

Ajitpal Singh Sekhon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SEKHON

2014 SCC 15

File No.: 35180.

2013: November 8; 2014: February 20.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Expert evidence — Curative proviso — Accused charged with importation of cocaine and possession for purpose of trafficking — Cocaine found in concealed compartment of truck accused was driving — Accused denying knowledge of presence of cocaine — Police officer testifying he had never encountered blind courier over course of his many investigations — Whether trial judge erred in admitting and relying upon this expert evidence of police officer — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

S was convicted of importation and possession for the purposes of trafficking of 50 kg of cocaine. The cocaine was seized by border officers who found it hidden in a concealed compartment of a pickup truck S attempted to drive from the United States into Canada. The case against S was entirely circumstantial and the only issue at trial was whether he knew of the cocaine in the truck. S claimed that an acquaintance had asked him to drive the truck and that he had no knowledge of the cocaine. The trial judge rejected S's testimony in its entirety. The judge found that S knew of the cocaine based on: its amount and value; expert evidence from a police officer pertaining to the customs and habits of drug couriers, including the fact that in his many years' experience he had never encountered a blind courier; and evidence that S had detached the fob that controlled access to the secret compartment from his key chain before handing the keys to the border officer. The trial judge also relied on additional items of circumstantial evidence that pointed towards S's guilty knowledge. On appeal, S argued that

Ajitpal Singh Sekhon *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SEKHON

2014 CSC 15

N° du greffe : 35180.

2013 : 8 novembre; 2014 : 20 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Disposition réparatrice — Accusations d'importation de cocaïne et de possession en vue d'en faire le trafic — Cocaïne trouvée dans un compartiment secret de la camionnette conduite par l'accusé — Dénégation par l'accusé de toute connaissance de la présence de la cocaïne à bord — Témoignage d'un policier selon lequel il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire au cours de ses nombreuses enquêtes — Le juge du procès a-t-il eu tort d'admettre ce témoignage et de se fonder sur lui? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

S a été déclaré coupable d'importation de 50 kg de cocaïne et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic. Des agents des services frontaliers ont saisi la cocaïne après l'avoir trouvée dans un compartiment secret de la camionnette à bord de laquelle S s'était présenté à la frontière canado-américaine en provenance des États-Unis. La preuve contre S était entièrement circonstancielle, et la seule question en litige au procès était celle de savoir si S savait que la cocaïne se trouvait à bord du véhicule. S a prétendu qu'une connaissance lui avait demandé de conduire la camionnette et qu'il ignorait tout de la présence de la cocaïne. Le juge du procès a rejeté le témoignage de S en totalité. Il a conclu que ce dernier savait pour la cocaïne, et ce, en se fondant sur la quantité et la valeur de celle-ci, sur le témoignage d'expert d'un policier concernant les procédés habituels des passeurs, y compris ses propos voulant que, au cours de ses nombreuses années de service, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire, ainsi que sur la preuve selon laquelle S avait séparé la clé de contact et la

the trial judge should not have admitted or relied on the expert evidence of the police officer and in particular, that portion of his evidence relating to his own experience with blind couriers. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The police officer's evidence relating to his own experience with blind couriers was inadmissible and the trial judge erred in relying upon it. Admission of expert evidence depends on the *Mohan* criteria of relevance, necessity in assisting the trier of fact, absence of any exclusionary rule and a properly qualified expert. It is not enough for a trial judge to simply consider the *Mohan* criteria at the outset of an expert's testimony and make an initial ruling as to the admissibility of the evidence. The judge must do his or her best to ensure that throughout, the expert's testimony remains within the proper boundaries of expert evidence. This includes ensuring, so far as possible, that the content of the evidence itself is properly the subject of expert evidence. Where mistakes are made and the testimony strays beyond the proper scope of expert evidence, it is imperative that the trial judge not assign any weight to the inadmissible parts.

In this case, the fact that the police officer had never encountered a blind courier in his many investigations was neither necessary nor relevant to the issue facing the trial judge — whether S knew about the cocaine. The officer's evidence was not necessary because determining whether S knew about the cocaine was not beyond the knowledge and experience of the judge and was not technical or scientific in nature. Moreover, the guilt or innocence of accused persons that the police officer had encountered in the past was not legally relevant to S's guilt or innocence. In other words, the officer's testimony was of no probative value in determining whether S knew about the cocaine and its lack of relevance is sufficient to justify its exclusion.

The inadmissible testimony, however, forms one sentence of a 16-page judgment that is otherwise flawless.

télécommande qui donnait accès au compartiment secret avant de remettre la première à l'agent des services frontaliers. Le juge s'est aussi appuyé sur d'autres éléments de preuve circonstancielle qui militaient en faveur de la connaissance coupable de S. En appel, S a fait valoir que le juge n'aurait pas dû admettre le témoignage d'expert du policier ni se fonder sur lui, en particulier la portion où ce dernier dit n'avoir jamais eu affaire à un passeur involontaire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont débouté.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Le témoignage du policier selon lequel il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire était inadmissible, et le juge du procès a eu tort de se fonder sur lui. L'admissibilité de la preuve d'expert tient au respect des critères établis dans l'arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Il ne suffit pas au juge du procès de tenir compte des critères de l'arrêt *Mohan* uniquement au début du témoignage de l'expert et de rendre une décision initiale quant à l'admissibilité de la preuve. Il doit également faire en sorte que, tout au long de son témoignage, l'expert respecte les limites établies à l'égard d'une telle preuve. Cela veut dire notamment s'assurer, autant que faire se peut, que la teneur de la preuve elle-même fait l'objet à juste titre du domaine d'un témoignage d'expert. Lorsque des erreurs sont commises et que le témoignage dépasse les limites du domaine d'expertise, il est impératif que le juge du procès n'accorde aucune importance aux portions inadmissibles.

Que, en l'espèce, le policier n'ait jamais eu affaire au cas d'un passeur involontaire au cours de ses nombreuses enquêtes n'était ni nécessaire ni pertinent pour trancher la question en litige au procès, à savoir si S connaissait la présence de la cocaïne. Son témoignage n'était pas nécessaire, car déterminer si S savait ou non pour la cocaïne n'était pas hors de portée du juge eu égard à ses connaissances et à son expérience et ne relevait certainement pas de la technique ou de la science. En outre, la culpabilité ou l'innocence d'accusés au sujet desquels le policier avait enquêté dans le passé n'étaient pas pertinentes sur le plan juridique quant à la culpabilité ou à l'innocence de S. Autrement dit, le témoignage du policier n'avait pas de valeur probante quant à savoir si S connaissait ou non la présence de la cocaïne, et son absence de pertinence suffisait à justifier son exclusion.

Toutefois, l'élément inadmissible correspond à une phrase de l'une des 16 pages du jugement, par ailleurs

In the judgment, the judge provided a long list of reasons for rejecting S's testimony. And apart from the one aspect of the expert's testimony that he should not have considered, the judge provided an equally impressive list of reasons for concluding that S knew about the cocaine.

While the trial judge's error in this case is not harmless, the evidence of S's guilt is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. Hence, the second branch of the curative proviso can be applied to sustain S's convictions. The fob evidence on its own was devastating. But it did not stand alone; it was part of a web of circumstantial evidence pointing towards S's guilt. When considering the second branch of the curative proviso in a circumstantial case, it is necessary to look at the whole of the admissible evidence in assessing the strength of the case. It is not the task of an appellate court to parse each item of evidence in search of a possible innocent explanation. If that were so, it would be impossible to ever satisfy the second branch.

Per McLachlin C.J. and LeBel J. (dissenting): The police officer's evidence that in his many investigations he had never encountered a blind courier strayed from what would be admissible expert evidence. His testimony was equivalent to a statement that individuals in S's position always know about the drugs. It is a short step from such evidence to an inference that S must have known about the cocaine. The evidence effectively amounted to an opinion that S possessed the *mens rea* for the offences with which he was charged, which was the issue in this trial. Whether it was admissible therefore requires special scrutiny.

Applying the *Mohan* criteria, the expert evidence should not have been admitted. The evidence was not necessary, as it was open to the judge to infer what S knew or did not know. Nor was it relevant. The officer's opinion invited the judge to find that S knew about the cocaine on the basis that all people driving vehicles containing hidden drugs know about the drugs. In addition to usurping the trial judge's role in resolving the issue of guilt or innocence, the opinion depended on an unacceptable and unfair inference.

irréprochable, dans lequel le juge énumère les nombreuses raisons pour lesquelles il rejette le témoignage de S. Outre la partie du témoignage de l'expert dont il n'aurait pas dû tenir compte, le juge énonce les raisons tout aussi nombreuses pour lesquelles, selon lui, S savait pour la cocaïne.

Bien qu'en l'espèce l'erreur du juge du procès ne soit pas inoffensive, la preuve de la culpabilité de S est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Par conséquent, le second volet de la disposition réparatrice peut s'appliquer pour confirmer les déclarations de culpabilité prononcées contre S. À elle seule, la preuve relative à la télécommande d'accès a eu un effet catastrophique. Mais il ne s'agissait pas du seul élément de preuve. Elle faisait partie d'un enchevêtrement d'éléments de preuve circonstancielle tendant à établir la culpabilité de S. Au moment de considérer l'application du second volet de la disposition réparatrice dans le cas d'une preuve circonstancielle, il faut examiner l'ensemble des éléments admissibles pour apprécier la solidité de la preuve. La cour d'appel n'a pas à considérer chacun des éléments et à rechercher une éventuelle explication qui innocenterait l'accusé. S'il en allait ainsi, il ne serait jamais possible de satisfaire aux conditions d'application du second volet.

La juge en chef McLachlin et le juge LeBel (dissidents) : Le témoignage du policier voulant que, au cours de ses nombreuses enquêtes, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire a dépassé les limites du témoignage d'expert admissible. Ses propos revenaient à dire que, dans la situation de S, une personne savait toujours qu'elle transportait de la drogue. Il ne restait qu'un petit pas à franchir pour en conclure que S avait dû être au courant pour la cocaïne. Le témoin a effectivement exprimé l'opinion que S avait la *mens rea* requise pour les infractions dont il était accusé, et il s'est donc prononcé sur la question fondamentale à trancher. C'est pourquoi la question de l'admissibilité du témoignage doit faire l'objet d'un examen particulièrement minutieux.

Compte tenu des critères de l'arrêt *Mohan*, le témoignage d'expert en cause n'aurait pas dû être admis. Il n'était pas nécessaire, car le juge pouvait tirer l'inférence voulue quant à ce que S savait ou non. Il n'était pas non plus pertinent. L'opinion du policier invitait le juge à conclure que S savait qu'il transportait de la cocaïne parce que tout conducteur d'un véhicule à bord duquel est dissimulée de la drogue sait qu'il transporte de la drogue. En plus d'usurper la fonction du juge du procès qui consiste à déterminer la culpabilité ou l'innocence, la formulation de l'opinion se fondait sur une conclusion à la fois inadmissible et injuste.

Given the trial judge's error was not a harmless one that would have no impact on the verdict, this is not an appropriate case for application of the second branch of the curative proviso. The issue in applying the second branch is not whether the trial judge could make the inference he did or whether that inference was determinative of guilt, but whether it was the only rational conclusion. In this case, it was not.

While ordering a new trial places demands on judicial resources, this cannot override S's right to a fair trial based solely on admissible evidence. The trial judge relied on inadmissible evidence and this was a serious error. If this Court excludes evidence described by the trial judge as one of the foundations of his conclusion that S was guilty, it cannot then hold that the evidence against S was nonetheless overwhelming without engaging in pure speculation. Such a conclusion would contradict what the trial judge himself wrote and would rest on an improper reweighing of the remaining evidence. The curative proviso does not permit this Court to deny a retrial in such circumstances.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *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. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 6(1).

Étant donné que l'erreur du juge du procès n'était pas une erreur inoffensive non susceptible d'avoir une incidence sur sa décision, il ne convient pas d'appliquer le second volet de la disposition réparatrice en l'espèce. La question qui se pose lorsqu'il s'agit d'appliquer ou non le second volet n'est pas celle de savoir si le juge pouvait tirer l'inférence ou si elle était déterminante quant à la culpabilité, mais bien si c'était la seule rationnelle, ce qui n'était pas le cas dans la présente affaire.

Un nouveau procès mobiliserait certes des ressources judiciaires, mais cette considération ne saurait primer le droit de S à un procès équitable fondé sur la seule preuve admissible. Le juge du procès s'est appuyé sur un élément de preuve inadmissible et il s'agit d'une erreur grave. Si notre Cour écarte une preuve qui, selon le juge du procès, constitue l'une des assises des déclarations de culpabilité, elle ne saurait conclure que la preuve défavorable à S demeure accablante sans se livrer à de pures conjectures. Pareille conclusion contredirait les motifs du juge eux-mêmes et reposerait sur une appréciation nouvelle et, partant, irrégulière des autres éléments de preuve. La disposition réparatrice ne permet pas à la Cour de refuser un nouveau procès dans les circonstances.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés :** *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. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233; *R. c. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 6(1).

Authors Cited

Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. by Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Newbury and Lowry JJ.A.), 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170, 565 W.A.C. 170, [2012] B.C.J. No. 2675 (QL), 2012 CarswellBC 4005, affirming the accused's convictions for importation and possession of cocaine for the purposes of trafficking. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.

Eric V. Gottardi and Kathleen M. Bradley, for the appellant.

Martha M. Devlin, Q.C., and *Chris Greenwood*, for the respondent.

The judgment of Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] On January 25, 2005, the appellant, Ajitpal Singh Sekhon, was charged with unlawfully importing cocaine and unlawfully possessing cocaine for the purpose of trafficking. He was arrested when he attempted to cross the border from Washington State into British Columbia. The key issue at trial was whether Mr. Sekhon knew about the cocaine that was secreted in the pickup truck he was driving. The trial judge found that he did. He based his decision in part on the testimony of an expert police witness who testified about the customs and practices of the drug trade. One aspect of the expert's evidence strayed beyond the proper scope of expert testimony. As such, it was inadmissible and should not have been relied on by the trial judge.

Doctrine et autres documents cités

Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. by Edward W. Cleary. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Newbury et Lowry), 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170, 565 W.A.C. 170, [2012] B.C.J. No. 2675 (QL), 2012 CarswellBC 4005, qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour importation de cocaïne et possession en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.

Eric V. Gottardi et Kathleen M. Bradley, pour l'appellant.

Martha M. Devlin, c.r., et *Chris Greenwood*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le 25 janvier 2005, l'appellant, Ajitpal Singh Sekhon, a été accusé d'importation illégale de cocaïne et de possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a été arrêté au moment où il tentait de traverser la frontière canado-américaine, en provenance de l'État de Washington, à destination de la Colombie-Britannique. La principale question en litige au procès a été celle de savoir si M. Sekhon savait que de la cocaïne était dissimulée dans la camionnette qu'il conduisait. Le juge du procès a conclu qu'il le savait. Sa décision se fonde en partie sur le témoignage d'un policier sur les procédés habituels des trafiquants de drogue. Un volet de ce témoignage a dépassé les limites établies à l'égard du témoignage d'un expert. Il était donc inadmissible, et le juge n'aurait pas dû s'appuyer sur lui.

