

**Carson Bingley** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)  
and Canadian Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BINGLEY**

**2017 SCC 12**

File No.: 36610.

2016: October 13; 2017: February 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,  
Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Expert evidence — Admissibility — Drug recognition evaluation — Drug recognition expert certified under statutory scheme determining accused driving while drug impaired — Whether s. 254(3.1) of Criminal Code provides for automatic admissibility at trial of opinion evidence of such expert — If not, whether that testimony admissible as expert opinion pursuant to common law rules of evidence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3.1) — Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations, SOR/2008-196.*

B was observed driving erratically, pulling into a parking lot and striking a car. The police arrived and noted signs of impairment. Therefore, the officer conducted a roadside screening device test for alcohol, which B passed. The officer then requested a roadside sobriety test conducted by a drug recognition expert (“DRE”) certified under the *Criminal Code* and the *Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations* (“Regulations”). B failed the sobriety test, and was arrested for driving while drug impaired. He was taken to a police station where the DRE conducted a 12-step drug

**Carson Bingley** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)  
et Association canadienne des  
libertés civiles** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BINGLEY**

**2017 CSC 12**

N° du greffe : 36610.

2016 : 13 octobre; 2017 : 23 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Preuve — Preuve d'expert — Admissibilité — Évaluation en reconnaissance de drogues — Conclusion de l'expert en reconnaissance de drogues, certifié conformément au régime législatif, selon laquelle l'accusé a conduit avec les facultés affaiblies par la drogue — L'article 254(3.1) du Code criminel prévoit-il l'admissibilité automatique au procès du témoignage d'opinion d'un tel expert? — Si ce n'est pas le cas, ce témoignage est-il admissible en tant que témoignage d'opinion d'un expert suivant les règles de preuve en common law? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3.1) — Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool), DORS/2008-196.*

On a vu B conduire de façon irrégulière, entrer dans un stationnement et heurter un véhicule. La police est arrivée et a constaté que B présentait des signes d'affaiblissement des facultés. Par conséquent, une policière lui a fait subir un alcootest, lequel a donné des résultats non incriminants. L'agente a alors demandé à B de se soumettre sur place à un test de sobriété, effectué par un expert en reconnaissance de drogues (« ERD ») certifié sous le régime du *Code criminel* et du *Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)* (« Règlement »). B a échoué au test, et a été arrêté

recognition evaluation. During the evaluation, B admitted that he had smoked cannabis and taken two alprazolam in the previous 12 hours. An urinalysis revealed the presence of cannabis, cocaine and alprazolam. B was acquitted at his first trial, but the acquittal was overturned and a new trial ordered. At the second trial, contrary to the first, the judge held that s. 254(3.1) of the *Criminal Code* does not allow for the automatic admissibility of the DRE's evidence and that a *voir dire* is required at common law under *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. On that *voir dire*, however, the judge determined that the DRE's evidence was inadmissible as expert or lay opinion evidence and therefore, acquitted B. The summary conviction appeal judge held that s. 254(3.1) renders a DRE's evidence automatically admissible and that in any event, it would be admissible lay opinion. Finally, the Court of Appeal held that DRE evidence is automatically admissible without a *voir dire* and ordered a new trial.

*Held* (Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the order for a new trial confirmed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.: Section 254(3.1) of the *Criminal Code* does not provide for the automatic admissibility at trial of DRE opinion evidence. Section 254(3.1) gives the police investigative tools to enforce laws against drug-impaired driving; however, it does not dictate whether evidence obtained through the use of those investigative tools will be admissible. When Parliament intends to make evidence automatically admissible, it says so expressly. Because s. 254(3.1) does not speak to admissibility, the common law rules of evidence apply.

Under the common law rules for admissibility, the expert evidence analysis is divided into two stages. At the first stage, the evidence must meet the four *Mohan* factors: relevance, necessity, absence of an exclusionary rule, and special expertise. At the second stage, the trial judge must weigh potential risks against the benefits of admitting the evidence. Because of concessions made by B, the only issue in this case is whether a DRE has special expertise.

pour conduite avec les facultés affaiblies par la drogue. Il a été conduit à un poste de police, où l'ERD a effectué une évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues. Durant l'évaluation, B a admis avoir fumé du cannabis et avoir pris deux comprimés d'alprazolam dans les 12 heures précédentes. Une analyse d'urine a révélé la présence de cannabis, de cocaïne et d'alprazolam. B a été acquitté lors de son premier procès, mais l'acquiescement a été annulé et un nouveau procès a été ordonné. Au second procès, contrairement au premier, le juge a conclu que le par. 254(3.1) du *Code criminel* ne prévoit pas l'admissibilité automatique du témoignage de l'ERD et qu'un voir-dire est requis en common law suivant l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Cependant, lors de ce voir-dire, le juge a conclu que le témoignage de l'ERD était inadmissible en tant que témoignage d'opinion d'un expert ou d'un profane, et en conséquence, il a acquitté B. Le juge d'appel des poursuites sommaires a statué que le par. 254(3.1) rend le témoignage de l'ERD automatiquement admissible et que, de toute façon, il s'agirait d'une opinion de profane admissible. Enfin, la Cour d'appel a conclu que le témoignage de l'ERD est automatiquement admissible sans voir-dire et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges Karakatsanis et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown : Le paragraphe 254(3.1) du *Code criminel* n'énonce pas l'admissibilité automatique au procès du témoignage d'opinion d'un ERD. Il fournit aux policiers des outils d'enquête leur permettant de faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par la drogue; cependant, il ne précise pas si les éléments de preuve obtenus grâce à ces outils seront admissibles. Lorsque le Parlement entend rendre une preuve automatiquement admissible, il le dit expressément. Comme le par. 254(3.1) ne traite pas de l'admissibilité des éléments de preuve recueillis, les règles de preuve en common law s'appliquent.

Selon les règles de common law sur l'admissibilité, l'analyse du témoignage d'expert se divise en deux étapes. Premièrement, celui-ci doit satisfaire aux quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* : pertinence, nécessité, absence de toute règle d'exclusion et expertise particulière. Deuxièmement, le juge du procès doit soupeser les risques éventuels et les avantages que présente l'admission du témoignage. En raison des concessions faites par B, la seule question à résoudre en l'espèce consiste à déterminer si l'ERD possède une expertise particulière.

While the trial judge would normally determine whether an expert has special expertise at a *voir dire*, s. 254(3.1) of the *Criminal Code* and the legislative and regulatory scheme that accompanies it conclusively answer the question. A DRE is a “drug recognition expert”, certified as such for the purposes of the 12-step evaluation. By reason of his training and experience, a DRE undoubtedly possesses expertise on determining drug impairment that is outside the experience and knowledge of the trier of fact. He is thus an expert for the purpose of applying the 12-step evaluation and determining whether that evaluation indicates drug impairment. His expertise has been conclusively and irrebuttably established by Parliament. Knowledge of the underlying science is not a precondition to the admissibility of a DRE’s opinion. Such knowledge is required only where the science is novel. The purpose of the special rule for novel science is to ensure that the reliability of the evidence is established by precedent, evidence or statute. In this case, the reliability of the 12-step evaluation comes from the statutory framework itself.

Where, as here, the four *Mohan* threshold requirements for admissibility are met and there is no question that the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect, the trial judge is not obliged to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence. Because the DRE’s evidence is admissible as expert evidence, it is unnecessary to consider whether it could also be admissible as lay opinion.

*Per* Karakatsanis and Gascon JJ. (dissenting): Parliament has not determined that the 12-step DRE evaluation is sufficiently reliable to be admitted as evidence of drug impairment at trial. Parliament has simply endorsed the reliability of the 12-step evaluation as an investigative tool, but not as an evidentiary shortcut at trial. Without the ability to test the reliability of the scientific foundation of a DRE evaluation, the trial judge — acting as gatekeeper — will be unable to assess the probative value of such evidence, and the trier of fact will be unable to assess the weight of such evidence. Courts retain discretion to require — through precedent or evidence on a *voir dire* — confirmation that the science behind DRE evaluations

Bien que le juge du procès détermine normalement si l’expert possède une expertise particulière lors d’un voir-dire, le par. 254(3.1) du *Code criminel* et le régime législatif et réglementaire qui l’accompagne satisfont de façon concluante à l’exigence relative à l’expertise. L’ERD est un « expert en reconnaissance de drogues », certifié comme tel pour l’application du régime d’évaluation en 12 étapes. Du fait de sa formation et de son expérience, l’ERD possède indubitablement une expertise qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits lorsqu’il s’agit de vérifier si la capacité d’une personne est affaiblie par une drogue. L’ERD est donc un expert pour ce qui est d’effectuer l’évaluation en 12 étapes et de déterminer si celle-ci indique un affaiblissement des facultés par l’effet d’une drogue. Son expertise a été établie de façon concluante et irréfragable par le législateur fédéral. La connaissance des principes scientifiques sous-jacents ne constitue pas une condition préalable à l’admissibilité de l’opinion d’un ERD. La connaissance de ces principes n’est nécessaire que s’il est question d’un domaine scientifique nouveau. L’objet de la règle spéciale applicable dans un tel cas est de faire en sorte que la fiabilité du témoignage soit établie par la jurisprudence, la preuve ou la loi. En l’espèce, la fiabilité de l’évaluation en 12 étapes découle du régime législatif lui-même.

Si, comme en l’espèce, les quatre critères d’admissibilité de l’arrêt *Mohan* sont respectés et il ne fait aucun doute que la valeur probante du témoignage l’emporte sur son effet préjudiciable, le juge du procès n’est pas obligé de tenir un voir-dire pour statuer sur l’admissibilité de la preuve. Comme le témoignage de l’ERD est admissible en tant que témoignage d’expert, il n’est pas nécessaire de se demander si cette preuve pourrait également être admissible à titre d’opinion de profane.

*Les juges Karakatsanis et Gascon (dissidents) :* Le législateur fédéral n’a pas prévu que l’évaluation en 12 étapes de l’ERD est suffisamment fiable pour être admise au procès comme preuve de l’affaiblissement des facultés par l’effet d’une drogue. Il a simplement reconnu la fiabilité de cette évaluation en vue de fournir un outil d’enquête, et non un raccourci en matière de preuve au procès. S’il est incapable de vérifier la fiabilité du fondement scientifique de l’évaluation de l’ERD, le juge du procès — dans son rôle de gardien du processus judiciaire — ne sera pas en mesure d’apprécier la valeur probante d’une telle preuve, et le juge des faits sera incapable de déterminer le poids à y accorder. Les tribunaux

meets a basic threshold of reliability before admitting the evidence at trial.

