

Kingsley Michael Sutton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SUTTON

Neutral citation: 2000 SCC 50.

File No.: 27666.

2000: October 6; 2000: November 9.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Charge to jury — Misdirections — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and ordering new trial — Crown and defence agreeing that trial judge made errors in his formulation of test for determining admissibility of co-conspirator hearsay evidence — Whether Crown established that verdict would not necessarily have been the same had errors not occurred.

The accused was acquitted of narcotics offences. On appeal, the Crown alleged errors in the trial judge's direction to the jury concerning the admissibility of co-conspirator hearsay evidence. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The parties agreed that two clear misdirections occurred in the trial judge's formulation of the test for determining the admissibility of co-conspirator hearsay evidence. Either of the trial judge's errors could have led to the accused's acquittal. The Crown has established with reasonable certainty that, had the jury been properly charged, the verdict would not necessarily have

Kingsley Michael Sutton *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SUTTON

Référence neutre: 2000 CSC 50.

N° du greffe: 27666.

2000: 6 octobre; 2000: 9 novembre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Exposé au jury — Directives erronées — Acquiescement de l'accusé annulé et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Ministère public et défense reconnaissant que le juge du procès avait commis des erreurs dans son exposé sur le critère relatif à l'admissibilité de la preuve par oui-dire d'un coauteur d'un complot — Le ministère public a-t-il établi que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même si les erreurs n'avaient pas été commises?

L'accusé a été acquitté relativement à des infractions en matière de stupéfiants. En appel, le ministère public a prétendu que le juge du procès avait commis des erreurs dans ses directives au jury concernant l'admissibilité de la preuve par oui-dire d'un coauteur d'un complot. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les parties ont reconnu que le juge du procès a donné deux directives clairement erronées dans son exposé sur le critère servant à juger de l'admissibilité de la preuve par oui-dire d'un coauteur d'un complot. L'une des erreurs du juge du procès aurait pu mener à l'acquiescement de l'accusé. Le ministère public a établi avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas

been the same. Accordingly, the Court of Appeal's order for a new trial should be confirmed.

Cases Cited

Referred to: *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1999), 140 C.C.C. (3d) 336, 222 N.B.R. (2d) 78, [1999] N.B.J. No. 540 (QL), allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of trafficking in cocaine and possession of the proceeds of crime, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Margaret Gallagher, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *James C. Martin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right. The appellant was charged with trafficking in cocaine and possession of proceeds of trafficking. The Crown alleged that the appellant sold a prohibited drug to its undercover agent, Gulliver, through an intermediary, Merrick. The Crown's case consisted of Gulliver's testimony, tapes of conversations between Gulliver and Merrick, police surveillance of events and the bag of cocaine allegedly purchased by Gulliver. At the end of the trial, the jury acquitted the appellant. The Crown appealed, alleging errors in the trial judge's direction to the jury. The Court of Appeal of New Brunswick, Rice J.A. dissenting, allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial: (1999), 222 N.B.R. (2d) 78. The appellant Sutton appeals that decision to this Court.

été nécessairement le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Par conséquent, l'ordonnance de nouveau procès de la Cour d'appel doit être confirmée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1999), 140 C.C.C. (3d) 336, 222 R.N.-B. (2^e) 78, [1999] A.N.-B. n^o 540 (QL), qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à des accusations de trafic de cocaïne et de possession des produits de la criminalité et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Margaret Gallagher, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., et *James C. Martin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Il s'agit d'un appel de plein droit. L'appelant est accusé de trafic de cocaïne et de possession des produits du trafic. Le ministère public allègue que l'appelant a vendu une drogue interdite à un agent d'infiltration, Gulliver, par l'entremise d'un intermédiaire, Merrick. La preuve de la poursuite reposait sur la déposition de Gulliver, les cassettes d'enregistrement des conversations entre Gulliver et Merrick, la surveillance policière des événements et le sac de cocaïne qu'aurait acheté Gulliver. Au terme du procès, le jury a acquitté l'appelant. Le ministère public a porté la décision en appel, alléguant que le juge du procès a commis des erreurs dans ses directives au jury. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le juge Rice étant dissident, a accueilli l'appel du ministère public, annulé le verdict d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1999), 222 R.N.-B. (2^e) 78. L'appelant Sutton interjette appel de cette décision devant notre Cour.