[2] The flawed testimony upon which the trial judge relied forms one sentence of a 16-page judgment that is otherwise flawless. In particular, the trial judge provided a long list of reasons for disbelieving the appellant and rejecting his testimony as incredible. And apart from the one aspect of the expert's evidence that he should not have considered, the trial judge provided an equally impressive list of reasons for concluding that the appellant was aware of the cocaine secreted in the pickup truck.

[3] In the end, the only issue of concern is whether the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, can be applied to sustain the convictions. I believe it can. While the error relating to the flawed expert testimony cannot be swept aside as harmless, the evidence establishing the appellant's guilty knowledge — and thus his guilt — is overwhelming. Hence, the second branch of the curative proviso can safely be applied to sustain the convictions.

[4] Because this case turns on the application of the second branch of the curative proviso, I find it necessary to review the evidence and the trial judge's findings of fact in some detail.

II. Facts

[5] On January 25, 2005, shortly after 4:30 p.m., Mr. Sekhon attempted to drive a pickup truck across the border from Washington State into British Columbia. He was the sole occupant of the truck.

[6] The customs officer at the primary inspection booth noted that Mr. Sekhon appeared tense and was gripping the steering wheel. When asked about the purpose of his trip, he told the customs officer that he had been delivering cheques to workers at a farm. He was unable to produce any receipts or pay stubs to support his stated purpose for travel.

[2] L'élément inadmissible pris en compte par le juge du procès correspond à une phrase de l'une des 16 pages de son jugement, lequel est par ailleurs irréprochable. Le juge énumère les nombreuses raisons pour lesquelles il ne croit pas l'appellant et tient son témoignage pour non digne de foi. Outre la partie du témoignage de l'expert dont il n'aurait pas dû tenir compte, le juge énonce les raisons tout aussi nombreuses pour lesquelles, selon lui, l'appellant savait que de la cocaïne était dissimulée dans la camionnette.

[3] En fin de compte, la seule question qui se pose est celle de savoir s'il est possible d'appliquer la disposition réparatrice, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour confirmer les déclarations de culpabilité. Je crois que c'est le cas. Bien qu'il ne puisse être fait abstraction de l'erreur qui entache le témoignage de l'expert au motif qu'elle serait inoffensive, la preuve de la connaissance coupable de l'appellant — et donc, de sa culpabilité — demeure accablante. Par conséquent, le second volet de la disposition réparatrice peut s'appliquer sans problème pour confirmer les déclarations de culpabilité.

[4] Comme l'issue du pourvoi tient à l'application du second volet de la disposition réparatrice, j'estime nécessaire de revenir jusqu'à un certain point sur la preuve et sur les conclusions de fait du juge du procès.

II. Les faits

[5] Le 25 janvier 2005, peu après 16 h 30, M. Sekhon a tenté de traverser en camionnette la frontière canado-américaine, en provenance de l'État de Washington, vers la Colombie-Britannique. Il était seul à bord.

[6] À la guérite d'inspection primaire, l'agent des douanes a remarqué que M. Sekhon semblait tendu et qu'il s'agrippait au volant. Interrogé sur l'objet de son déplacement, M. Sekhon a répondu qu'il était allé livrer des chèques aux travailleurs d'une ferme. Cependant, il n'a pu produire de reçus ou de talons de chèque à l'appui.

[7] The customs officer referred Mr. Sekhon for a secondary examination. Mr. Sekhon was told to park the vehicle in a secondary parking area and go to the customs office.

[8] At the customs office, Mr. Sekhon was asked for the keys to the pickup truck. He complied and turned them over to the customs officer.

[9] Mr. Sekhon began to pace nervously around the customs office. At one point, he attempted to leave the building but was directed to return. Meanwhile, customs officers undertook an inspection of the truck. This led to the discovery of packages of a white powdery substance, believed to be cocaine, hidden in a concealed compartment.

[10] After the white powdery substance was discovered, Mr. Sekhon was informed that he was being detained. He was advised of his rights and asked to empty his pockets. Among the items produced were a key fob on a chain, a cellular phone, and an envelope.

[11] The cellular phone began ringing and continued to ring for the duration of the time that it was in the possession of the customs officers.

[12] Mr. Sekhon indicated that the key fob was his and that it was for the truck.

[13] The envelope bore the name “Westhall Properties Ltd.”. On the envelope were the following handwritten notations: “Combo lock 34-11-20, time enterphone 204, Parking 284, locker 185” (A.R., vol. V, at p. 82).

[14] Mr. Sekhon was then arrested and escorted to a detention cell in the customs building. He was once again advised of his rights and chose to speak to a lawyer over the phone. After this phone call, a customs officer went to check on Mr. Sekhon. He noticed a wet, partially chewed-up piece of green paper on the floor of Mr. Sekhon’s cell. When asked about the paper, Mr. Sekhon told the customs officer that he had retrieved it from the commercial counter

[7] L’agent a décidé de soumettre M. Sekhon à un examen secondaire. Il lui a dit de stationner le véhicule dans l’aire d’inspection secondaire, puis de se rendre au bureau de douane.

[8] L’agent du bureau de douane a demandé à M. Sekhon la clé de la camionnette. M. Sekhon la lui a remise.

[9] M. Sekhon a commencé à arpenter le bureau avec nervosité. À un certain moment, il a entrepris de sortir, mais un agent lui a intimé de rentrer. Pendant ce temps, des agents ont inspecté la camionnette et y ont décelé la présence, dans un compartiment secret, d’emballages renfermant une substance poudreuse blanche qu’ils ont cru être de la cocaïne.

[10] Après cette découverte, un agent a informé M. Sekhon qu’il était détenu. Il l’a également informé de ses droits et lui a demandé de vider ses poches. Parmi les articles recueillis, il y avait une télécommande d’accès munie d’une chaîne, un téléphone portable et une enveloppe.

[11] Tout le temps que les agents des douanes l’ont eu en leur possession, le téléphone n’a pas cessé de sonner.

[12] M. Sekhon a indiqué que la télécommande lui appartenait et qu’elle donnait accès à la camionnette.

[13] L’enveloppe portait l’en-tête « Westhall Properties Ltd. » et on y avait écrit à la main : [TRADUCTION] « Comb. serrure 34-11-20, code d’accès 204, stationnement 284, remise 185 » (d.a., vol. V, p. 82).

[14] M. Sekhon a alors été arrêté puis conduit à une cellule. Il a de nouveau été informé de ses droits et a décidé de joindre un avocat au téléphone. Après l’appel, un agent s’est rendu à sa cellule. Il a aperçu sur le plancher un bout de papier vert, mouillé et partiellement mâché. Lorsqu’il a interrogé M. Sekhon sur la provenance du papier, ce dernier a répondu qu’il l’avait pris au comptoir commercial. Lorsqu’on a fait observer à M. Sekhon

in the customs office. Upon being confronted with the fact that there was no green paper in that area, Mr. Sekhon said it had come from the truck.

[15] Further examination of the hidden compartment of the truck revealed the presence of 50 bricks of cocaine, each weighing one kilogram. The hidden compartment was equipped with a hydraulic jack mechanism enabling the compartment to be opened and closed. The key fob recovered from Mr. Sekhon had been engineered to open and close the compartment if the correct buttons were pressed in a particular sequence.

[16] Mr. Sekhon was charged with unlawfully importing cocaine into Canada contrary to s. 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and with unlawfully possessing cocaine for the purpose of trafficking contrary to s. 5(2) of that Act.

III. Proceedings Below

[17] Judge Dohm, of the Provincial Court of British Columbia, presided over Mr. Sekhon's trial. The sole issue at trial was whether the Crown could prove beyond a reasonable doubt that Mr. Sekhon had the requisite *mens rea* for the two offences charged, that is, knowledge of the cocaine.

A. *Crown Evidence*

[18] The Crown called a police officer, Sgt. Arsenault, to give expert evidence regarding the customs and practices of the drug trade. Specifically, Sgt. Arsenault's evidence was to focus on chains of distribution, distribution routes, means of transportation, methods of concealment, packaging, value, cost and profit margins. Sgt. Arsenault had been a police officer for 33 years and had been involved in approximately 1,000 cases involving the importation of cocaine. His qualifications as an expert witness were admitted.

qu'il n'y avait pas de papier de couleur verte à cet endroit, il a rétorqué que le bout de papier provenait de la camionnette.

[15] L'inspection approfondie du compartiment secret de la camionnette a révélé la présence de 50 briques de cocaïne d'un kilogramme chacune. Le compartiment était muni d'un vérin hydraulique qui permettait de l'ouvrir et de le fermer. La télécommande obtenue de M. Sekhon avait été conçue pour ouvrir et fermer le compartiment si l'on appuyait sur les bons boutons dans un ordre précis.

[16] M. Sekhon a été accusé d'importation illégale de cocaïne au Canada, en contravention avec le par. 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et de possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic, en contravention avec le par. 5(2) de la même loi.

III. Les décisions des juridictions inférieures

[17] Le juge Dohm, de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, a présidé le procès de M. Sekhon. La seule question en litige était alors celle de savoir si le ministère public pouvait prouver hors de tout doute raisonnable que M. Sekhon avait la *mens rea* requise pour les deux infractions dont il était accusé, c'est-à-dire qu'il savait la cocaïne à bord du véhicule.

A. *La preuve du ministère public*

[18] Le ministère public a fait témoigner à titre d'expert un policier, le sergent Arsenault, sur les procédés habituels des trafiquants de drogue. Le témoin-expert devait notamment faire état des chaînes et des voies de distribution, des moyens de transport, des méthodes de dissimulation, des modes d'emballage, de la valeur, du coût et des marges de profit. Le sergent Arsenault comptait 33 ans de service au sein de la police et avait participé à environ 1 000 enquêtes relatives à l'importation de cocaïne. Sa qualité de témoin-expert n'a pas été contestée.

[19] Sgt. Arsenault testified at length about the customs of the cocaine trade. He valued the amount of cocaine found in the pickup truck to be worth between \$1,500,000 and \$1,750,000 at the wholesale level. He explained that the recruitment of a drug courier takes time and that an organization will not typically entrust a first-time courier with a large shipment. Instead, the courier's reliability will be tested with smaller shipments. He testified that it was significant that Mr. Sekhon had been given a fob that could open the hidden compartment; the fact that he "actually [ha]d hands-on access to the shipment itself" showed that he had "a lot more trust . . . within the group" (A.R., vol. III, at p. 151).

[20] Towards the end of his examination-in-chief, the following exchange occurred between Crown counsel and Sgt. Arsenault:

Q Officer, you described earlier that you've been involved in approximately 1,000 investigations involving the importation of cocaine over your 33-year career?

A That is correct, Your Honour, yes.¹

Q In approximately how many of those investigations were you able to determine that the person importing the cocaine did not know about the commodity that they were importing?

A I have never encountered it, personally.

Q Have you ever heard of a -- the use of a blind courier or a courier who doesn't know about the commodity that he is driving?

A I -- I've certainly heard that argument being raised on -- on occasion, primarily in court, not during my investigations. [Footnote added; A.R., vol. III, at p. 144.]

[19] Il a livré un témoignage détaillé sur les procédés habituels des trafiquants de cocaïne. Il a estimé à une somme située entre 1 500 000 \$ et 1 750 000 \$ la valeur sur le marché de gros du chargement trouvé dans la camionnette. Il a expliqué que le recrutement d'un passeur de drogue prenait du temps, qu'on ne confiait habituellement pas un chargement important à un nouveau venu et qu'on mettait plutôt à l'épreuve la fiabilité d'une nouvelle recrue en lui confiant de petites quantités. Le sergent Arsenault a affirmé que la remise à M. Sekhon d'une télécommande qui permettait d'ouvrir le compartiment secret était significative; [TRADUCTION] « l'accès donné à la marchandise elle-même » montrait que « le groupe lui faisait plutôt confiance » (d.a., vol. III, p. 151).

[20] Voici un extrait de l'échange entre le sergent Arsenault et l'avocat du ministère public (vers la fin de l'interrogatoire principal) :

[TRADUCTION]

Q Sergent, vous avez dit plus tôt avoir participé à environ 1 000 enquêtes relatives à l'importation de cocaïne au cours de vos 33 ans de service?

R C'est exact, Monsieur le juge, oui¹.

Q Dans combien de ces enquêtes, approximativement, avez-vous été en mesure de déterminer que l'importateur de la cocaïne ne savait rien de la marchandise importée?

R Je n'ai personnellement jamais eu connaissance d'un tel cas.

Q Avez-vous déjà entendu parler d'un -- du recours à un passeur involontaire ou à un passeur qui ne savait pas ce qu'il transportait?

R Je -- j'ai certainement entendu une prétention en ce sens -- à l'occasion, surtout au tribunal, mais non lors de mes enquêtes. [Note en bas de page ajoutée; d.a., vol. III, p. 144.]

¹ The reference to "Your Honour" appears to be a mistake. The record indicates that Sgt. Arsenault was responding to Crown counsel's question.

¹ Le témoin paraît dire à tort « Monsieur le juge », car selon le dossier, il répondait à la question de l'avocat du ministère public.

This brief exchange contains the problematic evidence that is central to this appeal. It comprises but a few lines of Sgt. Arsenault's 34 pages of testimony. I shall refer to it as the "Impugned Testimony".

B. Defence Evidence

[21] The defence called two witnesses — Mr. Sekhon himself and Mr. Sekhon's nephew, Mr. Grewal.

[22] Mr. Sekhon presented the following version of events. On the day of his arrest, he said that he had been working on one of his family farms in Abbotsford. At some point in the afternoon, Mr. Grewal came to pick him up. Mr. Grewal asked Mr. Sekhon if he would accompany Mr. Grewal to Washington State to deliver employee pay cheques and to check on some pruning. While in Washington State, Mr. Sekhon received a phone call from his friend Chris, who was shopping at a nearby mall, and they agreed to meet at the mall for lunch. On the way to the mall, Mr. Grewal received a telephone call asking him to return to one of the farms in Canada. Mr. Grewal left Mr. Sekhon at the mall because he knew that Mr. Sekhon would be able to get back to Canada. Over lunch, Chris told Mr. Sekhon that he had left his pickup truck in the area the night before. He had been drinking and received a ride home to British Columbia with friends. Since he had come back to the U.S. that day in another vehicle, Chris asked Mr. Sekhon to drive his truck back to Canada for him. Mr. Sekhon agreed and Chris gave him a key attached to a fob. Chris showed Mr. Sekhon how to use the fob to lock and unlock the truck and activate the truck alarm.

[23] Mr. Sekhon and Chris drove to the border crossing in two separate vehicles. Mr. Sekhon testified that after his release from custody, he attempted to find Chris but was unsuccessful. He maintained that, even though he had known Chris for two years, he did not know Chris's last name and only had his cell phone number, which had been disconnected.

Ce bref échange renferme l'élément de preuve problématique qui est à l'origine du pourvoi. Il correspond à quelques lignes de l'une des 34 pages du témoignage du sergent Arsenault. Je l'appelle ci-après le « témoignage litigieux ».