Given the unsettled nature of the case law and the relatively recent reception of DRE evidence into Canadian courts, it was open to the trial judge in this case to treat the proposed testimony as an opinion based on novel science. Although he recognized the DRE's special expertise in administering the 12-step evaluation for the purpose of requesting a bodily sample and thereby advancing the police investigation, the trial judge found that the DRE was not trained on the reliability of the 12-step evaluation. Because the Crown did not call a different expert for this purpose, there was a lack of evidence about the reliability of the regime. The trial judge was therefore entitled to exclude the DRE's evidence.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272.

By Karakatsanis J. (dissenting)

*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3.1), (3.4), 258(1)(c), 723(5), 729(1).

conservent le pouvoir discrétionnaire d'exiger une confirmation — soit par voie jurisprudentielle, soit au moyen d'éléments de preuve dans le cadre d'un voir-dire — que les assises scientifiques des évaluations des ERD satisfont à un degré minimal de fiabilité avant de pouvoir admettre une telle évaluation en preuve au procès.

Comme la jurisprudence n'est pas encore bien établie et vu le caractère relativement récent de l'admission de témoignages d'ERD devant les tribunaux canadiens, il était loisible au juge de première instance en l'espèce de considérer le témoignage proposé comme une opinion fondée sur des principes scientifiques nouveaux. Bien que le juge ait reconnu l'expertise spéciale de l'ERD lorsqu'il s'agit d'effectuer l'évaluation en 12 étapes en vue de demander des échantillons de substances corporelles, et de faire avancer ainsi l'enquête policière, il a conclu que celui-ci n'avait pas reçu de formation sur la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes. Comme le ministre public n'a pas fait entendre un expert différent sur cette question, la preuve relative à la fiabilité du régime était insuffisante. Le juge du procès pouvait donc exclure le témoignage de l'ERD.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt appliqué :** *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés :** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 254(3.1), (3.4), 258(1)(c), 723(5), 729(1).

*Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations*, SOR/2008-196, s. 1.

#### Authors Cited

Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-2. *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., October 31, 2007, pp. 7-8.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 72, 1st Sess., 39th Parl., May 30, 2007, pp. 1-2.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk, Gillese and Huscroft J.J.A.), 2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525, 20 C.R. (7th) 351, 325 C.C.C. (3d) 525, 335 O.A.C. 328, 80 M.V.R. (6th) 1, [2015] O.J. No. 3171 (QL), 2015 CarswellOnt 8987 (WL Can.), affirming a decision of McLean J., 2014 ONSC 2432, [2014] O.J. No. 2468 (QL), 2014 CarswellOnt 6888 (WL Can.), setting aside the acquittal entered by Frazer J., [2013] O.J. No. 6277 (QL), 2013 CarswellOnt 18815 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal dismissed, Karakatsanis and Gascon J.J. dissenting.

*Trevor Brown and Eric Granger*, for the appellant.

*Joan Barrett*, for the respondent.

*Mark C. Halfyard and Breana Vandebek*, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jasmine T. Akbarali and Stuart A. Zacharias*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown J.J. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The issue on this appeal is narrow: Can a drug recognition expert (“DRE”) testify about his or her determination under s. 254(3.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, without a *voir dire* to determine the DRE’s expertise? I conclude that in this case a *voir dire* was not required. I would therefore dismiss the appeal

*Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)*, DORS/2008-196, art. 1.

#### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité législatif chargé du projet de loi C-2. *Témoignages*, n° 3, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 31 octobre 2007, p. 7-8.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 72, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 30 mai 2007, p. 1-2.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Cronk, Gillese et Huscroft), 2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525, 20 C.R. (7th) 351, 325 C.C.C. (3d) 525, 335 O.A.C. 328, 80 M.V.R. (6th) 1, [2015] O.J. No. 3171 (QL), 2015 CarswellOnt 8987 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge McLean, 2014 ONSC 2432, [2014] O.J. No. 2468 (QL), 2014 CarswellOnt 6888 (WL Can.), qui avait annulé l’acquittement prononcé par le juge Frazer, [2013] O.J. No. 6277 (QL), 2013 CarswellOnt 18815 (WL Can.), et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Karakatsanis et Gascon sont dissidents.

*Trevor Brown et Eric Granger*, pour l’appelant.

*Joan Barrett*, pour l’intimée.

*Mark C. Halfyard et Breana Vandebek*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

*Jasmine T. Akbarali et Stuart A. Zacharias*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Côté et Brown rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — La question en l’espèce est bien circonscrite : Un expert en reconnaissance de drogues (« ERD ») peut-il témoigner au sujet de la conclusion qu’il tire au terme de sa vérification en vertu du par. 254(3.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, sans qu’il soit nécessaire de tenir un voir-dire pour statuer sur son expertise? Je conclus

and confirm the order of the Ontario Court of Appeal for a new trial.

### I. Facts

[2] The appellant, Carson Bingley, was observed driving erratically, pulling into a parking lot, and striking a car. The police were called. Constable Jennifer Tennant arrived and interviewed Mr. Bingley. She testified that his eyes were “glossy” and blood-shot, and that he stumbled and slurred his words. She conducted a roadside screening device test, which Mr. Bingley passed. Constable Tennant then called for a field sobriety test. Constable Tommy Jellinek, a certified DRE under the *Criminal Code*, conducted the standard field sobriety test. Mr. Bingley failed the test, and was arrested for driving while impaired by a drug. Constable Jellinek took Mr. Bingley to a police station and conducted a drug recognition evaluation. During the evaluation, Mr. Bingley admitted he had smoked marijuana (cannabis) and taken two Xanax (alprazolam) in the previous 12 hours. Constable Jellinek concluded that Mr. Bingley was impaired by a drug. Based on his conclusion that Mr. Bingley was impaired, Constable Jellinek ordered a urinalysis under s. 254(3.4), which revealed the presence of cannabis, cocaine and alprazolam.

[3] At trial, the Crown called Constable Jellinek to explain the results of his drug recognition evaluation as evidence of Mr. Bingley’s impairment. The Crown relied on s. 254(3.1) of the *Criminal Code* as establishing the admissibility of Constable Jellinek’s testimony, and argued that no *voir dire* was required.

### II. Relevant Statutory Provisions

[4] The relevant subsections of s. 254 of the *Criminal Code* are as follows:

qu’un voir-dire n’était pas requis dans le cas qui nous occupe. Je rejetterais donc le pourvoi et je confirmerais l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario intimant la tenue d’un nouveau procès.

### I. Faits

[2] On a vu l’appelant, Carson Bingley, conduire de façon irrégulière, entrer dans un stationnement et heurter un véhicule. La police a été appelée. À son arrivée, l’agente Jennifer Tennant a interrogé M. Bingley. Elle a témoigné qu’il avait les yeux [TRADUCTION] « vitreux » et injectés de sang, qu’il trébuchait et qu’il n’arrivait pas à articuler. Elle lui a fait subir un alcootest, lequel a donné des résultats non incriminants. L’agente Tennant lui a alors intimé de se soumettre sur place à un test de sobriété. L’agent Tommy Jellinek, un ERD certifié sous le régime du *Code criminel*, a fait passer à M. Bingley le test de sobriété normalisé. Ce dernier a échoué au test, et a été arrêté pour conduite avec les facultés affaiblies par l’effet d’une drogue. L’agent Jellinek a conduit M. Bingley à un poste de police et a effectué une évaluation en reconnaissance de drogues. Durant l’évaluation, M. Bingley a admis avoir fumé de la marijuana (cannabis) et avoir pris deux Xanax (alprazolam) dans les 12 heures précédentes. L’agent Jellinek a conclu que M. Bingley avait les facultés affaiblies par une drogue. Vu sa conclusion, il a ordonné une analyse d’urine en vertu du par. 254(3.4), laquelle a révélé la présence de cannabis, de cocaïne et d’alprazolam.

[3] Au procès, le ministère public a fait témoigner l’agent Jellinek pour qu’il explique les résultats de son évaluation en reconnaissance de drogues, afin de prouver l’affaiblissement des facultés de M. Bingley. Invoquant le par. 254(3.1) du *Code criminel* comme fondement de l’admissibilité du témoignage de l’agent Jellinek, le ministère public a soutenu qu’aucun voir-dire n’était requis.

### II. Dispositions législatives pertinentes

[4] Les paragraphes pertinents de l’art. 254 du *Code criminel* sont les suivants :

## Evaluation

(3.1) If a peace officer has reasonable grounds to believe that a person is committing, or at any time within the preceding three hours has committed, an offence under paragraph 253(1)(a) as a result of the consumption of a drug or of a combination of alcohol and a drug, the peace officer may, by demand made as soon as practicable, require the person to submit, as soon as practicable, to an evaluation conducted by an evaluating officer to determine whether the person's ability to operate a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment is impaired by a drug or by a combination of alcohol and a drug, and to accompany the peace officer for that purpose.

## Samples of bodily substances

(3.4) If, on completion of the evaluation, the evaluating officer has reasonable grounds to believe, based on the evaluation, that the person's ability to operate a motor vehicle, a vessel, an aircraft or railway equipment is impaired by a drug or by a combination of alcohol and a drug, the evaluating officer may, by demand made as soon as practicable, require the person to provide, as soon as practicable,

- (a) a sample of either oral fluid or urine that, in the evaluating officer's opinion, will enable a proper analysis to be made to determine whether the person has a drug in their body; or
- (b) samples of blood that, in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples, will enable a proper analysis to be made to determine whether the person has a drug in their body.

## III. Judgments Below

[5] The judge at the first trial allowed Constable Jellinek to testify as an expert regarding the results of the drug recognition evaluation without a *voir dire*, but acquitted Mr. Bingley. On appeal, the acquittal was overturned and a new trial ordered (2012 ONSC 1186). The Crown again sought to admit Constable Jellinek's evidence pursuant to s. 254(3.1). At the second trial, the judge held that s. 254(3.1) did not

## Évaluation

(3.1) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'alinéa 253(1)a) par suite de l'absorption d'une drogue ou d'une combinaison d'alcool et de drogue peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner de se soumettre dans les meilleurs délais à une évaluation afin que l'agent évaluateur vérifie si sa capacité de conduire un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire est affaiblie par suite d'une telle absorption, et de le suivre afin qu'il soit procédé à cette évaluation.