The parties agree that acquittals are not lightly overturned. The test as set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, requires the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same had the errors not occurred. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, this Court emphasized that “the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty” (p. 374).

The parties also agree that the trial judge made errors in his direction to the jury. More specifically, they agree that two clear misdirections occurred in his formulation of the test set out in *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938, for determining the admissibility of co-conspirator hearsay evidence, a test not challenged on this appeal. (The parties did not present argument on and the Court did not consider whether the *Carter* test may be affected by *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40 (released on September 29, 2000).)

First, the parties agree that in articulating the initial stage of the *Carter* test, the trial judge wrongly directed the jury that they were restricted to “Gulliver’s evidence alone” in determining whether they were satisfied, beyond a reasonable doubt, that there was a conspiracy or common design to traffic cocaine. This eliminated from the jury’s consideration evidence that both parties agree was admissible on the point: the testimony of police officers detailing their surveillance and the bag of cocaine.

Second, the parties agree that the trial judge directed the jury to apply the wrong standard of proof at the second stage of the *Carter* test. This stage involves a determination of whether, on the balance of probabilities, the appellant was a member of the common design. The trial judge clearly erred by informing the jury they had to be satisfied of the appellant’s membership beyond a reasonable

Les parties s’entendent pour dire que les verdicts d’acquiescement ne sont pas annulés à la légère. Selon le critère énoncé dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, le ministère public doit convaincre la cour que le verdict n’aurait pas été nécessairement le même s’il n’y avait pas eu d’erreurs. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, notre Cour souligne le fait que «cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude» (p. 374).

Les parties reconnaissent aussi que le juge du procès a commis des erreurs dans ses directives au jury. Plus précisément, elles admettent qu’il a donné deux directives clairement erronées dans son exposé sur le critère établi dans *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938, pour juger de l’admissibilité de la preuve par ouï-dire d’un coauteur d’un complot; ce critère n’est nullement contesté en l’espèce. (Les parties n’ont pas présenté d’arguments sur la question de savoir si l’arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40 (rendu le 29 septembre 2000), a une incidence quelconque sur le critère de l’arrêt *Carter*, et la Cour n’a pas examiné cette question.)

Premièrement, les parties conviennent que, dans son exposé sur l’étape initiale du critère de l’arrêt *Carter*, le juge du procès a indiqué à tort au jury qu’il devait se fonder [TRADUCTION] «uniquement sur le témoignage de M. Gulliver» pour déterminer s’il était convaincu, hors de tout doute raisonnable, de l’existence d’un complot ou d’un projet commun de trafic de cocaïne. De ce fait, le jury était dans l’impossibilité d’examiner des éléments de preuve que les deux parties estiment être admissibles à cet égard: le témoignage des policiers sur ce qu’ils ont observé et le sac de cocaïne.

Deuxièmement, les parties conviennent que le juge du procès a donné au jury une directive erronée sur la norme de preuve applicable à la seconde étape du critère de l’arrêt *Carter*. À cette étape, il s’agit de savoir si, selon la prépondérance des probabilités, l’appelant a participé au projet commun. Le juge du procès a manifestement commis une erreur en disant au jury qu’il devait être convaincu

2

3

4

5

doubt, failing which they were required to acquit him.

6 In addition to these admitted errors, the Crown alleges that the trial judge erred in his caution to the jury respecting the credibility of the undercover agent Gulliver as an unsavoury witness (the *Vetrovec* warning). The appellant disagrees on this point.

7 Leaving aside the disputed *Vetrovec* caution, which this Court recently reviewed in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, the critical issue upon which the court below divided and the main ground upon which Rice J.A. based his dissent, was whether the admitted errors in charging the jury on the *Carter* test meet the threshold for vacating an acquittal as set out in *Vézeau*, *supra*. Has the Crown established with reasonable certainty that the jury, had it been charged correctly, would not necessarily have reached the same verdict? We are satisfied that the answer to this question must be yes.