B. La preuve de la défense

[21] La défense a fait témoigner deux personnes : M. Sekhon et son neveu, M. Grewal.

[22] M. Sekhon a donné sa version des faits. Le jour de son arrestation, il avait travaillé à l'une des fermes de sa famille à Abbotsford. À un moment de l'après-midi, M. Grewal, était venu le chercher et lui avait demandé de l'accompagner dans l'État de Washington pour y livrer des chèques de paie et jeter un coup d'œil à de l'élagage. Alors qu'il se trouvait dans le Washington, M. Sekhon avait reçu un appel de son ami Chris, qui magasinait dans un centre commercial des environs, où ils avaient convenu de se rencontrer pour le repas du midi. En route vers le centre commercial, M. Grewal avait reçu l'appel d'une personne qui lui demandait de retourner à l'une des fermes au Canada. Il avait déposé M. Sekhon au centre commercial, car il ne doutait pas que l'appelant pourrait rentrer au Canada par ses propres moyens. Pendant leur repas, Chris avait dit à M. Sekhon qu'il avait laissé sa camionnette dans les environs la nuit précédente. Il avait bu et des amis l'avaient ramené chez lui en Colombie-Britannique. Comme il était revenu aux États-Unis ce jour-là à bord d'un autre véhicule, il avait demandé à M. Sekhon de ramener sa camionnette au Canada, et ce dernier avait accepté. Chris lui avait remis une clé fixée à une télécommande d'accès dont il lui avait montré à se servir pour verrouiller et déverrouiller la camionnette et activer le système d'alarme.

[23] M. Sekhon et Chris s'étaient rendus à la frontière à bord de deux véhicules distincts. M. Sekhon a affirmé qu'une fois mis en liberté après sa détention, il avait tenté de retrouver Chris, mais sans succès. Il a soutenu que, même s'il connaissait Chris depuis deux ans, il ne connaissait pas son nom de famille et n'avait que son numéro de téléphone portable, qui n'était plus en service.

[24] Mr. Sekhon testified that he did not know that there was cocaine in the truck, and that he had no reason to be suspicious of Chris's request.

[25] Mr. Grewal corroborated most of Mr. Sekhon's testimony up to the point of dropping Mr. Sekhon off at the mall.

C. *Reasons of the Trial Judge*

(1) The Trial Judge's View of Mr. Sekhon's Evidence

[26] The trial judge found numerous difficulties with the version of events presented by Mr. Sekhon. He discussed at length no less than 12 deficiencies inherent in his story. Some of the more glaring of these are reviewed below.

[27] First, the trial judge found that it made "no sense" (A.R., vol. I, at p. 18) that Chris would have left a vehicle containing \$1.5 million worth of cocaine parked overnight on a city street while he went out drinking with friends. Moreover, it would be "completely illogical" (p. 19) for Chris to drive to Washington State the following day without having a firm plan, before leaving B.C., as to how the extra vehicle would be returned to Canada.

[28] Second, the trial judge observed that importing 50 kg of cocaine is clearly a risky venture and that Chris would logically want to take steps to reduce the risk if in fact he had chosen to use a blind courier. Yet if Mr. Sekhon were asked at the border whether anyone had given him anything to bring back into Canada — the question being a common one — the truthful response would have been "the truck" (A.R., vol. I, at p. 20). The fact that Mr. Sekhon did not even know Chris's last name would likely have resulted in a referral for a secondary inspection and increased the risk that the cocaine would be found. The trial judge found it unlikely that Chris would use Mr. Sekhon as a blind courier without providing him with more

[24] Dans son témoignage, M. Sekhon a dit avoir ignoré la présence de la cocaïne à bord de la camionnette et n'avoir eu aucune raison de se méfier lorsque Chris lui avait demandé de ramener le véhicule.

[25] M. Grewal a corroboré l'essentiel du témoignage de M. Sekhon quant aux faits survenus avant qu'il ne dépose celui-ci au centre commercial.

C. *Motifs du juge du procès*

(1) L'appréciation du témoignage de M. Sekhon par le juge du procès

[26] Le juge du procès relève de nombreuses failles dans la version des faits de M. Sekhon. Il examine en détail pas moins de 12 d'entre elles. Je fais état ci-après de certaines des plus flagrantes.

[27] D'abord, le juge du procès trouve [TRADUCTION] « invraisemblable » (d.a., vol. I, p. 18) que Chris ait laissé un véhicule contenant 1,5 million de dollars de cocaïne stationné toute la nuit dans une rue de la ville pendant qu'il est allé prendre un verre avec des amis. De plus, il était « totalement illogique » (p. 19) que Chris se rende dans l'État de Washington le lendemain sans savoir précisément, avant de quitter la Colombie-Britannique, comment l'autre véhicule serait ramené au Canada.

[28] En deuxième lieu, le juge fait remarquer que l'importation de 50 kg de cocaïne représente manifestement une entreprise risquée et que la logique aurait voulu que, s'il avait effectivement décidé de faire appel à un passeur involontaire, Chris prenne des mesures pour réduire le risque y afférent. En effet, dans l'éventualité hautement probable où un douanier aurait demandé à M. Sekhon si une autre personne lui avait demandé de rapporter quelque chose au Canada, il aurait répondu [TRADUCTION] « la camionnette » (d.a., vol. I, p. 20). Le fait que M. Sekhon ne connaisse même pas le nom de famille de Chris aurait vraisemblablement donné lieu à une inspection secondaire et accru le risque de découverte de la cocaïne. Le juge estime peu

information about the truck, including the name of its owner.

[29] Third, the trial judge noted that, according to Mr. Sekhon's testimony, when Chris gave the truck keys to Mr. Sekhon, they were attached to the fob's chain (A.R., vol. I, at p. 22). The keys were connected to this chain by a clasp that was not prone to open accidentally. Manual manipulation was required to separate the keys from the chain. Significantly, there was no fob attached to the keys that Mr. Sekhon provided to the customs officer — the fob was only revealed later when Mr. Sekhon was asked to empty his pockets. The trial judge conducted a thorough review of the circumstances surrounding the fob and concluded, based on all the evidence, that Mr. Sekhon had manually separated the key from the fob after turning off the ignition in the secondary inspection area. Based on Mr. Sekhon's version of the events, there would have been no reason for doing so. If, on the other hand, Mr. Sekhon knew about the hidden compartment, he would logically want to distance the fob, which controlled access to the hidden compartment, from the truck.

[30] Fourth, the trial judge rejected Mr. Sekhon's explanation as to why, at the time of his arrest, he was in possession of the envelope on which a lock combination was handwritten. Mr. Sekhon testified that the information related to a condominium unit he had been interested in renting. The trial judge found that it was "completely unbelievable" (A.R., vol. I, at p. 23) that information about the combination for a locker at that unit would be provided to a person who had only expressed an interest in renting. The trial judge found it reasonable to conclude that the information related to a storage locker, and noted that the cocaine would likely need to be stored in Canada. The trial judge also pointed out that the envelope was not in Mr. Sekhon's wallet, but in the pocket of his farm clothes. On Mr. Sekhon's version of the events, there was no logical reason for having the envelope in his possession at the time of his arrest. It made no sense that he would have put this envelope in his farm

probable que Chris ait fait de M. Sekhon un passager involontaire sans lui donner plus de renseignements sur la camionnette, y compris le nom du propriétaire.

[29] Troisièmement, le juge souligne que, au dire de M. Sekhon, la clé de la camionnette était jumelée à la télécommande d'accès lorsque Chris la lui avait remise (d.a., vol. I, p. 22). Elle y était reliée par une chaîne et un fermoir qui ne risquait pas de s'ouvrir accidentellement. Seule une opération manuelle permettait de retirer la clé de la chaîne. D'ailleurs, nulle télécommande d'accès n'était jointe à la clé que M. Sekhon avait remise au douanier, la télécommande n'ayant été découverte que plus tard, lorsqu'on avait demandé à M. Sekhon de vider ses poches. Le juge examine attentivement les données relatives à la télécommande et conclut, au vu de l'ensemble de la preuve, que M. Sekhon a séparé la clé manuellement après avoir éteint le moteur du véhicule dans l'aire d'inspection secondaire. Selon sa version des faits, M. Sekhon n'avait aucune raison de le faire. Par contre, s'il connaissait l'existence du compartiment secret, il aurait certainement voulu éloigner de la camionnette la télécommande qui donnait accès au compartiment.

[30] Quatrièmement, le juge du procès rejette les raisons invoquées par M. Sekhon, au moment de son arrestation, pour avoir eu en sa possession une enveloppe sur laquelle le numéro de la combinaison d'une serrure était écrit à la main. M. Sekhon a affirmé que les données visaient un appartement qu'il envisageait de louer. Selon le juge, il est [TRADUCTION] « tout à fait invraisemblable » (d.a., vol. I, p. 23) qu'on ait donné à un simple locataire éventuel le numéro de la combinaison donnant accès à une remise dans l'immeuble. Il lui paraît par contre raisonnable de conclure que les données visaient un local de rangement, et il ajoute que l'existence d'un lieu d'entreposage au Canada devait vraisemblablement s'imposer. De plus, l'enveloppe se trouvait non pas dans le portefeuille de M. Sekhon, mais dans la poche de ses vêtements de ferme. Selon sa version des faits, M. Sekhon n'avait aucune raison valable d'avoir l'enveloppe en sa possession au moment de l'arrestation. Il n'était

clothes; nor did it make any sense that he would have been wearing his farm clothes when he viewed the condominium unit.

[31] Fifth, the trial judge identified “glaring inconsistencies” (A.R., vol. I, at p. 24) between what Mr. Sekhon told the customs officers and what he testified to in court. For example, when Mr. Sekhon was initially asked by the customs officer whether he had any receipts or pay stubs available to support his stated purpose of travel to the U.S., Mr. Sekhon said he had given them to his accountant. The trial judge pointed out that “[i]n court, there was no mention of any accountant, nor could there be, because it was Mr. Grewal and not the accused who dealt with the cheques and the workers” (p. 25). Another example highlighted by the trial judge was the fact that Mr. Sekhon told a second customs officer that he took the cheques to his friend’s uncle at the Arco gas station in Linden. The trial judge noted that “[t]he accused’s court testimony could not logically include a friend’s uncle and there was no mention of any Arco gas station” (*ibid.*). The trial judge found that this was not simply an ordinary case of nerves that an average person might experience at a border crossing. He noted that some of the inconsistent statements were made before the cocaine was found and that it was “difficult to understand” how a true blind courier could be so nervous at the border that he would misspeak to the extent of the inconsistencies in question (*ibid.*).

[32] Sixth, the trial judge addressed the fact that Mr. Sekhon chewed up a piece of green paper while he was in the detention cell at the immigration office. He found that Mr. Sekhon’s explanation regarding the origin of the paper was “simply unbelievable, as is the accused’s suggestion that he chewed the paper because it was a habit he had at the time” (A.R., vol. I, at p. 26). On this point, the trial judge found that it was “not unreasonable to conclude that he chewed it up because it contained some potentially incriminating writing” (p. 33).

[33] In the end, it is abundantly clear that the trial judge disbelieved Mr. Sekhon’s explanation as to how he came to be driving a truck, containing 50 kg of cocaine, across the border. His reasons are

pas logique qu’il ait mis l’enveloppe dans ses vêtements de ferme, non plus qu’il ait porté ceux-ci pour aller visiter l’appartement.

[31] Cinquièmement, le juge relève des [TRADUCTION] « incohérences flagrantes » (d.a., vol. I, p. 24) entre les déclarations de M. Sekhon aux douaniers et son témoignage au procès. Par exemple, lorsque le premier douanier lui a demandé s’il pouvait produire des reçus ou des talons de chèque à l’appui de ses dires quant au motif de sa visite aux États-Unis, M. Sekhon a répondu qu’il les avait remis à son comptable. Le juge souligne que, « [a]u procès, l’accusé n’a jamais fait mention d’un comptable, et qu’il n’aurait pu le faire non plus, car c’était M. Grewal, et non l’accusé, qui s’occupait des chèques et des travailleurs » (p. 25). Il fait également ressortir que M. Sekhon a dit au deuxième douanier qu’il avait apporté les chèques à l’oncle d’un ami à la station-service Arco, à Linden. Or, « [l]e témoignage de l’accusé au procès ne pouvait pas logiquement faire état de l’oncle d’un ami, et il n’a pas été question d’une station-service Arco » (*ibid.*). Le juge conclut qu’on ne peut simplement imputer ces contradictions à la nervosité de toute personne qui se présente à un poste-frontière. Il signale que certaines des déclarations contradictoires sont antérieures à la découverte de la cocaïne et qu’il est « difficile de concevoir » qu’un véritable passeur involontaire puisse être nerveux au point de s’exprimer de manière aussi incohérente (*ibid.*).

[32] Sixièmement, le juge du procès se penche sur le bout de papier vert mâché par M. Sekhon pendant sa détention au bureau de l’immigration. Il conclut que l’explication de M. Sekhon sur la provenance du bout de papier est [TRADUCTION] « simplement invraisemblable, tout comme celle qui attribue le mâchonnement du bout de papier à une manie qu’il avait alors » (d.a., vol. I, p. 26). Le juge opine qu’il n’est « pas déraisonnable de conclure qu’il a mâché le papier parce que des renseignements susceptibles de l’incriminer y figuraient » (p. 33).

[33] Au final, il appert clairement que le juge du procès n’a pas cru M. Sekhon lorsque celui-ci a tenté d’expliquer comment il avait pu se présenter à la frontière au volant d’une camionnette contenant

replete with observations that Mr. Sekhon’s version of events made “no sense”, that it was “illogical”, “difficult to accept”, “difficult to comprehend”, “incredible”, “not at all convincing”, “not credible”, “completely unbelievable” and contained “glaring inconsistencies” (A.R., vol. I, at pp. 18, 19, 23, 24, 26 and 27). As stated earlier, he pinpointed and discussed at length no less than 12 problems with the evidence given by Mr. Sekhon. He concluded that there were “far too many coincidences in the accused’s evidence to make his version of events plausible” (p. 27) and that “the likelihood that all these coincidences happened within this limited time frame is so remote as to render the accused’s evidence unbelievable. These coincidences present as created to fit the evidence” (p. 28).

(2) The Trial Judge’s View of the Crown’s Case

[34] The trial judge completed his assessment of Mr. Sekhon’s testimony as follows:

The net effect of these difficulties is that I do not believe the evidence presented by the accused, nor does it raise any reasonable doubt as to the accused’s guilt on the two charges, and specifically his knowledge of the cocaine in the truck’s hidden compartment. [A.R., vol. I, at p. 29]

[35] The trial judge then went on to discuss the Crown’s evidence. He found three pieces of circumstantial evidence to be “very significant” (A.R., vol. I, at p. 30). First was the value of cocaine involved. He concluded, in accordance with Sgt. Arsenault’s testimony, that the owners of such a significant amount of cocaine would want a trusted and reliable individual handling the shipment, and “[w]ith that proven reliability and trust naturally comes some knowledge” (*ibid.*).