## Prélèvement de substances corporelles

(3.4) Une fois l'évaluation de la personne complétée, l'agent évaluateur qui a, sur le fondement de cette évaluation, des motifs raisonnables de croire que la capacité de celle-ci de conduire un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet d'une drogue ou par l'effet combiné de l'alcool et d'une drogue peut, à condition de le faire dans les meilleurs délais, lui ordonner de se soumettre dans les meilleurs délais aux mesures suivantes :

- a) soit le prélèvement de l'échantillon de liquide buccal ou d'urine qui, de l'avis de l'agent évaluateur, est nécessaire à une analyse convenable permettant de déterminer la présence d'une drogue dans son organisme;
- b) soit le prélèvement des échantillons de sang qui, de l'avis du technicien ou du médecin qualifiés qui effectuent le prélèvement, sont nécessaires à une analyse convenable permettant de déterminer la présence d'une drogue dans son organisme.

## III. Jugements des instances inférieures

[5] Le juge qui a présidé le premier procès a, sans au préalable tenir de voir-dire, permis à l'agent Jellinek de témoigner comme expert relativement aux résultats de l'évaluation en reconnaissance de drogues, mais il a acquitté M. Bingley. En appel, l'acquiescement a été annulé et un nouveau procès a été ordonné (2012 ONSC 1186). Le ministère public a tenté une fois de plus de faire admettre

allow for the automatic admissibility of Constable Jellinek's evidence. He then considered whether Constable Jellinek's evidence was admissible as expert opinion evidence pursuant to *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. He held that Constable Jellinek could not be qualified as an expert because he was not trained in the science underlying the drug recognition procedure. He also concluded that the evidence was not admissible lay opinion. He acquitted Mr. Bingley. The Crown successfully appealed the second acquittal. The summary conviction appeal judge held that s. 254(3.1) rendered a DRE's opinion automatically admissible and that in any event, it would be admissible lay opinion (2014 ONSC 2432).

[6] The Court of Appeal held that Constable Jellinek's opinion evidence was admissible without a *voir dire*. Section 254(3.1) allows a DRE "to determine" whether an individual is impaired due to a drug or a combination of drugs and alcohol. It is implicit that this determination is automatically admissible as opinion evidence, the court opined. Parliament created a detailed regime and satisfied itself of the science of the drug recognition evaluation prescribed by the *Evaluation of Impaired Operation (Drugs and Alcohol) Regulations*, SOR/2008-196 ("Regulations"); this suffices to determine admissibility. The Court of Appeal accordingly ordered a new trial (2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525).

#### IV. Issues

[7] The admissibility of Constable Jellinek's opinion evidence depends on the answers to three questions. First, does s. 254(3.1) of the *Criminal Code* provide for the automatic admissibility of DRE opinion evidence? Second, if it does not, is Constable Jellinek's testimony admissible as expert opinion pursuant to the common law rules of evidence?

le témoignage de l'agent Jellinek sur la base du par. 254(3.1). Au second procès, le juge a conclu que le par. 254(3.1) ne prévoyait pas l'admissibilité automatique du témoignage de l'agent Jellinek. Il s'est ensuite demandé si ce témoignage était admissible à titre de témoignage d'opinion d'un expert suivant l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. À son avis, l'agent Jellinek ne pouvait pas être reconnu comme expert, car il n'avait pas de formation sur les principes scientifiques à la base de la procédure de reconnaissance de drogues. Il a aussi conclu que ce témoignage ne constituait pas une opinion de profane admissible. Il a acquitté M. Bingley. Le ministre public a interjeté appel avec succès du deuxième acquittement. Le juge d'appel des poursuites sommaires a statué que le par. 254(3.1) rendait l'opinion de l'ERD automatiquement admissible et que, de toute façon, il s'agissait d'une opinion de profane admissible (2014 ONSC 2432).

[6] La Cour d'appel a conclu que le témoignage d'opinion de l'agent Jellinek était admissible sans voir-dire. Le paragraphe 254(3.1) permet à un ERD de « vérifier[r] » si les facultés d'une personne sont affaiblies par l'effet d'une drogue ou d'une combinaison de drogues et d'alcool. De l'avis de la cour, il est implicite que la conclusion tirée au terme de cette vérification est automatiquement admissible en tant que témoignage d'opinion. Le Parlement a créé un régime détaillé et s'est assuré de la validité des assises scientifiques de l'évaluation en reconnaissance de drogues prescrite par le *Règlement sur l'évaluation des facultés de conduite (drogues et alcool)*, DORS/2008-196 (« Règlement »); cela suffit pour établir l'admissibilité de cette preuve. La Cour d'appel a donc ordonné un nouveau procès (2015 ONCA 439, 126 O.R. (3d) 525).

#### IV. Questions en litige

[7] L'admissibilité du témoignage d'opinion de l'agent Jellinek dépend de la réponse à trois questions. Premièrement, le par. 254(3.1) du *Code criminel* prévoit-il l'admissibilité automatique du témoignage d'opinion de l'ERD? Deuxièmement, si ce n'est pas le cas, le témoignage de l'agent Jellinek est-il admissible en tant que témoignage d'opinion

Third, if Constable Jellinek's evidence is not admissible expert opinion evidence, is it admissible as lay opinion evidence?

## V. Analysis

[8] Driving while impaired by drugs is a dangerous and, sadly, common activity, prohibited by the *Criminal Code*. Parliament long ago established a regime to enforce the law against alcohol-impaired driving, with breathalyzer testing and analyst certification at its centre. Enforcing the offence of drug-impaired driving was more elusive.

[9] To meet the need to enforce the law against drug-impaired driving, Parliament set up a regime to test for drug impairment in 2008. The centrepiece of the regime is a 12-part evaluation for drug impairment, established by the Regulations, to be administered by police officers called DREs.<sup>1</sup> DREs receive special training and certification. Section 254(3.1) of the *Criminal Code* provides law enforcement, for the first time, with the power to compel a person to submit to a drug recognition evaluation when there are reasonable grounds to believe that a person has driven while impaired by drugs or by a combination of drugs and alcohol. If the 12-step evaluation administered by a DRE provides him or her with reasonable grounds to believe that the person is impaired by a drug, s. 254(3.4) allows the police to

<sup>1</sup> The Regulations are based on the procedure set out by the International Association of Chiefs of Police ("IACP"), and DREs must be accredited by that organization: Regulations, s. 1. The procedure set out by the IACP was referred to in legislative debates that led to the adoption of s. 254(3.1) of the *Criminal Code* as the intended drug evaluation scheme: see House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 72, 1st Sess., 39th Parl., May 30, 2007, at pp. 1-2; House of Commons, Legislative Committee on Bill C-2, *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., October 31, 2007, at pp. 7-8.

d'un expert suivant les règles de preuve en common law? Troisièmement, s'il ne constitue pas un témoignage d'opinion d'expert admissible, le témoignage de l'agent Jellinek est-il admissible à titre de témoignage d'opinion d'un profane?

## V. Analyse

[8] Le fait de conduire avec les facultés affaiblies par la drogue constitue un acte dangereux et malheureusement fréquent, qui est prohibé par le *Code criminel*. Le législateur fédéral a établi il y a longtemps un régime visant à faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par l'alcool, régime au centre duquel se trouvent l'alcootest et le certificat de l'analyste. L'application de l'infraction de conduite avec les facultés affaiblies par l'effet d'une drogue s'est toutefois révélée plus difficile.

[9] Pour répondre au besoin de faire respecter la loi à cet égard, le législateur a instauré en 2008 un régime qui permet de vérifier si la capacité d'un conducteur est affaiblie par une drogue. La pièce maîtresse de ce régime est une évaluation en 12 étapes établie par le Règlement qui doit être effectuée par des ERD, c'est-à-dire des policiers qui ont reçu une formation et une attestation spéciales<sup>1</sup>. Le paragraphe 254(3.1) du *Code criminel* confère pour la première fois aux responsables de l'application de la loi le pouvoir d'obliger une personne à se soumettre à une évaluation en reconnaissance de drogues lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle a conduit avec les facultés affaiblies par l'effet de drogues ou d'une combinaison de drogues et d'alcool. Si, après l'évaluation en 12 étapes,

<sup>1</sup> Le Règlement repose sur la procédure établie par l'Association internationale des chefs de police, et l'ERD doit être agréé par cette organisation (Règlement, art. 1). Cette procédure a été mentionnée lors des débats parlementaires ayant mené à l'adoption du par. 254(3.1) du *Code criminel* comme régime à envisager en matière d'évaluation en reconnaissance de drogues (voir Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 72, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 30 mai 2007, p. 1-2; Chambre des communes, Comité législatif chargé du projet de loi C-2, *Témoignages*, n° 3, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 31 octobre 2007, p. 7-8).

take tests of oral fluid, urine or blood, to determine whether the person in fact has drugs in his or her body.

[10] The Crown argues that s. 254(3.1) has supplanted the common law and that a DRE's determination is admissible at trial against the accused as evidence of impairment by drug. Mr. Bingley contends that the determination is only admissible if the DRE is established as an expert on a *voir dire*, pursuant to *Mohan*. To put it succinctly, the central issue on this appeal is whether s. 254(3.1) makes the DRE's opinion evidence *automatically admissible* (the Crown's position) or whether a *special hearing is required to determine admissibility*, as required at common law under *Mohan* (Mr. Bingley's position). In the alternative, the Crown argues that Constable Jellinek's evidence should be admitted as lay opinion evidence.

A. *Have the Common Law Rules of Evidence Been Displaced?*

[11] Clear and unambiguous language is required to displace common law rules, including rules of evidence: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 29-30. The Crown argues that the words "to determine" in s. 254(3.1) are clear enough to do this. I do not agree. Section 254(3.1) calls on the DRE to form an opinion about whether a person is impaired by drug. It does not follow that the opinion will be automatically admissible at trial.

l'ERD a des motifs raisonnables de croire que cette personne a les facultés affaiblies par une drogue, le par. 254(3.4) autorise les policiers à faire prélever des échantillons de liquide buccal, d'urine ou de sang de cette personne pour vérifier si des drogues sont bel et bien présentes dans son organisme.