8 It is not disputed that had the jury been properly directed, they could have found, upon a consideration of all the relevant evidence and applying the proper standards of proof, that the *Carter* test was satisfied. In that case, the hearsay statements at issue, including the taped conversations implicating the appellant, would have been admissible against him, as properly falling within the co-conspirator exception to the hearsay rule. The errors in the trial judge's charge may have unjustly frustrated such a conclusion. At the first stage of the test, the jury was effectively precluded from considering evidence that both parties agree was admissible in determining whether they were satisfied a conspiracy existed. At the second stage, the misdirection as to the appropriate standard of proof created the potential for the jury to reject the admissibility of the offered evidence on the grounds they were not satisfied of the appellant's involvement in the common design to traffic

hors de tout doute raisonnable de la participation de l'appellant, faute de quoi il était tenu de l'acquitter.

En plus de ces erreurs, qui ont été reconnues, le ministère public allègue que le juge du procès a commis une erreur dans la mise en garde faite au jury au sujet de la crédibilité de l'agent d'infiltration Gulliver, en le qualifiant de témoin douteux (mise en garde de type *Vetrovec*). L'appellant ne partage pas ce point de vue.

Abstraction faite de la question litigieuse de la mise en garde de type *Vetrovec*, que notre Cour a récemment examinée dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, la question cruciale qui a donné lieu à des avis partagés à la Cour d'appel et sur laquelle repose essentiellement l'avis dissident du juge Rice consiste à savoir si les erreurs que, comme on l'a reconnu, comporte l'exposé au jury au sujet du critère de l'arrêt *Carter* atteignent le seuil établi dans l'arrêt *Vézeau*, précité, qui permet d'annuler un verdict d'acquiescement. Le ministère public a-t-il établi avec un degré raisonnable de certitude que le jury n'aurait pas nécessairement rendu le même verdict s'il avait reçu des directives appropriées? Nous sommes convaincus que la réponse à cette question est oui.

Les parties ne contestent pas le fait que, si le jury avait reçu des directives appropriées, il aurait pu conclure, en tenant compte de tous les éléments de preuve pertinents et en appliquant la norme de preuve appropriée, que le critère de l'arrêt *Carter* avait été respecté. Dans ce cas-là, les déclarations relatées en l'espèce, y compris les conversations enregistrées mettant en cause l'appellant, auraient été admissibles contre lui puisqu'elles auraient été visées à juste titre par l'exception à la règle du oui-dire concernant les coauteurs d'un complot. Les erreurs dans l'exposé du juge du procès peuvent avoir empêché, de manière injustifiée, une telle conclusion. À la première étape du critère, le jury a été effectivement mis dans l'impossibilité d'examiner des éléments de preuve qui, selon les deux parties, étaient admissibles lorsqu'il s'agissait pour le jury de déterminer s'il était convaincu qu'il y avait eu complot. Quant à la seconde étape du critère, la directive erronée quant à la norme de

cocaine beyond a reasonable doubt, even though they may have been satisfied of his involvement on the correct standard of probability. Either of these errors could have led to the appellant's acquittal. Therefore, to use the language of *Vézeau, supra*, we can say with reasonable certainty that, had the jury been properly charged, the verdict would not necessarily have been the same.

We would therefore dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Margaret Gallagher, Saint John.

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

preuve appropriée a créé la possibilité que le jury écarte la preuve présentée s'il n'était pas convaincu, hors de tout doute raisonnable, de la participation de l'appelant au projet commun de trafic de cocaïne, et ce, même s'il aurait pu en être convaincu selon la norme correcte de probabilité. L'une de ces erreurs aurait pu mener à l'acquittement de l'appelant. Par conséquent, pour reprendre les termes de l'arrêt *Vézeau*, précité, nous pouvons affirmer avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Margaret Gallagher, Saint John.

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