[36] The second significant piece of evidence also came from Sgt. Arsenault’s testimony, as follows:

50 kg de cocaïne. Ses motifs regorgent de remarques selon lesquelles la version des faits offerte par M. Sekhon est [TRADUCTION] « invraisemblable », « illogique », « difficile à croire », « difficile à saisir », « incroyable », « pas du tout convaincante », « pas crédible », « totalement invraisemblable » et renferme des « incohérences flagrantes » (d.a., vol. I, p. 18, 19, 23, 24, 26 et 27). Rappelons qu’il relève dans le témoignage de M. Sekhon pas moins de 12 failles qu’il examine ensuite en détail. Il conclut que « les coïncidences sont beaucoup trop nombreuses pour que sa version des faits soit plausible » (p. 27) et, à son avis, « la probabilité que toutes ces coïncidences se soient produites pendant le court laps de temps en cause est si faible que le témoignage de l’accusé n’est pas digne de foi. Ces coïncidences semblent avoir été inventées pour les besoins du témoignage » (p. 28).

(2) L’appréciation de la preuve du ministère public par le juge du procès

[34] Au terme de son appréciation du témoignage de M. Sekhon, le juge dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Étant donné ces failles, je n’ajoute pas foi aux dires de l’accusé, et son témoignage ne soulève pas non plus de doute raisonnable quant à sa perpétration des deux infractions et, plus particulièrement, à sa connaissance du fait que la cocaïne était dissimulée dans un compartiment secret de la camionnette. [d.a., vol. I, p. 29]

[35] Le juge du procès passe ensuite à la preuve du ministère public. Il tient trois éléments de preuve circonstancielle pour [TRADUCTION] « très importants » (d.a., vol. I, p. 30). Le premier est la valeur de la cocaïne trouvée. Il conclut, comme l’avait fait le sergent Arsenault dans son témoignage, que les propriétaires d’une aussi grande quantité de cocaïne en auraient confié le transport à une personne fiable en qui ils avaient confiance et que « [c]ette fiabilité et cette confiance supposent forcément un certain degré d’information » (*ibid.*).

[36] Le deuxième élément de preuve circonstancielle important est également tiré du témoignage du sergent Arsenault :

I conclude [Sgt. Arsenault] was a fair, unbiased witness. I accept his evidence. Included therein is his opinion that individuals tasked with importing controlled substances in amounts of this size would be part of a larger, closely-knit organization and they would know what commodity they were importing, as that would be factored into the fee they had negotiated. Sgt. Arsenault also testified that in the thousand or more cocaine-importing investigations he has been involved in he has never encountered a blind courier, that being a person who does not know the nature or existence of the commodity being moved from one location to another. [Emphasis added; A.R., vol. I, at pp. 30-31.]

The last sentence of this passage references the Impugned Testimony.

[37] The third piece of evidence that the trial judge found to be significant was the fob. As mentioned earlier, the trial judge made a finding of fact that the fob and the ignition key were connected by the chain until Mr. Sekhon turned off the ignition in the secondary inspection area. Prior to this point, there was no opportunity and no rational reason for separating them. The trial judge concluded that Mr. Sekhon separated the two in an attempt to distance the fob from the truck because he knew that the fob controlled access to the hidden compartment. Mr. Sekhon takes no issue with that finding.

[38] In addition to these three significant pieces of evidence, the trial judge noted other circumstantial evidence that also supported his finding that Mr. Sekhon knew about the cocaine: the incessant ringing of Mr. Sekhon's cell phone at a time when others within the organization would be wanting to know whether the drugs had crossed the border, the writing on the envelope that Mr. Sekhon had in his possession at the time he was arrested, Mr. Sekhon's excessively nervous behaviour in the customs office, the fact that Mr. Sekhon chewed up the piece of green paper while in the detention cell, and the fact that Mr. Sekhon told a number of lies to the customs officers.

[39] In the result, Mr. Sekhon was convicted of importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking.

[TRADUCTION] J'estime que [le sergent Arsenault] a témoigné de manière objective et impartiale. Je retiens son témoignage. Il y exprime l'opinion que les personnes appelées à importer de telles quantités de substances désignées font partie d'une organisation à la fois importante et soudée et qu'elles savent ce qu'elles importent, puisque cette information joue dans la négociation de leur rémunération. Le sergent Arsenault a ajouté que, dans les mille enquêtes ou plus qu'il avait menées dans des affaires d'importation de cocaïne, il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire, c'est-à-dire à une personne qui ignorait la nature ou la présence de la marchandise transportée d'un endroit à un autre. [Je souligne; d.a., vol. I, p. 30-31.]

La dernière phrase de cet extrait des motifs renvoie au témoignage litigieux.

[37] Le troisième élément de preuve circonstancielle tenu pour important est la télécommande d'accès. Rappelons que le juge du procès tire la conclusion de fait que la télécommande et la clé de contact étaient reliées l'une à l'autre par une chaîne jusqu'à ce que M. Sekhon éteigne le moteur dans l'aire d'inspection secondaire. Avant ce moment, M. Sekhon n'avait eu aucune possibilité ni aucun motif rationnel de les séparer. Le juge conclut que M. Sekhon les a séparées dans le but d'éloigner la télécommande de la camionnette parce qu'il savait qu'elle donnait accès au compartiment secret. L'appelant ne conteste pas cette conclusion.

[38] Outre ces trois éléments de preuve importants, le juge du procès en relève d'autres, de nature circonstancielle, qui étayaient sa conclusion selon laquelle M. Sekhon était au courant de la présence de cocaïne : le fait que le téléphone de M. Sekhon n'a cessé de sonner alors que les autres membres de l'organisation derrière l'opération voulaient vraisemblablement savoir si la drogue avait franchi la frontière, les mentions écrites sur l'enveloppe que M. Sekhon avait sur lui lors de son arrestation, le comportement excessivement nerveux de M. Sekhon au bureau de douane, le mâchonnement d'un morceau de papier vert en cellule et les men-songes aux agents des douanes.

[39] M. Sekhon a donc été déclaré coupable d'importation de cocaïne et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic.

D. *British Columbia Court of Appeal, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[40] On appeal, Mr. Sekhon took issue with Sgt. Arsenault’s testimony. He maintained that it was neither relevant nor necessary and that its prejudicial effect outweighed its probative value.

[41] The majority of the B.C. Court of Appeal disagreed. Newbury J.A., in dissent, viewed the matter differently. While she accepted that the bulk of Sgt. Arsenault’s evidence was properly admissible, she found that the Impugned Testimony did not fall within this category. In her view, it was “purely anecdotal evidence, not amenable to cross-examination in any real sense, from an officer who was not in a position to determine as a matter of fact whether in all [of the approximately] 1,000 cases he had investigated, the courier had been ‘blind’ or not” (para. 26). Moreover, she held that the evidence “provided no assistance to the Court as to whether the accused had known what he was transporting”, but rather “tended to short-circuit that inquiry” (*ibid.* (emphasis in original)). She provided strong words of caution in regards to such expert testimony:

I see little difference between this situation and a police officer with experience in domestic disputes being permitted to testify that in all his or her experience, no such dispute has ever involved self-defence; or an officer experienced in investigating murder being permitted to testify that in all the cases he or she has investigated, the accused intended the death of his or her victim.

Anecdotal evidence of this kind is just that — anecdotal. It does not speak to the particular facts before the Court, but has the superficial attractiveness of seeming to show that the probabilities are very much in the Crown’s favour, and of coming from the mouth of an “expert”. If it can be said to be relevant to the case of a particular accused, it is also highly prejudicial. [paras. 26-27]

Newbury J.A. concluded that the Impugned Testimony “should not have been relied upon by the trial judge in reaching his verdict” (para. 25). She

D. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[40] En appel, M. Sekhon a contesté le témoignage du sergent Arsenault. Il a soutenu qu’il n’était ni pertinent ni nécessaire et que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante.

[41] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ne partagent pas cet avis, mais la juge Newbury, dissidente, voit les choses autrement. Elle convient que l’essentiel du témoignage était admissible, mais que la portion litigieuse ne l’était pas. À son avis, il s’agissait d’un [TRADUCTION] « témoignage purement anecdotique, qui ne se prêtait pas à un véritable contre-interrogatoire, livré par un agent qui n’était pas en mesure de déterminer si, dans le millier d’enquêtes qu’il avait menées, le passeur avait effectivement été “involontaire” ou non » (par. 26). Elle ajoute que le témoignage « n’a pas aidé le tribunal à déterminer si l’accusé savait ou non ce qu’il transportait », mais qu’il « a pu avoir pour effet de court-circuiter l’examen de la question » (*ibid.* (souligné dans l’original)). Elle met vivement en garde contre l’utilisation de pareil témoignage d’expert :

[TRADUCTION] Je ne vois guère de différence entre la situation considérée en l’espèce et celle où l’on permet à un policier expérimenté dans les affaires de violence conjugale de dire que, jamais dans sa carrière, il n’a conclu à la légitime défense dans de tels dossiers, ou le cas d’un enquêteur d’expérience de la section des homicides à qui l’on permet d’affirmer que, dans toutes les enquêtes qu’il a menées, l’accusé avait voulu la mort de sa victime.

Une telle preuve anecdotique relève précisément de l’anecdote. Elle ne se rapporte pas aux faits particuliers dont le tribunal est saisi, mais elle est d’emblée attrayante en ce qu’elle paraît démontrer que les probabilités penchent beaucoup en faveur de la thèse du ministère public, et qu’elle est le fait d’un « expert ». Si la preuve peut se révéler pertinente dans le cas d’un accusé en particulier, elle est aussi très préjudiciable. [par. 26-27]

La juge Newbury conclut que le [TRADUCTION] « juge du procès n’aurait pas dû fonder sa décision » sur le témoignage litigieux (par. 25). Elle

would have allowed the appeal and ordered a new trial.

IV. Issues

[42] At issue is whether the trial judge improperly admitted and relied upon the Impugned Testimony. If the trial judge so erred, the remaining question is whether the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can be applied to sustain the convictions.

V. Analysis

A. *Requirements for Expert Opinion Evidence*

[43] As set out *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at pp. 20-25, and affirmed in *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, and *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, the admission of expert evidence depends on the following criteria: (1) relevance; (2) necessity in assisting the trier of fact; (3) the absence of any exclusionary rule; and (4) a properly qualified expert.

[44] With respect to the “relevance” criterion, *Mohan* states that the judge must conduct a cost-benefit analysis to determine “whether its value is worth what it costs” (p. 21, quoting *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at p. 544). The cost-benefit analysis requires the judge to balance the probative value of the evidence against its prejudicial effect (*Mohan*, at p. 21).

[45] As for the “necessity” criterion, *Mohan* holds that “[i]f on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of [an] expert is unnecessary” (p. 23, quoting Lawton L.J. in *R. v. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834, at p. 841). The Court went on to note that the concern “inherent in the application of this criterion [is] that experts not be permitted to usurp the functions of the trier of fact” (p. 24).

aurait accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

IV. Questions en litige

[42] La Cour doit décider si le juge du procès a eu tort d’admettre le témoignage litigieux et de tenir compte de celui-ci pour rendre sa décision. Dans l’affirmative, il faut dès lors déterminer si la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet la confirmation des déclarations de culpabilité.

V. Analyse

A. *Conditions d’admissibilité du témoignage d’opinion livré par un expert*

[43] Comme le dit la Cour dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 20-25, puis le confirme dans *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, et *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, l’admissibilité de la preuve d’expert tient au respect des critères suivants : (1) la pertinence, (2) la nécessité d’aider le juge des faits, (3) l’absence de toute règle d’exclusion et (4) la qualification suffisante de l’expert.

[44] S’agissant de la « pertinence », il appert de l’arrêt *Mohan* que le juge doit se livrer à une analyse des inconvénients et des avantages pour déterminer « si la valeur en vaut le coût » (p. 21, citation de *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), p. 544). Cette analyse exige la mise en balance de la valeur probante de la preuve et de son effet préjudiciable (*Mohan*, p. 21).

[45] En ce qui concerne la « nécessité », la Cour conclut dans *Mohan* que « [s]i, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l’opinion de l’expert n’est pas nécessaire » (p. 23, citation du lord juge Lawton dans *R. c. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834, p. 841). La Cour ajoute que la crainte « inhérente à l’application de ce critère [est] que les experts [usurpent] les fonctions du juge des faits » (p. 24).

[46] Given the concerns about the impact expert evidence can have on a trial — including the possibility that experts may usurp the role of the trier of fact — trial judges must be vigilant in monitoring and enforcing the proper scope of expert evidence. While these concerns are perhaps more pronounced in jury trials, all trial judges — including those in judge-alone trials — have an ongoing duty to ensure that expert evidence remains within its proper scope. It is not enough to simply consider the *Mohan* criteria at the outset of the expert’s testimony and make an initial ruling as to the admissibility of the evidence. The trial judge must do his or her best to ensure that, throughout the expert’s testimony, the testimony remains within the proper boundaries of expert evidence. As noted by Doherty J.A. in *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 62:

The admissibility inquiry is not conducted in a vacuum. Before deciding admissibility, a trial judge must determine the nature and scope of the proposed expert evidence. In doing so, the trial judge sets not only the boundaries of the proposed expert evidence but also, if necessary, the language in which the expert’s opinion may be proffered so as to minimize any potential harm to the trial process. A cautious delineation of the scope of the proposed expert evidence and strict adherence to those boundaries, if the evidence is admitted, are essential. The case law demonstrates that overreaching by expert witnesses is probably the most common fault leading to reversals on appeal [Emphasis added; citations omitted.]

[47] The trial judge must both ensure that an expert stays within the proper bounds of his or her expertise and that the content of the evidence itself is properly the subject of expert evidence.

[48] It is foreseeable that mistakes will be made and that, as happened in the instant case, testimony that strays beyond the proper scope of the expert evidence will be given. It is also foreseeable that defence counsel may fail to object to the testimony at the time the problematic statements are made. In a jury trial, once the statements have been made, it may be somewhat more difficult to address the problem — but a remedial instruction advising the

[46] Compte tenu des craintes exprimées concernant l’incidence éventuelle du témoignage d’un expert sur l’issue d’un procès — y compris le risque que l’expert usurpe la fonction du juge des faits —, le juge du procès doit veiller à bien encadrer l’expert et à dûment circonscrire son témoignage. Même si le risque est accru dans le cas d’un procès devant jury, le juge, y compris celui qui siège seul, a l’obligation de toujours faire en sorte que le témoignage de l’expert respecte les limites établies. Il ne suffit pas qu’il tienne compte des critères de l’arrêt *Mohan* au début du témoignage de l’expert et qu’il rende une décision initiale quant à l’admissibilité de la preuve. Il doit faire en sorte que, tout au long de son témoignage, l’expert respecte les limites établies à l’égard d’une telle preuve. Comme le fait observer le juge Doherty dans *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 62 :

[TRADUCTION] L’admissibilité du témoignage n’est pas examinée en vase clos. Le juge du procès doit, avant de se prononcer, déterminer la nature et la portée du témoignage proposé. Non seulement il délimite le témoignage, mais il décide aussi, au besoin, des termes que l’expert pourra employer afin de réduire le risque de viciation du procès. Il est essentiel de déterminer avec précaution la portée du témoignage de l’expert et de s’assurer du strict respect des limites ainsi établies si le témoignage est admis. La jurisprudence montre que le non-respect de telles limites par un témoin-expert est probablement la faute qui justifie le plus souvent l’infirmité d’une décision en appel . . . [Je souligne; renvois omis.]