[10] Le ministère public soutient que le par. 254(3.1) a supplanté la common law et que la conclusion tirée par l'ERD au terme de sa vérification est admissible au procès contre l'accusé comme preuve de l'affaiblissement de ses facultés par l'effet d'une drogue. Pour sa part, M. Bingley fait valoir que cette conclusion n'est admissible que si l'ERD est reconnu comme expert au terme d'un voir-dire, conformément à l'arrêt *Mohan*. En bref, la question centrale en l'espèce est de savoir si le par. 254(3.1) rend *automatiquement admissible* le témoignage d'opinion de l'ERD (la thèse du ministère public), ou si, comme l'exige la common law suivant l'arrêt *Mohan*, une *audience spéciale est requise pour décider de l'admissibilité de cette preuve* (la thèse de M. Bingley). Subsidiairement, le ministère public prétend que le témoignage de l'agent Jellinek devrait être admis à titre d'opinion donnée par un profane.

A. *Les règles de preuve en common law ont-elles été écartées?*

[11] Les règles de common law, notamment les règles de preuve, ne peuvent être écartées que par un texte clair et sans équivoque (voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 29-30). Le ministère public soutient que le verbe « vérifie » au par. 254(3.1) est suffisamment clair pour produire cet effet. Je ne suis pas d'accord. Dans le cadre de l'application du par. 254(3.1), l'ERD est appelé à se faire une opinion sur la question de savoir si la capacité d'une personne est affaiblie par une drogue. Il ne s'ensuit pas que cette opinion sera automatiquement admissible au procès.

[12] The purpose of s. 254(3.1) confirms that a DRE's opinion is not automatically admissible at trial. Section 254(3.1) gives the police investigative tools to enforce laws against drug-impaired driving. It does not dictate whether evidence obtained through the use of those investigative tools will be admissible at trial. When Parliament intends to make evidence automatically admissible, it says so expressly: see, e.g., *Criminal Code*, ss. 723(5) (hearsay evidence) and 729(1) (analyst certificate on conditional sentence breaches). As section 254(3.1) does not speak to admissibility, the common law rules of evidence apply.

B. *Is the Evidence Admissible Expert Opinion?*

[13] The modern legal framework for the admissibility of expert opinion evidence was set out in *Mohan* and clarified in *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182. This framework guards against the dangers of expert evidence. It ensures that the trial does not devolve into “trial by expert” and that the trier of fact maintains the ability to critically assess the evidence: see *White Burgess*, at paras. 17-18. The trial judge acts as gatekeeper to ensure that expert evidence enhances, rather than distorts, the fact-finding process.

[14] The expert evidence analysis is divided into two stages. First, the evidence must meet the four *Mohan* factors: (1) relevance; (2) necessity; (3) absence of an exclusionary rule; and (4) special expertise. Second, the trial judge must weigh potential risks against the benefits of admitting the evidence: *White Burgess*, at para. 24.

[15] If at the first stage, the evidence does not meet the threshold *Mohan* requirements, it should not be admitted. The evidence must be logically relevant to a fact in issue: *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97

[12] L'objet du par. 254(3.1) confirme que l'opinion de l'ERD n'est pas automatiquement admissible au procès. Le paragraphe 254(3.1) fournit aux policiers des outils d'enquête leur permettant de faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par la drogue. Il ne précise pas si les éléments de preuve obtenus grâce à ces outils seront admissibles au procès. Lorsque le législateur entend rendre une preuve automatiquement admissible, il le dit expressément (voir p. ex. les par. 723(5) (preuve par ouï-dire) et 729(1) (certificat de l'analyste en cas de manquement à une ordonnance de sursis) du *Code criminel*). Comme le par. 254(3.1) ne traite pas de l'admissibilité des éléments de preuve recueillis, les règles de preuve en common law s'appliquent.

B. *Le témoignage constitue-t-il une opinion d'expert admissible?*

[13] Le cadre légal moderne régissant l'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert a été énoncé dans *Mohan* et clarifié dans *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182. Ce cadre permet de parer aux dangers du témoignage d'expert. Il fait en sorte que le procès ne se transforme pas en un « procès instruit par des experts » et que le juge des faits demeure capable de faire un examen critique de la preuve (voir *White Burgess*, par. 17-18). Le juge du procès agit comme gardien du processus judiciaire et veille à ce que les témoignages d'expert viennent renforcer, plutôt que fausser, le processus de détermination des faits.

[14] L'analyse du témoignage d'expert se divise en deux étapes. Premièrement, celui-ci doit satisfaire aux quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* : (1) pertinence, (2) nécessité, (3) absence de toute règle d'exclusion et (4) expertise particulière. Deuxièmement, le juge du procès doit soupeser les risques éventuels et les avantages que présente l'admission du témoignage (*White Burgess*, par. 24).

[15] Si, à la première étape de l'analyse, le témoignage ne satisfait pas aux critères établis dans *Mohan*, il ne devrait pas être admis. Le témoignage doit être logiquement pertinent à l'égard d'un fait

O.R. (3d) 330, at para. 82; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 47. It must be necessary “to enable the trier of fact to appreciate the matters in issue” by providing information outside of the experience and knowledge of the trier of fact: *Mohan*, at p. 23; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 57. Opinion evidence that otherwise meets the *Mohan* requirements will be inadmissible if another exclusionary rule applies: *Mohan*, at p. 25. The opinion evidence must be given by a witness with special knowledge or expertise: *Mohan*, at p. 25. In the case of an opinion that is based on a novel scientific theory or technique, a basic threshold of reliability of the underlying science must also be established: *White Burgess*, at para. 23; *Mohan*, at p. 25.

[16] At the second stage, the trial judge retains the discretion to exclude evidence that meets the threshold requirements for admissibility if the risks in admitting the evidence outweighs its benefits. While this second stage has been described in many ways, it is best thought of as an application of the general exclusionary rule: a trial judge must determine whether the benefits in admitting the evidence outweigh any potential harm to the trial process: *Abbey*, at para. 76. Where the probative value of the expert opinion evidence is outweighed by its prejudicial effect, it should be excluded: *Mohan*, at p. 21; *White Burgess*, at paras. 19 and 24.

[17] The expert opinion admissibility analysis cannot be “conducted in a vacuum”: *Abbey*, at para. 62. Before applying the two-stage framework, the trial judge must determine the nature and scope of the proposed expert opinion. The boundaries of the proposed expert opinion must be carefully delineated to ensure that any harm to the trial process is minimized: see *Abbey*, at para. 62; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 46.

[18] The only issue in this case is whether Constable Jellinek has special expertise as required by the fourth *Mohan* factor. Mr. Bingley concedes that

en cause (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 82; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 47). Il doit être nécessaire « pour permettre au juge des faits d’apprécier les questions en litige » en lui fournissant des renseignements qui dépassent son expérience et ses connaissances (*Mohan*, p. 23; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 57). Un témoignage d’opinion qui respecte par ailleurs les exigences de l’arrêt *Mohan* sera inadmissible si une autre règle d’exclusion s’applique (*Mohan*, p. 25). Un tel témoignage doit être donné par un témoin qui possède des connaissances spéciales ou une expertise particulière (*Mohan*, p. 25). Dans le cas d’une opinion fondée sur une théorie ou technique scientifique nouvelle, les principes scientifiques sur lesquels repose l’opinion doivent également respecter un degré minimal de fiabilité (*White Burgess*, par. 23; *Mohan*, p. 25).

[16] À la deuxième étape de l’analyse, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d’exclure un témoignage qui satisfait aux critères minimaux d’admissibilité si les risques de son admission l’emportent sur ses avantages. Bien que cette seconde étape ait été décrite de nombreuses façons, il vaut mieux la considérer comme une application de la règle générale d’exclusion : le juge du procès doit déterminer si les avantages de son admission l’emportent sur le préjudice potentiel pour le procès (*Abbey*, par. 76). Lorsque l’effet préjudiciable du témoignage d’opinion d’un expert l’emporte sur sa valeur probante, ce témoignage devrait être exclu (*Mohan*, p. 21; *White Burgess*, par. 19 et 24).

[17] L’analyse relative à l’admissibilité de l’opinion d’un expert ne saurait être [TRADUCTION] « effectuée dans l’abstrait » (*Abbey*, par. 62). Avant d’appliquer le cadre d’analyse en deux étapes, le juge du procès doit déterminer la nature et la portée de l’opinion d’expert proposée, laquelle doit être soigneusement circonscrite afin de réduire le risque de viciation du procès (voir *Abbey*, par. 62; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 46).

[18] La seule question à résoudre en l’espèce consiste à déterminer si, comme l’exige le quatrième critère de l’arrêt *Mohan*, l’agent Jellinek possède une

the proposed evidence is logically relevant, necessary, and not subject to any other exclusionary rule. Nor does Mr. Bingley argue that the evidence should be excluded because its prejudicial effect outweighs its probative value. On the facts of this case, these were appropriate concessions.

[19] The basic requirement of expertise for an expert witness is that the witness has expertise outside the experience and knowledge of the trier of fact. The question is whether Constable Jellinek, the DRE in this case, met this requirement. In my view, he did.

[20] The DRE, literally, is a “drug recognition expert”, certified as such for the purposes of the scheme. It is undisputed that the DRE receives special training in how to administer the 12-step drug recognition evaluation and in what inferences may be drawn from the factual data he or she notes. It is for this limited purpose that a DRE can assist the court by offering expert opinion evidence.

[21] While a DRE’s evaluation certainly has an investigative purpose, their application of the 12-step drug recognition evaluation and determination of impairment is relevant evidence and can assist the trier of fact. The DRE’s opinion is based on his or her specialized training and experience in conducting the evaluation. By reason of this training and experience, all DREs undoubtedly possess expertise on determining drug impairment that is outside the experience and knowledge of the trier of fact.

[22] This conclusion is not negated by the fact that a DRE is not trained in the science underlying the development of the 12-step evaluation. The test for expertise is merely knowledge outside the experience and knowledge of the trier of fact. Knowledge of the underlying science is not a precondition

expertise particulière. M. Bingley concède que le témoignage proposé est logiquement pertinent, qu’il est nécessaire et qu’il n’est assujéti à aucune autre règle d’exclusion. Il ne soutient pas non plus que le témoignage devrait être exclu parce que son effet préjudiciable l’emporte sur sa valeur probante. Au vu des faits de l’espèce, ces concessions s’imposaient.

[19] Suivant l’exigence minimale relative à l’expertise d’un témoin expert, celui-ci doit posséder une expertise qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits. La question est de savoir si l’agent Jellinek, l’ERD concerné en l’espèce, remplissait cette exigence. Je suis d’avis que oui.

