis, il n'a pas réussi à le faire.

[10] M. Tripp n'allègue pas d'incompétence ou d'inefficacité de la part de M<sup>e</sup> Brien. Son seul argument porte sur un prétendu conflit d'intérêts, car l'avocat désigné par la Cour avait un devoir de loyauté non seulement envers lui, mais aussi envers son autre client, le ministère public. Invoquant le critère établi par la jurisprudence, il soutient ce qui suit : [TRADUCTION] « [U]n spectateur ou un observateur raisonnable, pleinement informé du rôle joué par l'ami de la cour en l'espèce, considérerait, dans la présente situation de conflit, que le fait de désigner comme avocat de la défense une personne agissant de façon ponctuelle à titre de procureur du ministère public équivaut à une erreur judiciaire. » Nous ne souscrivons pas à cette prétention.

[11] Un examen de la transcription de l'audience d'appel devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires révèle que M<sup>e</sup> Brien a plaidé au nom de M. Tripp avec grande compétence. Le dossier révèle également que, une fois que M<sup>e</sup> Brien eut présenté ses arguments, M. Tripp a eu l'occasion de présenter d'autres arguments. Il n'y a tout simplement aucun fondement pour soutenir que M. Tripp a été de quelque manière que ce soit lésé par l'assistance de l'avocat. Au contraire, il en a bénéficié, et tout observateur raisonnable, pleinement informé des circonstances, conclurait ainsi.

[12] L'argument de M. Tripp à l'appui de ce moyen d'appel est surtout que M<sup>e</sup> Brien était en situation de conflit d'intérêts parce qu'il travaillait à la fois comme procureur du ministère public de façon ponctuelle et comme avocat de la défense au criminel, ce qu'il n'avait pas révélé à M. Tripp. À notre avis, cet argument n'est tout simplement pas fondé. La réalité, c'est que les avocats de la défense acceptent souvent des mandats ponctuels pour agir à titre de procureur du ministère public et, bien que ces avocats doivent être conscients de leurs obligations éthiques et juridiques envers tous

leurs clients actuels et antérieurs, il n'y a pas d'allégation en l'espèce, et encore moins d'élément de preuve, laissant entendre que M<sup>e</sup> Brien était en situation de conflit d'intérêts réel ou apparent dans la présente affaire. Il a plaidé l'affaire avec compétence et vigueur au nom de M. Tripp, et, comme nous l'avons souligné, il n'y a pas même de soupçon d'incompétence ou d'inefficacité. Dans les circonstances, suivant le critère qui, selon que les deux parties, est applicable, nous concluons que tout observateur raisonnable et bien informé ne considérerait pas la présente situation comme constituant une erreur judiciaire.

[13] Pour ces motifs, bien que l'autorisation d'interjeter appel soit accordée, l'appel est rejeté.