[47] Le juge du procès doit veiller à ce que l’expert respecte les justes limites de son domaine d’expertise, puis s’assurer que la teneur de la preuve elle-même fait l’objet à juste titre d’un témoignage d’expert.

[48] On peut s’attendre à des erreurs et, comme en l’espèce, à des témoignages qui dépassent les limites du domaine d’expertise. Il est également prévisible qu’un avocat de la défense omette de faire objection à un témoignage lorsque des propos discutables sont tenus. Dans un procès devant jury, une fois la déclaration faite, il peut être un peu plus difficile de corriger le tir, mais il suffira généralement de donner au jury la directive

jury to disabuse their minds of the inadmissible evidence will generally suffice. Judges, on the other hand, are accustomed to disabusing their minds of inadmissible evidence. It goes without saying that where the expert evidence strays beyond its proper scope, it is imperative that the trial judge not assign any weight to the inadmissible parts.

B. *Application to This Case*

[49] In my view, the trial judge erred in relying upon the Impugned Testimony. The fact that Sgt. Arsenault did not personally encounter a blind courier over the course of his investigations is neither relevant nor necessary, within the meaning ascribed to those terms by this Court in *Mohan*, to the issue facing the trial judge — namely, whether Mr. Sekhon himself had knowledge of the drugs. The Impugned Testimony, though perhaps logically relevant, was not legally relevant because the guilt or innocence of accused persons that Sgt. Arsenault had encountered in the past is legally irrelevant to the guilt or innocence of Mr. Sekhon (see *Mohan*, at pp. 20-21). In other words, the Impugned Testimony was of no probative value in determining whether Mr. Sekhon knew about the cocaine in the hidden compartment. It is trite to say that a fundamental tenet of our criminal justice system is that the guilt of an accused cannot be determined by reference to the guilt of other, unrelated accused persons. Moreover, the Impugned Testimony was not necessary because determining whether Mr. Sekhon knew about the drugs is not beyond the knowledge and experience of the judge, and it is certainly not a matter that is technical or scientific in nature.

[50] The lack of relevance or probative value is, in my view, sufficient to justify the exclusion of the Impugned Testimony. However, it is worth noting the prejudicial effect that such evidence may have on a trial. I agree with Newbury J.A. to the extent that she found little to no difference between the Impugned Testimony in this case and a homicide investigator being permitted to testify that in all of the cases she or he has worked on, the accused

correctrice de ne pas tenir compte de la preuve inadmissible. Pour sa part, le juge est rompu à l'art de faire abstraction d'une preuve irrecevable. Il va sans dire que lorsque le témoignage dépasse les limites du domaine d'expertise, il est impératif que le juge du procès n'accorde aucune importance aux portions inadmissibles.

B. *Application à la présente espèce*

[49] À mon avis, le juge du procès a eu tort de se fonder sur le témoignage litigieux. Que le sergent Arsenault n'ait jamais eu affaire au cas d'un passeur involontaire au cours de ses enquêtes n'est ni pertinent ni nécessaire, au sens que la Cour attribue à ces mots dans l'arrêt *Mohan*, pour trancher la question en litige au procès — à savoir si M. Sekhon était au courant de la présence de la drogue. Même s'il pouvait être pertinent sur le plan logique, le témoignage litigieux ne l'était pas sur le plan juridique, car la culpabilité ou l'innocence des accusés auxquels le sergent Arsenault avait eu affaire dans le passé n'avaient aucun lien juridique avec la culpabilité ou l'innocence de M. Sekhon (voir *Mohan*, p. 20-21). Autrement dit, le témoignage litigieux n'avait pas valeur probante quant à savoir si M. Sekhon savait ou non qu'il y avait de la cocaïne dans le compartiment secret. Un principe fondamental de notre système de justice criminelle veut que la culpabilité d'un accusé ne puisse être établie en fonction de celle d'autres accusés qui n'ont pas de lien avec lui. De plus, le témoignage litigieux n'était pas nécessaire, car déterminer si M. Sekhon savait ou non la drogue présente à bord du véhicule n'est pas hors de portée du juge eu égard à ses connaissances et à son expérience et ne relève certainement pas de la technique ou de la science.

[50] L'absence de pertinence ou de valeur probante me paraît suffisante pour justifier l'exclusion du témoignage litigieux. Cependant, il importe de souligner l'effet préjudiciable qu'un tel témoignage peut avoir sur le procès. Je conviens avec la juge Newbury, de la Cour d'appel, qu'il n'y a guère de différence entre le témoignage litigieux entendu en l'espèce et celui d'un enquêteur de la section des homicides à qui on permet d'affirmer

intended the death of his or her victim. Nor do I see a difference between the Impugned Testimony and a stolen goods investigator testifying that he or she has never seen a case of innocent possession of stolen property, or an experienced fraud investigator testifying that he or she has never seen a case where a senior manager was not aware of fraudulent conduct occurring within the company (A.F., at para. 60). The inherent danger of admitting such evidence is obvious — as Newbury J.A. pointed out:

Anecdotal evidence of this kind is just that — anecdotal. It does not speak to the particular facts before the Court, but has the superficial attractiveness of seeming to show that the probabilities are very much in the Crown’s favour, and of coming from the mouth of an “expert”. If it can be said to be relevant to the case of a particular accused, it is also highly prejudicial. [para. 27]

This type of anecdotal evidence would appear to require the accused to somehow prove that, regardless of a particular expert’s past experience, the accused’s situation is different. Such a result is contrary to another fundamental tenet of our criminal justice system — that it is *the Crown* that bears the burden of proving the *mens rea* of an offence beyond a reasonable doubt. As the appellant points out, “such evidence would logically trigger a defence need to call evidence to refute such opinions, such as a retired investigator who did experience an innocent person in similar circumstances, or a witness who could testify that he or she was in the same circumstances of the accused and was innocent” (A.F., at para. 61). At that point, the trial would become a battle of experts — and a completely irrelevant battle at that.

[51] For these reasons, I conclude that the Impugned Testimony was inadmissible.

que, dans toutes les enquêtes auxquelles il a participé, l’accusé avait eu l’intention de tuer sa victime. Je ne vois pas non plus de différence entre le témoignage litigieux et celui d’un agent chargé d’enquêter sur des biens volés qui affirme n’avoir jamais eu connaissance d’un cas de possession innocente d’un bien volé, ou encore, celui d’un enquêteur chevronné de la section des fraudes qui déclare n’avoir jamais eu connaissance d’un cas où un cadre supérieur ignorait la perpétration d’actes frauduleux au sein de l’entreprise (m.a., par. 60). Le danger d’admettre un tel témoignage est évident, comme le souligne la juge Newbury :

[TRADUCTION] Une telle preuve anecdotique relève précisément de l’anecdote. Elle ne se rapporte pas aux faits particuliers dont le tribunal est saisi, mais elle est d’emblée attrayante en ce qu’elle paraît démontrer que les probabilités penchent beaucoup en faveur de la thèse du ministère public, et qu’elle est le fait d’un « expert ». Si la preuve peut se révéler pertinente dans le cas d’un accusé en particulier, elle est aussi très préjudiciable. [par. 27]

Une telle preuve empirique, si elle était admise, exigerait de l’accusé qu’il prouve d’une manière ou d’une autre que sa situation diffère de celles rencontrées par l’expert, ce qui serait contraire à un autre principe fondamental de notre système de justice criminelle, à savoir que c’est *au ministère public* qu’il appartient de prouver la *mens rea* de l’infraction hors de tout doute raisonnable. Comme le signale l’appelant, [TRADUCTION] « réfuter un tel témoignage d’opinion amènerait logiquement la défense à faire témoigner, par exemple, un enquêteur retraité qui aurait déjà eu affaire à une personne innocente dans des circonstances semblables, ou une personne susceptible d’affirmer qu’elle s’est déjà trouvée dans la même situation que l’accusé et qu’elle était innocente » (m.a., par. 61). Le procès se transformerait alors en bataille d’experts, une bataille au surplus totalement vaine.

[51] Pour ces motifs, je conclus que le témoignage litigieux était inadmissible.

C. *The Curative Proviso Is Appropriate in These Circumstances*

[52] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, known as the curative proviso, states:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict . . . the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; . . .

[53] As this Court has repeatedly asserted, the curative proviso can only be applied where there is no “reasonable possibility that the verdict would have been different had the error . . . not been made” (*R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617, aff’d in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 28). Flowing from this principle, this Court affirmed in *Khan* that there are two situations where the use of s. 686(1)(b)(iii) is appropriate: (1) where the error is harmless or trivial; or (2) where the evidence is so overwhelming that, notwithstanding that the error is not minor, the trier of fact would inevitably convict (paras. 29-31).

C. *La disposition réparatrice s’applique dans les circonstances*

[52] La disposition réparatrice — le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* — prévoit ce qui suit :

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict [. . .], la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit, . . .

[53] La Cour a maintes fois affirmé que la disposition réparatrice ne peut s’appliquer que lorsqu’il n’existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » (*R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617, conf. dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28). Compte tenu de ce principe, la Cour confirme dans *Khan* que deux situations se prêtent à l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) : (1) l’erreur est inoffensive ou négligeable ou (2) la preuve est à ce point accablante que, même si l’erreur n’est pas sans importance, le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité (par. 29-31).

[54] In my view, this case falls squarely within the latter category. As the trial judge ably demonstrated, Mr. Sekhon's evidence is a contrivance from beginning to end and need not be considered. With his evidence off the table, had the Impugned Testimony been excluded, the remaining admissible evidence pointing towards Mr. Sekhon's guilt is overwhelming. I have reviewed this evidence earlier and need not repeat it. Suffice it to say that the circumstantial evidence bearing on Mr. Sekhon's knowledge can lead to only one rational conclusion — that Mr. Sekhon was aware of the cocaine secreted in the truck.

[55] The fob evidence on its own was devastating. As noted earlier, Mr. Sekhon himself testified that when he was given the fob, it was attached to the ignition key. As the trial judge noted, correctly in my view, “[t]he only logical conclusion to be drawn from [Mr. Sekhon's deliberate act of separating the fob from the keys] is that the accused did this to distance the fob from the truck because he knew that the fob controlled access to the hidden compartment which he would not want discovered” (A.R., vol. I, at p. 31). Standing alone, that finding was all but conclusive of Mr. Sekhon's guilt.

[56] But of course, it does not stand alone. It is part of a web of circumstantial evidence enveloping Mr. Sekhon from which he cannot escape. In this regard, it is important to note that when considering the second branch of the proviso in the context of a circumstantial case, it is necessary to look at the whole of the admissible evidence in assessing the strength of the case. It is not the task of an appellate court to parse each item of evidence in search of a possible innocent explanation. If that were so, it would be virtually impossible to ever satisfy the second branch of the proviso in a circumstantial case.

[54] À mon avis, la présente affaire correspond nettement à la seconde situation. Comme le démontre très bien le juge du procès, le témoignage de M. Sekhon est une invention du début à la fin et il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Son témoignage écarté, les éléments de preuve admissibles tendant à établir sa culpabilité demeurent accablants même si l'on exclut le témoignage litigieux. J'ai déjà fait état de ces éléments de preuve, et il n'est pas nécessaire que j'y revienne. Il suffit de dire que la preuve circonstancielle liée à la connaissance des faits par M. Sekhon ne mène qu'à une seule conclusion rationnelle, à savoir que M. Sekhon savait que de la cocaïne était dissimulée dans la camionnette.

[55] À elle seule, la preuve relative à la télécommande d'accès a eu un effet catastrophique. Rappelons que M. Sekhon a dit lui-même qu'au moment où on la lui avait remise, elle était jumelée à la clé de contact. Le juge du procès fait remarquer, à juste titre selon moi, que [TRADUCTION] « [l]a seule conclusion logique à tirer de [l'acte délibéré de M. Sekhon de séparer la télécommande de la clé] est que l'accusé a voulu l'éloigner de la camionnette parce qu'elle donnait accès au compartiment secret et qu'il ne voulait pas que celui-ci soit découvert » (d.a., vol. I, p. 31). Cette seule inférence permet pratiquement de conclure à la culpabilité de M. Sekhon.

[56] Mais il ne s'agit évidemment pas du seul élément de preuve. M. Sekhon est empêtré dans un enchevêtrement d'éléments de preuve circonstancielle et ne peut s'en échapper. À cet égard, il importe de signaler qu'au moment de considérer l'application du deuxième volet de la disposition réparatrice dans le cas d'une preuve circonstancielle, il faut examiner l'ensemble des éléments admissibles pour apprécier la solidité de la preuve. La Cour d'appel n'a pas à considérer chacun des éléments de la preuve et à rechercher une éventuelle explication qui innocenterait l'accusé. S'il en allait ainsi, il serait pratiquement impossible de satisfaire aux conditions d'application du deuxième volet de la disposition réparatrice dans tous les cas où la preuve est circonstancielle.

[57] In conclusion, the thoughts expressed by Binnie J. in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46, and restated in *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 24, are in my view, apposite to the case at hand:

Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources. Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided.

VI. Disposition

[58] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel J. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Overview

[59] Ajitpal Singh Sekhon appeals from convictions for unlawfully importing cocaine into Canada and unlawfully possessing cocaine for the purpose of trafficking. The appellant was stopped at a border crossing between the United States and Canada, and the vehicle he was driving had a hidden compartment in which 50 kg of cocaine was found. The sole issue at trial was whether the appellant knew the cocaine was there. The appellant's defence was that he had been asked to drive the vehicle over the border for an acquaintance and had not known about the cocaine.

[60] To rebut this defence, the Crown called an experienced RCMP investigator to give expert evidence on the customs of the drug trade. In his evidence, this officer stated that he had never encountered a case involving a “blind courier”, that is, a person who transported cocaine without knowing

[57] Enfin, les propos du juge Binnie dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46, repris dans *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 24, me paraissent indiqués en l'espèce :

Ordonner la tenue d'un nouveau procès soulève des questions importantes relativement à l'administration de la justice et à l'affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l'accusé est forte et qu'il n'y a aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînent des procédures supplémentaires. C'est ce que le législateur a prévu.

VI. Dispositif

[58] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Aperçu

[59] Ajitpal Singh Sekhon se pourvoit contre des déclarations de culpabilité pour importation illégale de cocaïne au Canada et possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a été intercepté à la frontière canado-américaine au volant d'un véhicule dans lequel on a découvert 50 kg de cocaïne dans un compartiment secret. La seule question en litige au procès était celle de déterminer si l'appelant savait qu'il transportait de la drogue. En effet, l'appelant a plaidé en défense qu'une connaissance lui avait demandé de franchir la frontière à bord du véhicule et qu'il ignorait tout de la présence de la cocaïne.