[20] L’ERD est, comme l’indique son titre au long, un « expert en reconnaissance de drogues », certifié comme tel pour l’application du régime. Il n’est pas contesté que celui-ci reçoit une formation spéciale sur la façon d’effectuer l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues et sur les inférences susceptibles d’être tirées des données factuelles qu’il constate. C’est à cette fin limitée qu’un ERD peut assister le tribunal en produisant un témoignage d’opinion à titre d’expert.

[21] Bien que l’évaluation en 12 étapes de l’ERD vise certainement à appuyer l’enquête policière, la façon dont celle-ci est effectuée et la conclusion d’affaiblissement des facultés qui peut en découler constituent une preuve pertinente susceptible d’aider le juge des faits. L’opinion de l’ERD repose sur sa formation spécialisée et son expérience dans la conduite de l’évaluation. Du fait de cette formation et de cette expérience, tous les ERD possèdent indubitablement une expertise qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits lorsqu’il s’agit de vérifier si la capacité d’une personne est affaiblie par une drogue.

[22] Le bien-fondé de cette conclusion n’est pas contredit par le fait qu’un ERD n’a pas de formation sur les principes scientifiques à la base de l’évaluation en 12 étapes. Le critère applicable pour reconnaître l’expertise exige simplement que l’intéressé possède des connaissances qui dépassent

to the admissibility of a DRE's opinion. The scope of a DRE's expertise is in the application of the prescribed 12-step evaluation, not in its scientific foundation. Expert witnesses are not barred from assisting the court with their special knowledge simply because they are not trained in the underlying science of the field. Such knowledge is required only where the science is novel.

[23] In his analysis, the trial judge focused on the reliability of the underlying science and determined that, as novel science, the DRE opinion evidence could not be admitted without a witness being able to explain the scientific validity of the evaluation. The purpose of the special rule for novel scientific evidence is to ensure that the reliability of the underlying technique or procedure used in forming the opinion has to be established by precedent, evidence, or statute.

[24] In this case, the reliability of the 12-step evaluation comes from the statutory framework itself. Parliament has determined that the 12-step evaluation performed by a trained DRE constitutes evidence of drug impairment. It may not be conclusive, but it is evidence beyond the experience and knowledge of the trier of fact.

[25] My colleague concludes that as s. 254(3.1) and the Regulations do not “clearly designat[e]” DRE opinion evidence admissible in evidence, reliability must be otherwise established. I cannot agree. It is true that s. 254(3.1) and the Regulations do not provide for the automatic admissibility of DRE opinion evidence. But that does not end the inquiry. The Regulations set out a uniform evaluative framework that a DRE must follow in order to reach a conclusion regarding drug impairment for the purposes of s. 254(3.1). Parliament is entitled to establish such a framework, and in doing so, establish

l'expérience et les connaissances du juge des faits. La connaissance des principes scientifiques sous-jacents ne constitue pas une condition préalable à l'admissibilité de l'opinion d'un ERD. L'étendue de l'expertise d'un ERD porte sur la réalisation de l'évaluation en 12 étapes prescrite, et non sur le fondement scientifique de celle-ci. Le simple fait qu'un témoin expert n'ait pas de formation sur les principes scientifiques sous-jacents ne l'empêche pas d'assister le tribunal au moyen de ses connaissances spécialisées. La connaissance de ces principes n'est nécessaire que s'il est question d'un domaine scientifique nouveau.

[23] Dans son analyse, le juge du procès s'est attaché à la fiabilité des principes scientifiques applicables, et il a conclu que, comme il s'agit d'un domaine scientifique nouveau, le témoignage d'opinion de l'ERD ne pouvait pas être admis sans qu'un témoin ne vienne expliquer la validité scientifique de l'évaluation. L'objet de la règle spéciale applicable à l'égard d'une preuve scientifique nouvelle est de faire en sorte que la fiabilité de la technique ou de la procédure utilisée pour former l'opinion soit établie par la jurisprudence, la preuve ou la loi.

[24] En l'espèce, la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes découle du régime législatif lui-même. Le législateur a décidé que, si elle est effectuée par un ERD qualifié, cette évaluation constitue une preuve de l'affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue. Elle peut ne pas être concluante, mais il s'agit d'une preuve qui dépasse l'expérience et les connaissances du juge des faits.

[25] Ma collègue conclut que, comme l'admissibilité en preuve du témoignage d'opinion de l'ERD n'est pas « indiqu[ée] clairement » au par. 254(3.1) et dans le Règlement, la fiabilité doit être établie autrement. Je ne suis pas de cet avis. Il est vrai que le par. 254(3.1) et le Règlement n'énoncent pas l'admissibilité automatique d'un tel témoignage. Mais cela ne met pas fin à l'analyse. Le Règlement établit un cadre d'évaluation uniforme que l'ERD doit suivre afin de tirer une conclusion sur l'affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue pour l'application du par. 254(3.1). Le législateur a le pouvoir

that the 12-step drug evaluation is sufficiently reliable for the purposes of determining impairment. No further evaluation of the reliability of the steps mandated by the Regulations is required. Any challenge to the underlying effectiveness of the evaluation would require a challenge to the legislative framework itself.

[26] Allowing a DRE to give relevant opinion evidence outside the experience and knowledge of the trier of fact is not “an unqualified endorsement of the underlying science” of the 12-step drug evaluations, as my colleague suggests (para. 46). Reliability is not assessed in a vacuum. Parliament has established, through the adoption of the Regulations, that the 12-step drug evaluation is sufficiently reliable for the purpose of a DRE’s determination of impairment under s. 254(3.1). The scope of a DRE’s expertise is limited to that determination, and it is only for the purpose of making that determination that Parliament has established the 12-step drug evaluation’s reliability.

[27] Mr. Bingley conceded that all the *Mohan* requirements other than special expertise were met and does not argue that the evidence should be excluded under the second stage of the admissibility analysis. Parliament has established the required expertise. It follows that the DRE’s evidence is admissible in this case. To put it another way, the only purpose of a *voir dire* in this case would be to determine whether Constable Jellinek has expertise over and above an ordinary person. Normally, the judge determines this on evidence adduced at the *voir dire*. But s. 254(3.1) and the legislative and regulatory scheme that accompanies it conclusively answer the question of expertise. The DRE is established by Parliament to possess special expertise outside the experience and knowledge of the trier of fact. He is thus an expert for the purpose of applying the 12-step evaluation and determining whether that evaluation indicates drug impairment for the purposes of s. 254(3.1). His

d’instaurer un tel cadre, et, ce faisant, de décréter que l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues est suffisamment fiable pour permettre de déterminer s’il y a affaiblissement des facultés. Aucune autre évaluation de la fiabilité des étapes prescrites par le Règlement n’est requise. Pour remettre en question l’efficacité fondamentale de l’évaluation, il faudrait remettre en question le régime législatif lui-même.

[26] Contrairement à ce que suggère ma collègue, permettre à l’ERD de donner un témoignage d’opinion pertinent qui dépasse l’expérience et les connaissances du juge des faits ne constitue pas « une reconnaissance sans réserve des principes scientifiques » sur lesquels repose l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues (par. 46). La fiabilité ne s’apprécie pas dans l’abstrait. Le législateur a considéré, au moyen du Règlement, que cette procédure est suffisamment fiable pour permettre à l’ERD de déterminer s’il y a affaiblissement des facultés pour l’application du par. 254(3.1). Le domaine d’expertise de l’ERD se limite à cette détermination, et c’est uniquement pour lui permettre de procéder à celle-ci que le législateur a reconnu la fiabilité de l’évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues.

[27] M. Bingley a concédé que toutes les exigences de l’arrêt *Mohan* autres que celle relative à l’expertise particulière avaient été remplies, et ne soutient pas que le témoignage devrait être exclu à la deuxième étape de l’analyse relative à l’admissibilité. Le législateur a fixé l’expertise requise. Il s’ensuit que le témoignage de l’ERD est admissible en l’espèce. Autrement dit, le seul objectif d’un *voir-dire* dans la présente affaire consisterait à déterminer si l’agent Jellinek possède une expertise supérieure à celle d’une personne ordinaire. Normalement, le juge tranche cette question en s’appuyant sur la preuve présentée au *voir-dire*. Toutefois, le par. 254(3.1) et le régime législatif et réglementaire qui l’accompagne satisfont de façon concluante à l’exigence relative à l’expertise. En effet, la fonction d’ERD créée par le législateur requiert du titulaire qu’il possède une expertise particulière dépassant l’expérience et les connaissances du juge des faits.

expertise has been conclusively and irrebuttably established by Parliament.

[28] This compels the following conclusion. In the case at bar all the threshold requirements for admissibility of *Mohan* are established. Where it is clear that all the requirements of a common law rule of admissibility are established (the four *Mohan* threshold requirements for admissibility are met and there is no question that the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect), the trial judge is not obliged to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence. To so require would be otiose, if not absurd, not to mention a waste of judicial resources.

[29] It is important to reiterate that a DRE's s. 254(3.1) determination is a result of administering the prescribed evaluation. That is the only expertise conferred on a DRE. The trial judge has an "ongoing duty to ensure that expert evidence remains within its proper scope": *Sekhon*, at para. 46. If opinions beyond the expertise of a DRE are solicited, a *Mohan voir dire* to establish further expertise may be required.

[30] The statutory framework does not undermine a trial judge's important role as gatekeeper to safeguard the trial process and ensure that it is not distorted by improper expert opinion evidence. The trial judge always maintains residual discretion to exclude evidence if its probative value is outweighed by its prejudicial effect. Limitations, such as the absence of a standardized approach to weighing the various tests in reaching a determination, may affect the probative value of a DRE's opinion evidence. A DRE may be unable to explain how he or she made the determination based on the application of the 12-step evaluation. If the probative value of an individual DRE's evidence is so diminished

Cette personne est donc un expert pour ce qui est d'effectuer l'évaluation en 12 étapes et de déterminer si celle-ci indique un affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue pour l'application du par. 254(3.1). Son expertise a été établie de façon concluante et irréfutable par le législateur.

[28] Ce constat oblige à tirer la conclusion suivante. En l'espèce, la présence de tous les critères d'admissibilité énoncés dans l'arrêt *Mohan* est établie. Lorsqu'il est clair que toutes les exigences d'une règle de common law en matière d'admissibilité sont respectées (les quatre critères d'admissibilité de l'arrêt *Mohan* sont respectés et il ne fait aucun doute que la valeur probante du témoignage l'emporte sur son effet préjudiciable), le juge du procès n'est pas obligé de tenir un *voir-dire* pour statuer sur l'admissibilité de la preuve. Exiger la tenue d'un *voir-dire* serait inutile, voire absurde, sans compter qu'une telle exigence constituerait également un gaspillage de ressources judiciaires.

[29] Il est important de rappeler que la conclusion formulée par l'ERD en vertu du par. 254(3.1) résulte de l'évaluation prescrite que celui-ci a effectuée. Il s'agit là de la seule expertise reconnue à l'ERD. Le juge du procès a « l'obligation de toujours faire en sorte que le témoignage de l'expert respecte les limites établies » (*Sekhon*, par. 46). Si on sollicite d'un ERD des opinions qui débordent son champ d'expertise, il pourrait alors être nécessaire de tenir à cet égard un *voir-dire* conformément à l'arrêt *Mohan*.

[30] Le cadre législatif ne compromet pas le rôle important que joue le juge du procès en tant que gardien du processus judiciaire, chargé de veiller à ce que celui-ci ne soit pas faussé par un témoignage d'opinion irrégulier donné par un expert. Le juge du procès conserve en tout temps le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Les limites du témoignage d'opinion de l'ERD, par exemple l'absence d'une approche uniforme en matière de pondération des différents éléments du test administré afin d'arriver à une conclusion, peuvent avoir une incidence sur la valeur probante d'un tel témoignage. Il peut arriver que l'ERD soit incapable

that the benefits in admitting the evidence are outweighed by the potential harm to the trial process, a trial judge retains the discretion to exclude that evidence. I reiterate here that the focus of the analysis must be on the DRE's administration of the evaluation, not on the reliability of the steps underlying the evaluation, which have been prescribed by Parliament.

[31] It is also important to note that the determination of the DRE is not conclusive of the ultimate question of whether the accused was driving while impaired by a drug. The DRE's task is to determine whether the evaluation indicates drug impairment. The DRE's evidence does not presume the ultimate issue of guilt; it is merely one piece of the picture for the judge or jury to consider.

[32] That Parliament has established the reliability of the 12-step drug evaluation by statute does not hinder the trier of fact's ability to critically assess a DRE's conclusion of impairment or an accused person's right to test that evidence. Cross-examination of the DRE may undermine his or her conclusion. Evidence of bias may raise doubt about the officer's conclusion. The officer may fail to conduct the drug recognition evaluation in accordance with his or her training. A DRE may draw questionable inferences from his or her observations. Bodily sample evidence obtained under s. 254(3.4) may refute the DRE's assessment, as may evidence of bystanders or other experts. It will always be for the trier of fact to determine what weight to give a DRE's opinion. Any weight given to a DRE's evidence will necessarily respect the scope of the DRE's expertise and the fact that it is not conclusive of impairment.

d'expliquer comment il a tiré sa conclusion sur le fondement de l'évaluation en 12 étapes. Si la valeur probante du témoignage d'un ERD donné est réduite à un point tel que le préjudice potentiel pour le procès de l'admission de ce témoignage l'emporte sur ses avantages, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d'exclure cette preuve. Je rappelle ici que l'analyse doit être centrée sur la réalisation de l'évaluation par l'ERD, et non sur la fiabilité des étapes qui la composent, étapes qui sont prescrites par le législateur.

[31] Il est également important de souligner que la conclusion de l'ERD n'est pas décisive quant à la question fondamentale de savoir si l'accusé conduisait avec les facultés affaiblies par une drogue. La tâche de l'ERD consiste à déterminer si l'évaluation indique un affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue. Son témoignage ne permet pas de préjuger de la réponse à la question ultime, à savoir la culpabilité ou l'innocence; il constitue simplement un des éléments que doit prendre en considération le juge ou le jury.

[32] Le fait que la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes en reconnaissance de drogues ait été établie par voie législative ne nuit pas à la capacité du juge des faits de faire un examen critique de la conclusion d'affaiblissement des facultés tirée par un ERD ou au droit de l'accusé de contester cette preuve. Il est possible que le contre-interrogatoire de l'ERD ébranle sa conclusion. L'existence d'une preuve de partialité pourrait soulever des doutes quant à la conclusion de l'agent. Il se peut que celui-ci n'ait pas effectué l'évaluation en reconnaissance de drogues en conformité avec la formation qu'il a reçue. Un ERD peut tirer des inférences douteuses à partir de ses observations. La preuve obtenue au moyen des échantillons de substances corporelles recueillis en vertu du par. 254(3.4) peut réfuter l'évaluation de l'ERD, tout comme la preuve d'autres experts ou témoins visuels. Il appartiendra toujours au juge des faits de déterminer le poids qu'il convient d'accorder au témoignage d'opinion d'un ERD. Le poids accordé à ce témoignage devra nécessairement respecter l'étendue de l'expertise de l'ERD et le fait qu'il n'établit pas de façon concluante l'affaiblissement des facultés.

[33] The trial judge correctly found that the DRE in this case was an expert for purposes of administering the 12-step evaluation and determining whether Mr. Bingley was driving while impaired for the purpose of requiring further testing. He erred, however, in concluding that because the officer was not an expert in the scientific foundation of the various elements of the test, none of his opinion evidence was admissible. The DRE's expertise is not in the scientific foundation of the test but in the administration of the test itself. As the other criteria for admissibility are not in issue, Constable Jellinek's opinion evidence should have been admitted.

### C. *Lay Opinion Evidence*

[34] Given my conclusion that Constable Jellinek's opinion evidence is admissible in this case, it is unnecessary to consider whether it could also be admissible as lay opinion. I say only this: Constable Jellinek formed his opinion through the application of specialized training and experience in performing a prescribed drug recognition evaluation. In those circumstances, his evidence cannot be characterized as lay opinion.

## VI. Conclusion

[35] I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

The reasons of Karakatsanis and Gascon JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

### I. Overview

[36] Expert opinion evidence can provide judges and juries with important, sometimes vital knowledge. But it can also risk complicating the trial process and potentially distort the truth-seeking function of the court. At its worst, dubious expert evidence has contributed to wrongful convictions.

[33] Le juge du procès a conclu à juste titre que l'ERD concerné en l'espèce était un expert apte à procéder à l'évaluation en 12 étapes et à vérifier si M. Bingley conduisait avec les facultés affaiblies, en vue de lui ordonner de se soumettre à des analyses plus poussées. Il a toutefois eu tort de conclure que, parce que l'agent n'était pas un expert à l'égard des assises scientifiques des divers éléments de l'évaluation en question, aucune partie de son témoignage d'opinion n'était admissible. L'ERD n'est pas un expert des assises scientifiques de l'évaluation, mais plutôt dans l'accomplissement de l'évaluation elle-même. Comme les autres critères d'admissibilité ne sont pas en cause, le témoignage d'opinion de l'agent Jellinek aurait dû être admis.

### C. *Témoignage d'opinion d'un profane*

[34] Vu ma conclusion selon laquelle le témoignage d'opinion de l'agent Jellinek est admissible en l'espèce, il n'est pas nécessaire de se demander si cette preuve pourrait également être admissible à titre d'opinion de profane. Je dirai uniquement ceci : l'agent Jellinek a formé son opinion en mettant à profit sa formation spécialisée et son expérience dans l'exécution d'une évaluation en reconnaissance de drogues prescrite. Dans ces circonstances, son témoignage ne saurait être qualifié d'opinion de profane.

## VI. Conclusion

[35] Je rejetterais le pourvoi et je confirmerais l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Gascon rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

### I. Aperçu

[36] Le témoignage d'opinion d'un expert peut fournir aux juges et aux jurys des connaissances importantes, et parfois essentielles. Il est toutefois aussi susceptible de compliquer le processus judiciaire et de fausser la fonction de recherche de la vérité du tribunal. Dans les pires situations, des témoignages

To guard against these dangers, the common law has developed the analytical framework first set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, to ensure that the risks of admitting expert testimony do not outweigh its benefits.

[37] I agree with the Chief Justice on a number of fronts. Like the Chief Justice, I do not believe that s. 254(3.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, has displaced the ordinary common law requirement for a *voir dire* on admissibility of expert opinions. I also agree with her that as a gatekeeper, the trial judge must evaluate whether the opinion should be admitted according to the *Mohan* criteria. Finally, I agree with the Chief Justice that the Drug Recognition Expert (DRE) is an expert only for the limited purpose of administering the 12-step evaluation. In this limited sense, the DRE possesses expertise beyond the ordinary knowledge of the trier of fact.

[38] I cannot agree, however, that Parliament has determined that the 12-step evaluation, when properly administered, is sufficiently reliable to be admitted as evidence of drug impairment at trial. In my view, it was open to the trial judge to refuse to admit the proposed opinion in the absence of evidence on the reliability and validity of the science underlying the 12-step evaluation.

[39] As the Crown submits, evaluations performed by DREs pursuant to s. 254(3.1) of the *Criminal Code* rely on a science-based regime. As the DRE in this case acknowledged in cross-examination, the reliability of his opinion depends on the validity of the various tests and the reliability of the inferences he has been taught to draw from the results. Many of the “clues” and “cues” DREs rely on when making their overall determination would not obviously indicate impairment to a lay person. Tests such as the horizontal gaze nystagmus test or the lack-of-convergence test, which involve looking for

d’expert douteux ont contribué au prononcé de déclarations de culpabilité injustifiées. Pour parer à ces dangers, la common law a élaboré, à partir de celui énoncé à l’origine dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, un cadre d’analyse visant à faire en sorte que les risques de l’admission d’un témoignage d’expert ne l’emportent pas sur ses avantages.

[37] Je souscris à l’opinion de la Juge en chef à plusieurs égards. Tout comme elle, je ne crois pas que le par. 254(3.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ait écarté l’exigence ordinaire de la common law selon laquelle il faut tenir un voir-dire pour statuer sur l’admissibilité de l’opinion d’un expert. Je suis également d’accord avec elle pour dire qu’en tant que gardien du processus judiciaire, le juge du procès doit déterminer si l’opinion devrait être admise suivant les critères de l’arrêt *Mohan*. Enfin, je conviens avec la Juge en chef que l’expert en reconnaissance de drogues (ERD) est un expert uniquement pour ce qui est d’effectuer l’évaluation en 12 étapes prescrite. Dans ce sens limité, celui-ci possède une expertise qui dépasse les connaissances ordinaires du juge des faits.