[60] Pour réfuter ce moyen de défense, le ministère public a fait témoigner un enquêteur expérimenté de la GRC sur les procédés habituels des trafiquants de drogue. Le témoin-expert a alors affirmé n'avoir jamais eu connaissance d'un cas de [TRADUCTION] « passeur involontaire », c'est-à-dire

what it was, or that it existed (A.R., vol. III, at p. 144).

[61] I agree with my colleague Moldaver J. that the Crown's expert witness should not have been permitted to give opinion evidence concerning the guilt of other individuals he had investigated for drug importation. And the trial judge should not have relied on the comments in question in assessing the Crown's case against the appellant. Given the nature and the impact of these errors, I do not agree that this is an appropriate case for applying the curative proviso: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii). The Crown's case against the appellant was circumstantial, the errors of law were very serious, and I do not believe the evidence would inevitably have resulted in a verdict of guilt despite these errors. I would order a new trial.

II. Background Facts

[62] On January 25, 2005, the appellant drove a pickup truck to the Aldergrove border crossing between British Columbia and Washington State. A search of the truck by customs officers uncovered 50 kg of cocaine hidden in a concealed compartment beneath the truck bed.

[63] The appellant testified at trial that he had driven to Washington earlier that day with his nephew Mike Grewal. Mr. Grewal had to return to Canada, but the appellant stayed behind in Washington and met with a school acquaintance from British Columbia named Chris. Chris told the appellant he had left his truck in Washington the previous evening because he was too drunk to drive it home and that he had now driven back to Washington to retrieve it. According to the appellant, Chris asked him to drive the truck back to Canada but did not tell him that there were drugs in it. Mr. Grewal also testified and he corroborated the appellant's evidence up to the point of his own return to Canada.

d'une personne qui ignorait la nature et la présence de la drogue en question (d.a., vol. III, p. 144).

[61] Je conviens avec mon collègue le juge Moldaver qu'on n'aurait pas dû permettre au témoin-expert du ministère public de livrer un témoignage d'opinion sur la culpabilité d'autres personnes accusées d'importation de drogue au sujet desquelles il avait déjà enquêté. Comme lui, j'estime que le juge du procès n'aurait pas dû s'appuyer sur les propos en cause pour apprécier la preuve du ministère public contre l'appelant. Cependant, la nature et l'incidence de ces erreurs ne permettent pas, à mon avis, d'appliquer la disposition réparatrice (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sous-al. 686(1)b(iii)). La preuve du ministère public contre l'appelant était circonstancielle, les erreurs de droit étaient très graves. Enfin, je ne crois pas que la preuve offerte aurait inévitablement débouché sur des déclarations de culpabilité malgré ces erreurs. J'ordonnerais donc la tenue d'un nouveau procès.

II. Les faits

[62] Le 25 janvier 2005, l'appelant s'est présenté au volant d'une camionnette au poste frontalier d'Aldergrove, en Colombie-Britannique, à la frontière de l'État de Washington. Les agents des services frontaliers ont fouillé la camionnette et y ont découvert 50 kg de cocaïne dissimulée dans un compartiment situé sous le plancher.

[63] Au procès, l'appelant a expliqué que son neveu, Mike Grewal, et lui s'étaient rendus en voiture dans le Washington plus tôt le même jour. M. Grewal avait dû rentrer au Canada, mais l'appelant était resté dans le Washington où il avait rencontré un ancien camarade d'études britannico-colombien. Le dénommé Chris lui aurait dit avoir laissé sa camionnette dans le Washington le soir précédent parce qu'il était trop ivre pour la conduire jusque chez lui, puis être revenu en auto aux États-Unis pour la récupérer. Il aurait donc demandé à l'appelant de ramener celle-ci au Canada, mais sans l'informer de la présence de la drogue à bord. M. Grewal a corroboré le témoignage de l'appelant quant aux faits survenus avant son retour au Canada.

[64] The Crown called an RCMP officer, Sgt. Vincent Joseph Arsenault. Sgt. Arsenault was qualified, with the consent of defence counsel, as an expert on the importation of cocaine into the Lower Mainland of British Columbia by vehicle and on foot, and on the trafficking and possession of cocaine in that part of British Columbia, including distribution routes, chain of distribution, means of transportation, methods of concealment, packaging, values, cost and profit margins, usage patterns and rates of consumption.

[65] Sgt. Arsenault expressed the opinion that individuals who imported controlled substances would be part of a close-knit criminal organization and that they would negotiate a fee based on the volume of drugs being transported. He stated that he had participated in over 1,000 investigations into cocaine importing and that none of them had involved a “blind courier”.

[66] The appellant was convicted. His appeal was dismissed by the British Columbia Court of Appeal, with Newbury J.A. dissenting. He appeals to this Court as of right.

III. Judgments

A. *Provincial Court*

[67] The only issue at trial was whether the appellant knew the cocaine was in the truck. Judge Dohm rejected the appellant’s evidence and held that it did not raise a reasonable doubt.

[68] The Crown’s case was circumstantial. After finding that the appellant was not credible, Judge Dohm turned to the Crown’s case, highlighting three key pieces of evidence: (i) the amount of cocaine involved, which suggested that a known and trusted courier would have been used; (ii) Sgt. Arsenault’s evidence that an individual trusted with large amounts of cocaine would be part of a closely knit organization, that his or her fee would be negotiated on the basis of the amount being transported, and that in over 1,000 cases, he had never encountered a

[64] Le ministère public a fait témoigner un agent de la GRC, le sergent Vincent Joseph Arsenault. L’avocat de la défense a reconnu son aptitude à témoigner à titre d’expert sur l’importation de cocaïne dans le Lower Mainland, en Colombie-Britannique, à bord de véhicules ou à pied, ainsi que sur le trafic et la possession de cocaïne dans cette région, notamment sur les voies d’acheminement, la chaîne de distribution, les moyens de transport, les méthodes de dissimulation, l’emballage, la valeur, le coût et les marges de profit, les habitudes d’utilisation et les niveaux de consommation.

[65] Le sergent Arsenault s’est dit d’avis que ceux qui importent des substances désignées font partie d’organisations criminelles soudées et négocient leur rémunération en fonction de la quantité transportée. Il a ajouté avoir participé à plus de 1 000 enquêtes sur l’importation de cocaïne et n’avoir jamais eu affaire à un [TRADUCTION] « passeur involontaire ».

[66] L’appelant a été reconnu coupable. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel, sous réserve de la dissidence de la juge Newbury. Il se pourvoit de plein droit devant la Cour.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale*

[67] La seule question en litige au procès était celle de savoir si l’appelant connaissait la présence de la cocaïne à bord de la camionnette. Le juge Dohm a rejeté le témoignage de l’appelant et conclu qu’il ne soulevait pas de doute raisonnable.

[68] La preuve du ministère public était circonstancielle. Après avoir conclu que l’appelant n’était pas crédible, le juge Dohm se penche sur la preuve du ministère public, dont il fait ressortir trois éléments déterminants : (i) la quantité de cocaïne en cause supposait le recours à un passeur connu et fiable; (ii) le témoignage du sergent Arsenault selon lequel ceux à qui l’on confie de grandes quantités de cocaïne font partie d’organisations soudées et négocient leur rémunération en fonction de la quantité transportée et voulant que, dans plus de

“blind courier”; and (iii) the appellant’s possession of an electronic key fob that he must have detached from the ignition key before handing the key to the customs officer, which suggested that he knew the fob controlled access to the hidden compartment and did not want the compartment to be discovered. The judge also found support for his conclusions in some other pieces of evidence, including the fact that the appellant’s cell phone rang at the time of his arrest, certain information written on an envelope and his nervous behaviour in the customs office (A.R., vol. I, at pp. 31-32). Judge Dohm accordingly found the accused guilty.

B. *Court of Appeal, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[69] Lowry J.A., with Finch C.J.B.C. concurring, dismissed the appeal. Lowry J.A. noted that Sgt. Arsenault had many years’ experience in the investigation of drug trafficking and had participated in some 1,000 cocaine importing cases. He was qualified as an expert, and his status as such had not been challenged.

[70] On the admissibility of Sgt. Arsenault’s evidence and the weight it should be given, Lowry J.A. noted that defence counsel had not objected to it at trial. The evidence was necessary and relevant to the issue of *mens rea*, and the trial judge’s reliance on it was well reasoned and was not inconsistent with the purpose for which it had been adduced without objection.

[71] The appellant had also challenged Judge Dohm’s reliance on the evidence with respect to the key fob, arguing that the judge had placed too much weight on it and had engaged in speculative reasoning. Lowry J.A. found no error in the trial judge’s reliance on this evidence. The issue is not raised in this Court.

[72] Newbury J.A., dissenting, found that Sgt. Arsenault’s evidence should have been excluded. She noted that defence counsel had conceded that Sgt. Arsenault’s evidence met the criteria

1 000 dossiers, il n’ait jamais eu connaissance d’un cas de [TRADUCTION] « passeur involontaire »; (iii) la possession par l’appelant d’une télécommande d’accès dont il avait forcément détaché la clé de contact avant de la remettre à l’agent des services frontaliers, ce qui permettait de conclure qu’il savait que la télécommande donnait accès au compartiment secret et qu’il ne voulait pas que celui-ci soit découvert. Le juge du procès se fonde aussi sur d’autres éléments de preuve, dont le fait que le téléphone de l’appelant a sonné pendant sa détention, certaines notes manuscrites sur une enveloppe et la nervosité de l’accusé au bureau des services frontaliers (d.a., vol. I, p. 31-32). Le juge Dohm déclare donc l’accusé coupable.

B. *Cour d’appel, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[69] Le juge Lowry rejette l’appel avec l’accord du juge en chef Finch. Il fait remarquer que le sergent Arsenault comptait de nombreuses années d’expérience dans les enquêtes sur le trafic de la drogue et qu’il avait participé à quelque 1 000 dossiers d’importation de cocaïne. Sa qualité d’expert avait été reconnue sans que la défense ne la conteste.

[70] Le juge Lowry signale aussi que l’avocat de la défense n’a pas contesté l’admissibilité de ce témoignage, ni son importance. Le témoignage était nécessaire et pertinent pour statuer sur la *mens rea*. La décision du juge du procès d’en tenir compte est bien motivée et n’est pas incompatible avec ce pour quoi il a été livré sans que d’ailleurs nul n’y fasse objection.

[71] L’appelant prétendait en outre que le juge Dohm avait eu tort de se fonder sur la preuve relative à la télécommande d’accès, qu’il avait accordé trop d’importance à l’objet et qu’il s’était livré à un raisonnement conjectural. Le juge Lowry ne relève aucune erreur dans la prise en compte de cet élément de preuve par le juge du procès. La question n’est pas soulevée devant nous.

[72] La juge Newbury, dissidente, estime que le témoignage du sergent Arsenault aurait dû être écarté. Elle fait remarquer que l’avocat de la défense a reconnu le respect des critères énoncés

laid down in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, but had also stated that such evidence can tend to become anecdotal and to stray into inference drawing. Newbury J.A. concluded that the officer's evidence that blind couriers are not used was objectionable and should have been excluded or, at least, not relied on by the trial judge in reaching his verdict. She stated that this was not "custom of the trade" evidence, but was purely anecdotal and not amenable to cross-examination in any meaningful sense (para. 26). Further, she noted that it "tended to short-circuit" the *mens rea* inquiry and essentially allowed the Crown to have its theory of the case come from the mouth of an expert witness (*ibid.*).

IV. Issues

A. *Legitimate Scope of a Police Officer's Expert Evidence on the Drug Trade*

[73] In argument before us, the appellant did not challenge the use of a police officer's expert evidence as such. A substantial body of case law supports the admission of evidence from experienced police officers on such subjects as the organization of the illegal drug trade, methods of transporting and selling drugs, methods for avoiding the detection of drugs, and drug jargon: *R. v. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233 (Que. C.A.); *R. v. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115.

[74] Although the admissibility of expert evidence must be assessed by the trial judge on a case-by-case basis, I am satisfied that Judge Dohm made no error in principle in finding that the expert evidence of experienced drug investigators is capable of satisfying the criteria — relevance, necessity, absence of any exclusionary rule, and a properly qualified expert — identified in *Mohan*. The customs of the illegal drug trade will generally be relevant to the matters at issue in drug trials. Such customs are likely to be outside the knowledge of the trier of fact, so evidence about them will be necessary to assist him or her in assessing the other evidence that has been adduced. Moreover,

dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, mais elle ajoute que l'auteur d'un tel témoignage peut incliner à l'empirisme et à l'inférence. À son avis, le témoignage du policier sur le non-recours aux passeurs involontaires était contestable et aurait dû être écarté ou, du moins, ne pas être pris en compte par le juge du procès dans sa décision. Elle estime que ce témoignage n'établissait pas les procédés habituels des trafiquants, mais se révélait plutôt purement anecdotique et ne se prêtait pas à un véritable contre-interrogatoire (par. 26). De plus, le témoignage [TRADUCTION] « [avait] pu avoir pour effet de court-circuiter » l'examen de la *mens rea* et avait essentiellement permis au ministère public de faire formuler sa thèse par un témoin-expert (*ibid.*).

IV. Les questions en litige

A. *Portée légitime du témoignage d'expert d'un policier sur le trafic de la drogue*

[73] Lors de la plaidoirie devant la Cour, l'appellant n'a pas contesté le recours au témoignage d'un policier à titre d'expert comme tel. Une abondante jurisprudence appuie l'admission du témoignage d'un policier d'expérience sur des sujets comme les rouages du commerce illicite de la drogue, les méthodes employées pour le transport et la vente, les moyens utilisés pour échapper à la détection et le jargon du milieu (*R. c. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233 (C.A. Qué.); *R. c. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115).

[74] Bien que le juge du procès doive se prononcer sur l'admissibilité de la preuve d'expert en fonction des faits propres à chaque affaire, je suis convaincu que le juge Dohm n'a commis aucune erreur de principe en concluant que le témoignage d'un enquêteur d'expérience dans le domaine des infractions liées à la drogue peut satisfaire aux critères énoncés dans *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante du témoin. La preuve des procédés habituels des trafiquants est généralement pertinente pour trancher les questions en litige dans une affaire de drogue. Puisqu'il ignore le plus souvent ces procédés, le juge des faits a besoin de

it is open to a trial judge to conclude that a police officer is qualified to give expert evidence on the basis of the officer's experience and training in the investigation of drug-related crimes.

[75] At the same time, this Court has repeatedly cautioned that expert evidence must not be allowed to usurp the role of the trier of fact. The trier of fact, whether a judge or a jury, is responsible for deciding the questions in issue at trial. Judges must be especially cautious where the testimony of police expert witnesses is concerned, as such evidence could amount to nothing more than the Crown's theory of the case cloaked with an aura of expertise. The courts have clearly recognized the risk that expert evidence could usurp the role of the trier of fact in the assessment of credibility, and even in the decision on the ultimate issue of guilt or innocence. I see no reason to believe that this danger is less real where the evidence is given by a state agent like a police officer rather than by a scientific expert.