[38] Je ne peux toutefois accepter que le législateur fédéral ait prévu que, dans les cas où elle est bien effectuée, l’évaluation en 12 étapes est suffisamment fiable pour être admise au procès comme preuve de l’affaiblissement des facultés par l’effet d’une drogue. À mon avis, il était loisible au juge du procès de refuser d’admettre l’opinion proposée en l’absence d’une preuve de la fiabilité et de la validité des assises scientifiques de l’évaluation en 12 étapes.

[39] Comme le soutient le ministère public, les évaluations réalisées par des ERD conformément au par. 254(3.1) du *Code criminel* reposent sur des bases scientifiques. Comme l’a reconnu l’ERD en l’espèce en contre-interrogatoire, la fiabilité de son opinion dépend de la validité des divers tests applicables et de la fiabilité des inférences qu’on lui a enseigné à tirer à partir des résultats obtenus. De nombreux [TRADUCTION] « indices » et « signes » sur lesquels se fonde l’ERD pour tirer sa conclusion globale n’indiqueraient pas manifestement un affaiblissement des facultés aux yeux du profane. Des

irregularities in eye movements, are only reliable indicators of drug impairment if the science on which they are based is valid.

[40] Parliament has endorsed the reliability of the 12-step evaluation as an investigative tool, not for the purpose of an evidentiary shortcut at trial. Without the ability to test the reliability of the scientific foundation of the evaluation, the trial judge — acting as gatekeeper — will be unable to assess the probative value of such evidence, and the trier of fact will be unable to assess the weight of such evidence. In my view, courts retain discretion to require — through evidence or precedent — confirmation that the science behind DRE evaluations meets the necessary level of reliability before admitting the evidence at trial. I would allow the appeal and reinstate the acquittal.

## II. Analysis

### A. *The Mohan Criteria*

[41] Expert evidence based on novel science or on science used for a novel purpose is subject to special scrutiny: *Mohan*, at p. 25; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paras. 33 and 35-36. Such evidence must meet a basic threshold of reliability before it can be admitted: *Mohan*, at p. 25. Caution is warranted because it can be difficult for triers of fact to effectively assess the frailties of specialized expert evidence. As Sopinka J. warned in *Mohan*, at p. 21:

Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves.

tests comme celui du nystagmus du regard horizontal ou l'examen de la capacité des yeux à converger, qui consistent à chercher des irrégularités dans le mouvement des yeux, ne constituent des indicateurs fiables d'un affaiblissement des facultés par l'effet d'une drogue que si les principes scientifiques sur lesquels ils reposent sont valides.

[40] Le législateur a reconnu la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes en vue de fournir un outil d'enquête, et non un raccourci en matière de preuve au procès. S'il est incapable de vérifier la fiabilité du fondement scientifique de l'évaluation, le juge du procès — dans son rôle de gardien du processus judiciaire — ne sera pas en mesure d'apprécier la valeur probante d'une telle preuve, et le juge des faits sera incapable de déterminer le poids à y accorder. À mon avis, les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'exiger une confirmation — par la preuve ou la jurisprudence — que les assises scientifiques des évaluations des ERD présentent le niveau de fiabilité nécessaire avant de pouvoir admettre une telle évaluation en preuve au procès. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais l'acquittement.

## II. Analyse

### A. *Les critères de l'arrêt Mohan*

[41] Un témoignage d'expert fondé sur des principes scientifiques nouveaux ou sur des principes scientifiques utilisés à des fins nouvelles doit être soigneusement examiné (*Mohan*, p. 25; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 33 et 35-36). Une telle preuve doit satisfaire à un degré minimal de fiabilité avant de pouvoir être admise (*Mohan*, p. 25). La prudence est de mise, car il peut être difficile pour le juge des faits d'évaluer d'une manière efficace les faiblesses d'un témoignage d'expert. Le juge Sopinka a fait la mise en garde suivante dans l'arrêt *Mohan*, p. 21 :

Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infallible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite.

[42] Scientific techniques may still be considered novel even where their use is well established outside of the courtroom: *J.-L.J.*, at para. 35. Techniques that are reliable enough for one purpose, such as measuring improvements in a therapeutic setting, may still not be reliable enough to be used as a diagnostic tool in court proceedings: *ibid.*; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 37.

[43] In order to admit expert opinions based on scientific techniques or knowledge into evidence, trial judges must have assurance that the underlying science is sufficiently reliable. Where its use in court proceedings is well established, judges will often be able to rely on a history of prior admissibility: *Trochym*, at para. 31. In contrast, a basic threshold of reliability of evidence based on novel science must be established on a *voir dire* because the reliability and validity of its underlying premises cannot be assumed.

#### B. *The DRE Statutory Scheme*

[44] I agree with the Chief Justice that opinions based on novel science are subjected to special scrutiny to ensure that reliability has been established by precedent, evidence, or statute. I cannot conclude, however, that the statutory scheme contains such an endorsement of the 12-step evaluation.

[45] Like the Chief Justice, I see the purpose of s. 254(3.1) as being to provide police with further investigative tools to enforce laws against drug-impaired driving. When read together with s. 254(3.4), the subsection permits an evaluation that can provide the DRE with reasonable grounds, and the authority, to request a sample of bodily fluid to “enable a proper analysis to be made”.

[42] Des techniques scientifiques peuvent être considérées nouvelles même lorsque leur utilisation est bien établie en dehors de la salle d’audience (*J.-L.J.*, par. 35). Des techniques qui sont suffisamment fiables pour une fin donnée — par exemple mesurer des améliorations en contexte thérapeutique — peuvent néanmoins ne pas l’être suffisamment pour servir d’outil diagnostique dans une procédure judiciaire (*ibid.*; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 37).

[43] Pour pouvoir admettre en preuve une opinion d’expert fondée sur des techniques ou des connaissances scientifiques, le juge de première instance doit avoir l’assurance que les principes scientifiques sous-jacents sont suffisamment fiables. Lorsque le recours à ces principes dans des procédures judiciaires est bien établi, le juge disposera souvent de précédents où des éléments de preuve fondés sur ces principes ont déjà été déclarés admissibles (*Trochym*, par. 31). En revanche, le degré minimal de fiabilité requis d’un témoignage fondé sur des principes scientifiques nouveaux doit être établi dans le cadre d’un voir-dire, parce que la fiabilité et la validité des prémisses sur lesquels ceux-ci reposent ne sauraient être présumées.

#### B. *Le régime législatif dans lequel s’inscrit l’ERD*

[44] Tout comme la Juge en chef, j’estime que les tribunaux doivent examiner soigneusement les opinions fondées sur des principes scientifiques nouveaux afin de s’assurer que la fiabilité de ces principes est reconnue par la jurisprudence, la preuve ou la loi. Je ne peux cependant pas conclure que le régime législatif comporte une telle reconnaissance en ce qui concerne l’évaluation en 12 étapes.

[45] À l’instar de la Juge en chef, je suis d’avis que le par. 254(3.1) a pour objet de fournir aux policiers d’autres outils d’enquête visant à faire respecter les dispositions interdisant la conduite avec les facultés affaiblies par la drogue. Interprétée en corrélation avec le par. 254(3.4), cette disposition autorise une évaluation susceptible de fournir à l’ERD des motifs raisonnables, et le pouvoir, de demander un échantillon de liquide organique pour permettre de réaliser « une analyse convenable ».

[46] Clearly, Parliament views DRE evaluations as reliable enough for this investigative purpose. However, I remain deeply uncomfortable with the notion of extending this purpose, grounded in enhancing police *investigative* tools, to include an unqualified endorsement of the underlying science when the Crown seeks to enter DRE evaluations as *evidence* in court.

[47] Not all expert opinions formed on the basis of valid police investigative tools are admissible into evidence. Polygraph evidence, for example, is not admissible: *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at pp. 416-19. Despite recognition that polygraph examinations are far from infallible, polygraphs remain valid police investigative tools: *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 95 and 100.

[48] Concerns about the reliability of the underlying science are particularly heightened when, as here, the scientific foundation is not self-evident and the proposed expert evidence goes to key elements of the crime before the court. Although there is no longer an absolute bar on opinions on the ultimate issue before the trier of fact, the closer the expert evidence approaches the ultimate issue, the greater the need for special scrutiny: *Mohan*, at p. 25; *J.-L.J.*, at para. 37.

[49] Thus, absent statutory language that clearly designates DRE evaluations as admissible evidence, a basic threshold of reliability of the tests must be established through precedent or evidence on a *voir dire*.

[50] Even otherwise admissible evidence may be excluded at a second discretionary gatekeeping step, where a trial judge evaluates the potential benefits and risks of the proposed expert evidence

[46] De toute évidence, le législateur considère que les évaluations des ERD sont suffisamment fiables pour les besoins de ce genre d'enquête. Cependant, je demeure profondément mal à l'aise avec l'idée de reconnaître une portée plus grande à ce régime — qui vise à la base à accroître les outils d'enquête à la disposition des policiers — en considérant qu'il comporte une reconnaissance sans réserve des principes scientifiques sous-jacents lorsque le ministère public cherche à introduire l'évaluation d'un ERD *en preuve* devant un tribunal.

[47] Ce ne sont pas toutes les opinions formées par des experts sur le fondement d'outils d'enquête policière valables qui sont admissibles en preuve. Les éléments de preuve obtenus par polygraphe, par exemple, ne sont pas admissibles (*R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, p. 416-419). Même s'il est reconnu qu'ils sont loin d'être infallibles, les tests polygraphiques demeurent des outils d'enquête policière valables (*R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 95 et 100).

[48] Les préoccupations quant à la fiabilité des principes scientifiques sous-jacents s'accroissent particulièrement lorsque, comme en l'espèce, le fondement scientifique n'est pas évident et que le témoignage d'expert proposé porte sur des éléments-clés du crime reproché à l'accusé devant le tribunal. Bien que l'admission en preuve d'opinions portant sur la question fondamentale que doit trancher le juge des faits ne fasse plus l'objet d'une interdiction absolue, plus le témoignage d'expert tend à répondre à cette question fondamentale, plus il est important de l'examiner soigneusement (*Mohan*, p. 25; *J.-L.J.*, par. 37).

[49] En conséquence, en l'absence d'un texte législatif indiquant clairement que les évaluations des ERD sont admissibles en preuve, le degré minimal de fiabilité des tests effectués doit être établi soit par voie jurisprudentielle, soit au moyen d'éléments de preuve dans le cadre d'un *voir-dire*.