[76] The *Mohan* requirement of necessity is the primary safeguard against the inappropriate proliferation of expert evidence. But even where the expert's evidence is broadly necessary, as in this case, it should be assessed with special scrutiny as it approaches the "ultimate issue": *Mohan*, at p. 24; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 37. The decision to qualify an expert witness does not end the need for scrutiny of the expert's evidence. A properly qualified expert could stray into expressing inadmissible opinions about the guilt of an accused, and the trial judge must ensure that the expert's testimony stays within the proper boundaries of such evidence and maintain the integrity and independence of his or her own fact-finding function as regards the credibility of witnesses and the guilt or innocence of the accused.

témoignages à leur sujet pour apprécier les autres éléments de preuve offerts. En outre, le juge du procès peut conclure qu'un policier est dûment qualifié pour témoigner à titre d'expert au vu de son expérience et de sa formation en matière d'enquêtes sur les crimes liés à la drogue.

[75] Par ailleurs, la Cour a rappelé à maintes reprises qu'il ne faut pas laisser l'expert usurper la fonction du juge des faits, auquel il incombe toujours — qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury — de trancher les questions en litige au procès. Le juge doit se montrer particulièrement prudent à l'égard du policier qui témoigne à titre d'expert, car son témoignage pourrait ne représenter que la thèse du ministère public affublée d'une aura d'expertise. Les tribunaux reconnaissent clairement le risque que l'expert usurpe la fonction du juge des faits dans l'appréciation de la crédibilité, voire dans la décision relative à la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Je ne vois aucune raison de croire que ce risque s'atténue lorsque le témoin en cause est un représentant de l'État (un policier, par exemple) plutôt qu'un expert scientifique.

[76] L'exigence de la nécessité établie dans l'arrêt *Mohan* constitue le principal rempart contre la prolifération indue des témoignages d'experts. Toutefois, même dans le cas où la preuve d'expert est globalement nécessaire, comme en l'espèce, elle doit être appréciée avec grande minutie lorsqu'elle a une incidence directe sur la « question fondamentale » (*Mohan*, p. 24; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 37). La reconnaissance de la qualification d'un expert ne dispense pas le tribunal de l'obligation d'examiner minutieusement son témoignage. Un expert dûment qualifié peut s'égarer et se prononcer de manière inadmissible sur la culpabilité de l'accusé. Le juge du procès doit veiller à ce que l'expert témoigne seulement sur ce qui est de son ressort, ainsi qu'à préserver l'intégrité et l'indépendance de sa propre fonction de détermination des faits à propos de la crédibilité des témoins, ainsi que de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

B. *Application of These Principles to Sgt. Arsenault's Evidence*

[77] Sgt. Arsenault was qualified as an expert, without being challenged, on the basis of his extensive experience and training, and most of his evidence was unobjectionable. He described the general background of cocaine importation schemes, including manufacturing sources and distribution chains, the primary importation routes, and points of entry into British Columbia from the United States. He noted that importers commonly use off-road, four-wheel-drive vehicles to transport cocaine over land and that the cocaine is usually packaged in one-kilogram bricks when brought into Canada. He also explained typical methods of concealment, including the use of sophisticated hidden compartments. He described common methods of payment for cocaine shipments, the reasons why drug couriers are used, and common practices in their recruitment. He talked about the instructions that would typically be given to a drug courier, including the development of cover stories, and stated that the courier's fee is typically negotiated with reference to the nature and size of the shipment. Sgt. Arsenault described the risks associated with cross-border transportation of cocaine, and in particular the risk of losing a shipment either because it is detected by the authorities or because it is stolen by a rival group. The appellant's trial counsel did not object to any of this evidence, and it was not challenged on appeal.

[78] At issue in this appeal is the following exchange between Crown counsel and Sgt. Arsenault (A.R., vol. III, at p. 144):

Q Officer, you described earlier that you've been involved in approximately 1,000 investigations involving the importation of cocaine over your 33-year career?

B. *Application de ces principes au témoignage du sergent Arsenault*

[77] Devant l'étendue de l'expérience et de la formation du sergent Arsenault, sa qualité d'expert a été reconnue sans qu'on ne s'y oppose, et l'essentiel de son témoignage était clairement admissible. Il a décrit le contexte général des stratagèmes d'importation de cocaïne, dont les sources d'approvisionnement et la filière de distribution, de même que les principales voies d'importation et les points d'entrée en Colombie-Britannique à partir des États-Unis. Il a indiqué que les importateurs utilisaient couramment des véhicules tout-terrain à quatre roues motrices pour le transport par voie terrestre et que la cocaïne destinée au Canada revêtait habituellement la forme de briques d'un kilogramme chacune. Il a en outre expliqué les méthodes courantes de dissimulation de la cocaïne, notamment l'utilisation de cachettes sophistiquées. Il a fait état des principaux modes de paiement des chargements de cocaïne, précisé les motifs pour lesquels on avait recours à des passeurs et fait état des modes habituels de recrutement. Son témoignage a également porté sur les instructions habituellement données aux passeurs, y compris la mise au point de prétextes, et sur le fait que leur rémunération est généralement fixée en fonction de la nature de la drogue et de sa quantité. Le sergent Arsenault a mentionné les risques liés au transport transfrontalier de la cocaïne, en particulier celui de la perte par suite d'une détection par les autorités et celui du vol par un groupe rival. L'avocat de l'appelant n'a pas fait objection à quelque partie de ce témoignage, qui n'a d'ailleurs pas été contesté en appel.

[78] La question en litige dans le pourvoi s'origine de l'échange suivant entre la procureure du ministère public et le sergent Arsenault (d.a., vol. III, p. 144) :

[TRADUCTION]

Q Sergent, vous avez dit plus tôt avoir participé à environ 1 000 enquêtes relatives à l'importation de cocaïne au cours de vos 33 ans de service?

A That is correct, Your Honour, yes.

Q In approximately how many of those investigations were you able to determine that the person importing the cocaine did not know about the commodity that they were importing?

A I have never encountered it, personally.

Q Have you ever heard of a -- the use of a blind courier or a courier who doesn't know about the commodity that he is driving?

A I -- I've certainly heard that argument being raised on -- on occasion, primarily in court, not during my investigations.

[79] In my view, Sgt. Arsenault's evidence that he had never, in over 1,000 investigations, personally encountered a blind courier and that he had never heard of one outside of a courtroom strayed from what would be admissible expert evidence. This testimony was equivalent to a statement that individuals in the appellant's position always know about the drugs. It is a short step from such evidence to an inference that the appellant must have known about the cocaine. Sgt. Arsenault's evidence effectively amounted to an opinion that the accused possessed the requisite *mens rea* for the offence with which he was charged, which was the ultimate issue in this trial. Whether it was admissible therefore requires special scrutiny.

[80] Applying the *Mohan* criteria, I conclude that this line of questioning should not have been permitted. The evidence was not necessary, as it was open to the trier of fact to draw the necessary inference concerning what the appellant knew or did not know. Nor was it relevant. Sgt. Arsenault's opinion invited the trier of fact to find that the appellant knew about the cocaine on the basis that all people driving vehicles containing hidden drugs know about the drugs. This appeared relevant only because it depended on an improper inference. Sgt. Arsenault's opinion that other individuals he has encountered in his investigations knew they

R C'est exact, Monsieur le juge, oui.

Q Dans combien de ces enquêtes, approximativement, avez-vous été en mesure de déterminer que l'importateur de la cocaïne ne savait rien de la marchandise importée?

R Je n'ai personnellement jamais eu connaissance d'un tel cas.

Q Avez-vous déjà entendu parler d'un -- du recours à un passeur involontaire ou à un passeur qui ne savait pas ce qu'il transportait?

R Je -- J'ai certainement entendu une prétention en ce sens -- à l'occasion, surtout au tribunal, mais non lors de mes enquêtes.

[79] Selon moi, le témoignage du sergent Arsenault voulant que, au cours de plus de 1 000 enquêtes, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire et n'ait jamais entendu parler d'un tel cas, sauf au tribunal, a dépassé les limites du témoignage d'expert admissible. Les propos tenus revenaient à dire que, dans la situation de l'appelant, une personne savait toujours qu'elle transportait de la drogue. Il ne restait qu'un petit pas à franchir pour en conclure que l'appelant avait dû lui aussi être au courant de la présence de la cocaïne. Le sergent Arsenault a effectivement exprimé l'opinion que l'accusé avait la *mens rea* requise pour les infractions dont il était accusé, et il s'est donc prononcé sur la question fondamentale qui devait être tranchée. C'est pourquoi la question de l'admissibilité de son témoignage doit faire l'objet d'un examen particulièrement minutieux.

[80] Compte tenu des critères de l'arrêt *Mohan*, je conclus que les questions susmentionnées n'auraient pas dû être permises lors de l'interrogatoire. En effet, le témoignage n'était pas nécessaire, car le juge des faits pouvait tirer l'inférence voulue quant à ce que l'appelant savait ou non. Il n'était pas non plus pertinent. Suivant l'opinion du sergent Arsenault, le juge des faits devait conclure que l'appelant savait ce qu'il transportait parce que tout conducteur d'un véhicule à bord duquel est dissimulée de la drogue sait qu'il transporte de la drogue. Si son opinion a semblé pertinente, c'est uniquement grâce à une inférence

were transporting illegal drugs does not logically establish that this accused possessed the *mens rea* for the offences with which he was charged. In addition to usurping the court's role in resolving the issue of guilt or innocence, the opinion depended on an unacceptable and unfair inference.

C. Should the Curative Proviso Be Applied?

[81] Sgt. Arsenault's evidence concerning his lack of personal experience with blind couriers should not have been admitted. Regardless of the fact that counsel did not object to the questions, the trial judge erred in law in admitting this evidence. He compounded this error by expressly relying on it in convicting the appellant. He wrote this in his reasons:

Sgt. Arsenault also testified that in the thousand or more cocaine-importing investigations he has been involved in he has never encountered a blind courier, that being a person who does not know the nature or existence of the commodity being moved from one location to another. [A.R., vol. I, at pp. 30-31]

[82] All that remains is to determine whether the error occasioned a substantial wrong or miscarriage of justice, or whether s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, known as the curative proviso, should be applied to affirm the appellant's convictions:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

inadmissible. Que, lors de ses enquêtes, le sergent Arsenault ait eu affaire à des personnes qui savaient qu'elles transportaient des drogues illégales n'établit pas logiquement que, en l'espèce, l'accusé avait la *mens rea* requise pour les infractions dont il était accusé. En plus d'usurper la fonction du tribunal qui consiste à déterminer la culpabilité ou l'innocence, l'expert a formulé une opinion fondée sur une conclusion à la fois inadmissible et injuste.

C. Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice?

[81] Le témoignage du sergent Arsenault selon lequel ses enquêtes n'avaient jamais révélé l'existence de passeurs involontaires n'aurait pas dû être admis. Même si l'avocat de la défense ne s'est pas opposé aux questions, le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant l'élément de preuve et il a ajouté à cette erreur en se fondant expressément sur le témoignage pour déclarer l'appellant coupable. Voici un extrait de ses motifs :

[TRADUCTION] Le sergent Arsenault a ajouté que dans les mille enquêtes ou plus qu'il avait menées dans des affaires d'importation de cocaïne, il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire, c'est-à-dire à une personne qui ignorait la nature ou la présence de la marchandise transportée d'un endroit à un autre. [d.a., vol. I, p. 30-31]

[82] Il ne reste plus qu'à déterminer si cette erreur a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, ou s'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* — la disposition réparatrice — pour confirmer les déclarations de culpabilité de l'appellant :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans un ou l'autre des cas suivants :

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, . . .

[83] I respectfully disagree with my colleague's position. This is not an appropriate case for application of the proviso.

[84] The proviso applies in two situations. The first is where the error is so minor or harmless that it could not have had a serious impact on the verdict. The second is where, although a serious error has been made, the evidence is nevertheless so overwhelming that no other verdict would have been possible (*R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 25; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34).

[85] In the instant case, the Crown rightly concedes that the error was not a harmless or minor one that would have no impact on the verdict. The admission of improper evidence in this case cannot be considered "an error that is harmless on its face or in its effect" (*Van*, at para. 35). Sgt. Arsenault's evidence was a key piece of the Crown's case, and his statement that he had never encountered a blind courier was specifically relied on by the trial judge in convicting the appellant (A.R., vol. I, at pp. 30-31). The evidence of experts, like that of all witnesses, often contains comments or observations that are inconsistent with the rules of evidence. In this case, however, the impugned observations were not unprompted or unanticipated. Crown counsel clearly directed Sgt. Arsenault's evidence toward this prejudicial and inadmissible topic. This could not have helped but increase its impact, as the trial judge's reasons show.

[86] If the curative proviso is to be applied, therefore, it can only be on the basis that "the case against the accused was so overwhelming that a reasonable and properly instructed jury would inevitably have convicted" (*Van*, at para. 36; see also

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, . . .

[83] Soit dit en tout respect, je ne partage pas l'avis de mon collègue. Selon moi, il ne convient pas d'appliquer la disposition réparatrice en l'espèce.

[84] Cette disposition s'applique dans deux situations. Premièrement, lorsqu'une erreur est si négligeable ou inoffensive qu'elle n'a pu avoir une incidence importante sur l'issue du procès. Deuxièmement, lorsque, malgré une erreur grave, la preuve demeure si accablante qu'aucune autre issue n'aurait été possible (*R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 25; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34).

[85] Le ministère public concède à bon droit que l'erreur n'est ni inoffensive, ni négligeable et qu'elle n'a pas été sans incidence sur la décision. L'admission d'une preuve irrégulière dans la présente affaire ne saurait être considérée comme « une erreur inoffensive à première vue ou sans incidence » (*Van*, par. 35). Le témoignage du sergent Arsenault constitue une pièce maîtresse de la preuve du ministère public et c'est sur le fait que le policier n'a jamais eu affaire à un passeur involontaire que le juge du procès s'appuie pour déclarer l'appelant coupable (d.a., vol. I, p. 30-31). Le témoignage d'un expert, comme celui de toute personne, est souvent parsemé d'éléments qui dérogent aux règles de preuve. En l'espèce, toutefois, les éléments contestés n'étaient ni spontanés, ni imprévus. La procureure du ministère public a clairement amené le sergent Arsenault à témoigner sur ce point préjudiciable et inadmissible, ce qui ne pouvait qu'en accroître l'incidence, comme il appert des motifs du juge du procès.

[86] La disposition réparatrice ne peut donc s'appliquer que si « la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées conclurait forcément à la culpabilité » (*Van*, par. 36; voir aussi

P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (20th ed. 2013), at pp. 1294-95; *Sarrazin*, at para. 25). Where this criterion is met, denying the accused the benefit of a retrial will be justified, because there is no realistic possibility of any result other than conviction. The standard of this branch of the test is a high one, as Deschamps J. explained in *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82:

This standard should not be equated with the ordinary standard in a criminal trial of proof beyond a reasonable doubt. The application of the proviso to serious errors reflects a higher standard appropriate to appellate review. The standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case “beyond a reasonable doubt” at trial. This higher standard reflects the fact that it is difficult for an appellate court, in particular when considering a jury trial, since no detailed findings of fact will have been made, to consider retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome.