[50] Même des éléments de preuve par ailleurs admissibles peuvent être exclus à la deuxième étape de l'analyse, étape où le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire en tant que gardien du processus

before admitting it at trial: *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182, at para. 24. “[R]elevance, reliability and necessity” must be weighed against the dangers of “consumption of time, prejudice and confusion”: *J.-L.J.*, at para. 47.

[51] The probative value of the evidence necessarily involves an assessment of the reliability of the underlying science: *Trochym*, at para. 28. Without evidence relating to the science, or the ability to cross-examine the expert about the science, how does the gatekeeper critically assess the probative value against the potential prejudice of the evidence, to ensure that it enhances, rather than distorts, the fact-finding process? (See *White Burgess*, at paras. 17-18.)

[52] And without the ability to test its scientific foundation, how will the trier of fact ultimately assess the weight of the evaluation? The evidence has the potential to be highly prejudicial. In the context of a jury trial for impaired driving causing death, for example, there is a real danger that an opinion, coming from a police officer certified as a “Drug Recognition Expert”, about whether the accused was impaired by a drug, would be given undue weight.

[53] Nor can cross-examination of DREs effectively assist in understanding the probative value of the evidence and the strength of the inference that should be drawn from the opinion. Because a DRE’s area of expertise is limited to administration of the prescribed evaluation rather than the scientific knowledge necessary to explain its effectiveness, cross-examination is unlikely to leave triers of fact with a real understanding of the weight that should be attached to the evidence.

judiciaire, et évalue les avantages et les risques éventuels que présente l’admission au procès du témoignage d’expert proposé avant d’admettre ce témoignage (*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, par. 24). « [L]a pertinence, la fiabilité et la nécessité » du témoignage doivent être évaluées par rapport « au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent [en] résulter » (*J.-L.J.*, par. 47).

[51] Pour apprécier la valeur probante du témoignage, il faut nécessairement évaluer la fiabilité des principes scientifiques sur lesquels il repose (*Trochym*, par. 28). En l’absence d’éléments de preuve relatifs aux principes scientifiques concernés, ou de possibilité de contre-interroger l’expert sur ceux-ci, comment le juge — dans son rôle de gardien du processus judiciaire — peut-il effectuer un examen critique de la valeur probante de cette preuve au regard du préjudice qui pourrait éventuellement en découler, afin de s’assurer que celle-ci vienne renforcer, plutôt que fausser, le processus de recherche des faits? (Voir *White Burgess*, par. 17-18.)

[52] De plus, s’il est impossible de vérifier le fondement scientifique de l’évaluation, comment le juge des faits déterminera-t-il ultimement le poids à lui accorder? Cette preuve peut être hautement préjudiciable. À titre d’exemple, dans le contexte d’un procès pour conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort tenu devant jury, il existe un véritable danger que l’opinion exprimée par un policier certifié comme « expert en reconnaissance de drogues » sur la question de savoir si l’accusé avait les facultés affaiblies par une drogue se voie accorder un poids démesuré.

[53] Le contre-interrogatoire de l’ERD n’aide pas non plus concrètement à comprendre la valeur probante d’une telle preuve et le poids de l’inférence qui devrait être tirée de l’opinion de l’ERD. En effet, comme le domaine d’expertise de cet expert se limite à la réalisation de l’évaluation prescrite et ne s’étend pas aux connaissances scientifiques nécessaires pour expliquer l’efficacité de celle-ci, il est peu probable que le contre-interrogatoire de cette personne permette au juge des faits de comprendre véritablement le poids qui devrait être accordé à cette preuve.

[54] Accused persons have a right to test the strength of the evidence against them. For those charged with alcohol-impaired driving, s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* clearly designates breath sample results as “conclusive proof” of an accused’s blood alcohol level (provided certain preconditions are met). Since there is no equivalent provision for DRE determinations, accused persons should not have to bring a constitutional challenge in order to question the strength of the 12-step evaluation.

[55] The Chief Justice recognizes that Parliament has not displaced the common law rule requiring a *voir dire* on the admissibility of expert evidence. One important reason for this rule is to ensure that any novel science underpinning the expert’s opinion is reliable. And yet, my colleague’s reasons dispense with any inquiry into the reliability and validity of the 12-step evaluation. This displaces an important safeguard in our common law rule, without clear language to this effect. It effectively leads to the automatic admissibility of the evaluation upon proof it was properly administered. In my view, there is no clear indication that this was Parliament’s intent.

C. *The Insufficient Evidence of Reliability Before the Trial Judge*

[56] The Crown relies on a reference by a witness at a parliamentary committee hearing to a study finding that DRE evaluations are 98.6 percent reliable. But proposed expert testimony based on novel science is subject to a more searching assessment of reliability: see *J.-L.J.*, at para. 33. If the evaluation techniques are in fact highly reliable, then I expect that it would not be long before the reliability of the underlying scientific regime would be well established through precedent and a *voir dire*

[54] L’accusé a le droit de contester la solidité de la preuve présentée contre lui. Dans le cas d’une accusation de conduite avec les facultés affaiblies par l’alcool, l’al. 258(1)c) du *Code criminel* énonce clairement que les résultats des analyses des échantillons d’haleine font « foi de façon concluante » de l’alcoolémie de l’accusé (pourvu que certaines conditions préalables soient respectées). Comme il n’existe pas de disposition équivalente pour les conclusions tirées par un ERD, l’accusé ne devrait pas avoir à soulever une contestation constitutionnelle pour remettre en cause la force probante de l’évaluation en 12 étapes.

[55] La Juge en chef reconnaît que le législateur n’a pas écarté la règle de common law exigeant la tenue d’un voir-dire sur l’admissibilité d’un témoignage d’expert. L’une des raisons importantes justifiant l’existence de cette règle est la suivante : faire en sorte que toute preuve scientifique nouvelle sur laquelle se fonde l’opinion de l’expert soit fiable. Or, dans ses motifs, ma collègue écarte tout examen de la fiabilité et de la validité de l’évaluation en 12 étapes, mettant à l’écart par le fait même une garantie importante de notre règle de common law, et ce, en l’absence d’un texte clair en ce sens. Cela se traduit dans les faits par l’admissibilité automatique de l’évaluation dès qu’il a été prouvé qu’elle a été effectuée adéquatement. À mon avis, il n’y a aucune indication claire qu’il s’agissait là de l’intention du législateur.

C. *L’insuffisance de la preuve relative à la fiabilité soumise au juge du procès*

[56] Le ministère public invoque la mention par un témoin, lors d’une audience en comité parlementaire, d’une étude dans laquelle on a conclu que les évaluations menées par les ERD présentent un taux de fiabilité de 98,6 p. 100. Toutefois, lorsqu’un témoignage d’expert reposant sur des principes scientifiques nouveaux est proposé, la fiabilité de ce témoignage est assujettie à une évaluation plus approfondie (voir *J.-L.J.*, par. 33). Si les techniques d’évaluation sont effectivement très fiables, on peut

on this issue would rarely be required. However, we are not there yet.

[57] Given the unsettled nature of the case law and the relatively recent reception of DRE evidence into Canadian courts, it was open to the trial judge to treat the proposed testimony as an opinion based on novel science. Although he recognized the DRE's special expertise in administering the 12-step evaluation for the purpose of requesting a bodily sample (i.e., advancing the police investigation), the trial judge found the DRE lacked the necessary qualifications to offer an opinion on impairment in court. The trial judge's reasons indicate that neither threshold reliability nor the adequacy of the officer's qualifications were conceded.

[58] As the DRE was not himself trained on the reliability of the 12-step evaluation, the Crown could have called a different expert for this purpose. As it did not, there was a lack of evidence about the reliability of the regime. The trial judge was therefore entitled to exclude the DRE's opinion on the results of his evaluation.

[59] In my view, the reliability of the tests, and the trial judge's discretion to exclude the evidence, were key issues before the trial judge and live issues before this Court. The trial judge had the discretion to require — through evidence or precedent — confirmation that the science behind DRE evaluations met the basic threshold of reliability before admitting the evidence at trial.

alors penser, selon moi, que la fiabilité du régime scientifique à la base de ces techniques sera sous peu bien établie dans la jurisprudence et qu'il sera donc rarement nécessaire de tenir un voir-dire sur ce point. Cependant, nous ne sommes pas encore rendus là.

[57] Comme la jurisprudence n'est pas encore bien établie et vu le caractère relativement récent de l'admission de témoignages d'ERD devant les tribunaux canadiens, il était loisible au juge de première instance de considérer le témoignage proposé comme une opinion fondée sur des principes scientifiques nouveaux. Bien que le juge ait reconnu l'expertise spéciale de l'ERD lorsqu'il s'agit d'effectuer l'évaluation en 12 étapes en vue de demander des échantillons de substances corporelles (c.-à-d. pour les besoins de l'enquête policière), il a conclu que celui-ci n'avait pas les compétences nécessaires pour donner son opinion devant le tribunal sur l'affaiblissement des facultés de l'accusé. Il ressort des motifs du juge du procès que ni le degré minimal de fiabilité requis ni le caractère adéquat des compétences de l'agent n'ont fait l'objet de concessions.

[58] Étant donné que l'ERD n'avait pas lui-même reçu de formation sur la fiabilité de l'évaluation en 12 étapes, le ministère public aurait pu faire entendre un expert différent sur cette question. Comme il ne l'a pas fait, la preuve relative à la fiabilité du régime était insuffisante. Le juge du procès pouvait donc exclure l'opinion de l'ERD en ce qui concerne les résultats de son évaluation.

[59] À mon avis, la fiabilité des tests ainsi que le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'exclure la preuve en découlant constituaient des questions fondamentales devant celui-ci et des questions sur lesquelles notre Cour devait se prononcer. Le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire d'exiger la confirmation — au moyen d'éléments de preuve ou de précédents jurisprudentiels — que les assises scientifiques des évaluations des ERD présentaient le degré minimal de fiabilité nécessaire avant de pouvoir admettre une telle évaluation en preuve au procès.

### III. Conclusion

[60] Accordingly, I would allow the appeal and reinstate the acquittal.

*Appeal dismissed, KARAKATSANIS and GASCON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.*

### III. Conclusion

[60] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais l'acquittement.

*Pourvoi rejeté, les juges KARAKATSANIS et GASCON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Greenspon, Brown & Associates, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.*