[87] The Court has constantly refused to lower this standard, even upon being invited to do so, as it was in *Sarrazin*. In that case, it strongly reaffirmed the need to safeguard the integrity of the criminal justice system (paras. 25-26). The language of the curative proviso reflects Parliament’s concern to prevent the risk of a substantial wrong or miscarriage of justice. The high standard the Court has set reflects this purpose.

[88] The error in *Trochym* occurred in the context of a jury trial, but even in a case involving a trial by judge alone, an appellate court must acknowledge that it is difficult to speculate on what effect exclusion of the evidence might have had on the judge’s findings of fact. This is especially true in cases such as the one at bar in which the evidence is circumstantial.

P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (20^e éd. 2013), p. 1294-1295; *Sarrazin*, par. 25). Lorsque cette condition est remplie, il est justifié de refuser un nouveau procès à l’accusé, faute d’une possibilité réaliste d’arriver à un autre résultat. Ce volet du test établit une norme élevée, comme l’explique la juge Deschamps dans l’arrêt *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82 :

Cette norme ne doit pas être assimilée à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s’applique ordinairement dans un procès criminel. L’application de la disposition réparatrice aux erreurs graves répond à une norme plus rigoureuse, appropriée à une procédure d’appel. La norme que la juridiction d’appel doit utiliser, savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations « hors de tout doute raisonnable » lors du procès. Cette norme plus élevée tient compte du fait qu’il est difficile pour une juridiction d’appel, surtout dans le cas d’un procès avec jury où elle ne dispose pas de conclusions détaillées sur les faits, de déterminer rétroactivement quel effet, par exemple, l’exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l’issue du procès.

[87] La Cour a toujours refusé d’assouplir cette norme, même lorsqu’on l’y a invitée, comme dans l’affaire *Sarrazin*, où elle a fermement confirmé la nécessité de préserver l’intégrité du système de justice (par. 25-26). Le texte de la disposition réparatrice traduit le souci du législateur de prévenir le risque de tort important ou d’erreur judiciaire grave, d’où la norme élevée établie par notre Cour.

[88] Dans *Trochym*, l’erreur en cause avait été commise lors d’un procès devant jury, mais la juridiction d’appel doit reconnaître qu’il est difficile, même dans le cas d’un procès devant juge seul, de conjecturer l’effet que l’exclusion de la preuve aurait pu avoir sur les conclusions de fait tirées en première instance. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, la preuve est de nature circonstancielle.

[89] I cannot say with certainty that the result in this case would have been the same without Sgt. Arsenault's evidence. Judge Dohm rejected the appellant's evidence in its entirety and found that it did not raise a reasonable doubt. His reasons accordingly focused on whether the Crown's evidence was sufficient to prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. This Court must do the same, applying the higher standard of an inevitable verdict.

[90] The trial judge in this case gave well-articulated reasons. They underline the importance he attributed to Sgt. Arsenault's testimony. He referred to three "very significant pieces of evidence" in his decision to convict the appellant (A.R., vol. I, at p. 30). The first of these was the amount of cocaine involved. He found it unlikely that the owners of the cocaine would have taken the risk of using a blind courier to transport it into Canada. The second was Sgt. Arsenault's evidence, and in particular his testimony that he had never encountered a blind courier in over 1,000 investigations involving cocaine importing (pp. 30-31). The third key piece of evidence in the Crown's case related to the appellant's possession of the key fob.

[91] I have already concluded that the trial judge erred in making use of the second of these pieces of evidence. As to the first one, although the value of the cocaine might support an inference that the drugs would not have been entrusted to a stranger, that is not the only conclusion that could be drawn from it.

[92] Turning to the third piece of evidence, when the appellant was detained, he was in possession of the key fob. This fob was identified at trial as a remote control for a "Clifford" alarm system installed on the truck. According to the evidence of Det. Shawn Robson, it could be used to lock and unlock the vehicle's doors, and to arm and disarm the alarm system (A.R., vol. III, at p. 122). If the buttons on the fob were pressed in a specific sequence, the compartment between the bed and the

[89] Je ne peux affirmer avec certitude que l'issue du procès aurait été la même sans le témoignage contesté du sergent Arsenault. Le juge Dohm a rejeté le témoignage de l'appelant en entier et conclu qu'il ne soulevait pas de doute raisonnable. Il s'est donc attaché à déterminer si la preuve du ministère public était suffisante pour établir la culpabilité de l'appelant hors de tout doute raisonnable. La Cour doit faire de même au regard de la norme stricte de l'issue inévitable.

[90] Or, en l'espèce, la décision du juge du procès est bien étayée, et ses motifs font ressortir l'importance qu'il accorde au témoignage du sergent Arsenault. Dans sa décision de déclarer l'appelant coupable, il fait état de trois [TRADUCTION] « éléments de preuve très importants » (d.a., vol. I, p. 30). Le premier correspond à la quantité de cocaïne en cause. Le juge estime peu vraisemblable que les propriétaires de la substance aient couru le risque de s'en remettre à un passeur involontaire pour l'acheminer au Canada. Le deuxième réside dans le témoignage du sergent Arsenault et, en particulier, son affirmation voulant que, dans plus de 1 000 dossiers d'importation de cocaïne, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire (p. 30-31). Le troisième a trait à la possession par l'appelant de la télécommande d'accès.

[91] J'ai déjà conclu que le juge du procès a eu tort de se fonder sur le deuxième de ces éléments de preuve. Quant au premier, même si la valeur de la cocaïne pourrait permettre d'inférer que la substance n'aurait pas été confiée à un inconnu, cette conclusion n'est pas la seule qui puisse en être tirée.

[92] En ce qui concerne le troisième élément de preuve, lors de la détention de l'appelant, on a découvert sur lui une télécommande d'accès dont on a déterminé au procès qu'elle activait un système d'alarme « Clifford ». Selon le témoignage de l'enquêteur Shawn Robson, le dispositif permettait de verrouiller et de déverrouiller les portières du véhicule, ainsi que d'armer et de désarmer le système d'alarme (d.a., vol. III, p. 122). Le compartiment situé entre le plancher de la camionnette et

frame of the truck in which the cocaine was found would open.

[93] When the appellant was initially detained, he handed the ignition key over to the customs officers. He produced the fob only when subsequently asked to empty his pockets. At that time, he immediately admitted that it was for the truck. The trial judge found that the fob and the ignition key “obviously go together” and that they had been attached by a chain until the appellant detached them when he turned off the ignition in the secondary inspection area (A.R., vol. I, at p. 31). He concluded that the appellant detached the key from the fob at that time in an attempt to hide the fob or conceal its connection with the truck, because he knew the fob opened the compartment.

[94] In the Court of Appeal, the appellant challenged the trial judge’s use of the evidence about the fob, arguing that the judge had placed too much weight on it and had engaged in speculative reasoning with respect to it. The Court of Appeal dismissed this argument, and the point was not raised in this Court. Moldaver J. finds that this inference was open to the trial judge and that it was essentially conclusive of guilt (para. 55).

[95] In my view, however, the issue in applying the curative proviso is not whether the trial judge could make the inference he did or whether that inference was determinative of guilt, but whether it was the only rational conclusion. I agree that the trial judge did not err in using this evidence as he did, but this was not the only conclusion supported by the evidence with respect to the fob. The appellant testified that the key and the fob had been attached when he received them from Chris, and the trial judge found that he had detached the key from the fob moments before handing the key over to the secondary inspection officer. But it does not inevitably follow that the judge’s finding of guilt depended primarily on these additional inferences as to when and how the fob came to be detached

son châssis et dans lequel on avait trouvé la cocaïne s’ouvrait lorsqu’on appuyait sur les boutons de la télécommande dans un ordre précis.

[93] Lors de sa détention initiale, l’appelant a remis la clé de contact aux agents des services frontaliers. Toutefois, il n’a remis la télécommande que lorsqu’on lui a demandé par la suite de vider ses poches. Il a alors reconnu qu’elle donnait accès à la camionnette. Le juge du procès conclut que la télécommande et la clé de contact [TRADUCTION] « vont manifestement de pair » et qu’elles étaient reliées l’une à l’autre par une chaîne avant que l’appelant ne les sépare une fois le moteur du véhicule éteint dans l’aire d’inspection secondaire (d.a., vol. I, p. 31). Le juge arrive aussi à la conclusion que l’appelant a alors séparé la télécommande de la clé afin de la cacher ou de dissimuler son lien avec la camionnette, car il savait qu’elle donnait accès au compartiment.

[94] En Cour d’appel, l’appelant a contesté l’utilisation de la preuve liée à la télécommande. Il a soutenu que le juge du procès avait accordé trop d’importance à celle-ci et qu’il s’était livré à un raisonnement conjectural à son sujet. La Cour d’appel a rejeté sa prétention, qui n’a pas été reprise devant la Cour. Selon le juge Moldaver, le juge du procès pouvait tirer une telle inférence et elle était essentiellement concluante quant à la culpabilité (par. 55).

[95] J’estime toutefois que, lorsqu’il s’agit d’appliquer ou non la disposition réparatrice, la question qui se pose n’est pas celle de savoir si le juge du procès pouvait tirer l’inférence ou si elle était déterminante quant à la culpabilité, mais bien si c’était la seule rationnelle. Je conviens que le juge n’a pas eu tort d’utiliser cet élément de preuve comme il l’a fait, mais que d’autres conclusions pouvaient être tirées de la preuve relative à la télécommande. L’appelant a témoigné que la clé et la télécommande étaient jointes l’une à l’autre lorsque Chris les lui avait remises, et le juge conclut qu’il les a séparées peu de temps avant de remettre la clé à l’agent d’inspection secondaire. Il ne s’ensuit pas nécessairement que les déclarations de culpabilité reposent essentiellement sur ces inférences

from the key. There was no evidence on these points, and the trial judge could just as well have drawn no inference from the fact that the appellant had not produced the fob immediately. Moreover, it is simply not possible for an appellate court to say that the judge's assessment of this evidence was not affected by his reliance on the inadmissible evidence that blind couriers are never used. I cannot accept that the conclusion drawn by the trial judge was inevitable or that this evidence was therefore determinative of the appellant's guilt.

[96] There was of course other evidence capable of supporting a verdict of guilt, including a chewed-up piece of paper, the envelope mentioned above and the appellant's ringing cell phone. As with the key fob, although the trial judge was entitled to draw the inferences he did from each of these pieces of evidence, each such inference undeniably involved some speculation. There was no evidence concerning the identity of the person who called the appellant's cell phone, nor was there evidence with respect to the meaning of the information written on the envelope. Again, this evidence was capable of supporting a finding of guilt beyond a reasonable doubt, but in my view it would not inevitably lead to such a finding.

[97] At the same time, there was also evidence favourable to the accused. For instance, he was not the registered owner of the truck and there was no evidence that he had ever previously been in possession of the truck. Furthermore, Sgt. Arsenault testified that drug couriers typically do not have criminal records, but the appellant did in fact have a prior conviction for dangerous driving.

[98] I agree that ordering a new trial places demands on judicial resources, but, with respect, this cannot override the appellant's right to a fair trial based solely on admissible evidence. The trial judge relied expressly on inadmissible evidence, and I

supplémentaires quant au moment où il y a eu séparation et à la manière dont elle est survenue. Il n'y avait pas de preuve à cet égard. Le juge du procès aurait pu aussi bien ne tirer aucune inférence du fait que l'appelant n'avait pas remis la télécommande à la première occasion. Qui plus est, il est simplement impossible de déterminer en appel que son appréciation de cet élément de preuve n'a pas été influencée par le témoignage inadmissible, mais auquel il a ajouté foi, selon lequel les trafiquants n'avaient jamais recours à des passeurs involontaires. Je ne puis admettre que la conclusion du juge du procès était inévitable ou que l'élément de preuve était donc déterminant quant à la culpabilité de l'appelant.

[96] Bien sûr, d'autres éléments de preuve pouvaient étayer des déclarations de culpabilité, dont le bout de papier mâché par l'appelant, l'enveloppe susmentionnée et le fait que le téléphone de l'appelant a sonné pendant sa détention. S'agissant de la télécommande d'accès, le juge pouvait certes tirer les inférences qu'il a tirées de chacun de ces éléments de preuve, mais toutes revêtent indéniablement un caractère conjectural. Il n'y avait pas de preuve de l'identité de la personne qui avait tenté de joindre l'appelant au téléphone, ni de la signification des indications manuscrites sur l'enveloppe. L'élément de preuve en cause pouvait permettre de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, mais à mon avis, cette issue n'était pas inévitable.

[97] Par ailleurs, des éléments de preuve militaient également en faveur de l'innocence de l'appelant. Par exemple, ce dernier n'était pas le propriétaire immatriculé du véhicule, et rien ne prouvait qu'il ait jamais été en possession du véhicule auparavant. En outre, le sergent Arsenault a déclaré que, habituellement, les passeurs de drogue n'avaient pas de casier judiciaire, alors que l'appelant avait déjà été déclaré coupable de conduite dangereuse.

[98] Je conviens que la tenue d'un nouveau procès mobiliserait des ressources judiciaires mais, en toute déférence, cette considération ne saurait primer le droit de l'appelant à un procès équitable fondé sur la seule preuve admissible. Le juge

cannot untangle his other inferences unfavourable to the appellant from his acceptance of that evidence, as he attached great importance to it. As we have seen, this was a serious error. If this Court excludes evidence described by the trial judge as one of the foundations of his conclusion that the appellant was guilty, it cannot then hold that the evidence against the appellant was nonetheless overwhelming without engaging in pure speculation. Such a conclusion would contradict what the trial judge himself wrote and would rest on an improper reweighing of the remaining evidence. With respect, the curative proviso does not permit this Court to deny a retrial in such circumstances.

V. Conclusion

[99] For these reasons, I cannot agree that no substantial injustice would result from affirming the convictions. I would accordingly allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and LEBEL J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

s'est expressément appuyé sur un élément de preuve inadmissible, et je ne puis en dissocier les autres inférences défavorables à l'appelant, car il y accorde une grande importance. Il s'agit, je le répète, d'une erreur grave. Si notre Cour écarte une preuve qui, selon le juge du procès, constitue l'une des assises des déclarations de culpabilité, elle ne saurait conclure que la preuve défavorable à l'appelant demeure accablante sans se livrer à de pures conjectures. Pareille conclusion contredirait les motifs du juge du procès eux-mêmes et reposerait sur une appréciation nouvelle et, partant, irrégulière des autres éléments de preuve. Soit dit en tout respect, la disposition réparatrice ne permet pas à la Cour de refuser un nouveau procès dans ces circonstances.

V. Conclusion

[99] Pour ces motifs, je ne puis convenir que la confirmation des déclarations de culpabilité ne causerait pas d'injustice fondamentale. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et le juge LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.