

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

10-11-CA

MICHAEL DAVID SOMERVILLE

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Somerville v. R., 2012 NBCA 23

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
October 7, 2010 (conviction)
November 12, 2010 (sentence)

History of Case:

Decision under appeal:
2010 NBQB 379 - Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 29, 2011

Judgment rendered:
March 1, 2012

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

MICHAEL DAVID SOMERVILLE

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Somerville c. R., 2012 NBCA 23

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 7 octobre 2010 (déclaration de culpabilité)
Le 12 novembre 2010 (détermination de la peine)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2010 NBBR 379 - Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 29 septembre 2011

Jugement rendu :
Le 1^{er} mars 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:

Michael David Somerville appeared in person

For the respondent:

David Schermbrucker

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed. The application for leave to appeal sentence is allowed, but the appeal against sentence is also dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :

Michael David Somerville a comparu en personne

Pour l'intimée :

David Schermbrucker

LA COUR

Rejette l'appel formé contre la déclaration de culpabilité, accueille la demande d'autorisation d'appeler de la peine, mais rejette également cet appel.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] On October 7, 2010, a jury found Michael David Somerville guilty of conspiracy to produce cannabis (marihuana), an offence set out in s. 465(1)(c) of the *Criminal Code*. On November 12, 2010, the trial judge sentenced him to a 12-month term of imprisonment to be served in the community, under specified conditions, and to probation for two years. The trial judge also issued ancillary orders. Mr. Somerville appeals conviction and seeks leave to appeal his sentence.

[2] Mr. Somerville defended himself at trial and represented himself on appeal. His sole ground of appeal reads as follows:

I am innocent. I never grew pot with or for anyone except for myself.

I use pot to self-medicate against the effects of psoriatic arthritic (sic). I have had this disease for 20 plus years.

The 48 plants were not mine and I still can't believe I was found guilty. [...]

[...]

[...] I told the Jury that I had been growing pot for 20 years and didn't want or need any partners. I think this and other things made the Jury think that I was a bad person and wrongfully find me guilty.

[3] In my view, this ground of appeal is devoid of merit. Mr. Somerville seems to believe that for him to be found guilty there had to be evidence the plants were actually his. However, in a charge of conspiracy to produce an illegal substance, it does not matter who has ownership or even possession of the illegal product. As to the argument regarding medicinal use, this really has no bearing on the conspiracy charge. In

any event, there was no evidence Mr. Somerville was lawfully entitled to engage in production for that purpose.

[4] Because Mr. Somerville was self-represented, we allowed him to advance further grounds at the hearing of the appeal. In the course of argument, Mr. Somerville raised a variety of other points, several of which can be summarily dismissed, as they essentially invite the Court of Appeal to re-try the case. As has been stated time and again, this is not the role of an appellate court. The factual determinations in this case were made by a jury and our review of the record reveals the verdict was reasonable. There are, however, two issues diligently identified by counsel for the Attorney General in his submission, and addressed during argument, which warrant closer scrutiny. The first relates to information given to the jury that other members of the conspiracy had already been convicted, and the second concerns the testimony of an expert witness.

II. Factual Background

[5] The indictment against Mr. Somerville charged him with having unlawfully conspired, with Allan Henry Albert, Caleb Richard Joseph Merzetti and other persons unknown, to produce cannabis (marihuana), between June 25, 2008 and February 11, 2009. The evidence at trial consisted of 18 private communications intercepted in the course of an unrelated investigation, surveillance and the results of a search executed pursuant to a warrant. Mr. Somerville did not testify but, as a self-represented accused, argued to the jury there was no conspiracy.

[6] In setting out the facts that are relevant to address the two issues counsel for the Attorney General identified as perhaps requiring appellate scrutiny, I borrow most liberally from his written submission, which contains an accurate and useful summary of the evidence led at trial.

[7] Constable Tom White, a 13½ -year veteran of the RCMP with 4½ years of experience with the Saint John Drug Section, testified he was involved in a drug trafficking investigation involving several local police forces, which began in June 2007,

and that he was the lead investigator in the file involving Mr. Somerville. One of the targets, Allan Albert, was the subject of a wiretap authorization and his telephone calls were intercepted from July to September, 2008. In the course of this investigation, calls involving a telephone subscribed to Mr. Somerville were intercepted.

[8] Constable White testified that Messrs. Somerville, Albert and Merzetti were all charged with the single count of conspiracy to produce marihuana. He identified certificates of conviction in respect of both Albert and Merzetti, each of whom had pleaded guilty to conspiracy to produce marihuana with Mr. Somerville. These certificates were admitted in evidence.

[9] Constable White testified that he had dealt with Mr. Somerville previously, was familiar with his voice and could identify him as the speaker on each of the 18 intercepted calls the Crown tendered in evidence before the jury.

[10] The intercepted calls reveal as follows:

- On July 3, 2008, Allan Albert called Mr. Somerville, and asked him, "So how long are you gonna be like I can't, I can't keep revolvin' my fuckin' time around all this shit man holy fuck. What time do ya think you're gonna call me Mike?" Mr. Somerville replied, "Soon as these fuck's are done here workin' here I'm paying them fuckin', almost two hundred an' fifty dollars an hour." Albert suggested, "...why don't ya just ah, take her to fuckin' town or whatever ya gotta do?" Later on in the call, Albert says, "I can't work in the fuckin' dark man ... are ya brain dead? Do ya not understand what we gotta fuckin' do?" Mr. Somerville replies, "[...] I'm not gonna stop them from buildin' a road, for that I'll do it in the dark myself if I have to."
- On July 11, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and (in part) Mr. Somerville said, "[...] pretty thirsty over here I was wonderin' if you'd be able to pick me up a case of beer?" Mr. Somerville later said he was, "Pretty thirsty yeah, I'm dry as a bone. Not ... dry as a bone but you know what I mean? [...] Hey man Budweiser."

- On July 22, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and (in part) asked, "When ya drive up past the garage there, don't ... go that way, go right ta the end a the pit and take a left. [...] Don't go past the garage." Albert asked, "Is buddy with ya?" and Mr. Somerville replied, "Yeah." Albert replied, "Oh man fuck." Mr. Somerville said, "I'm gonna meet ya down at the trailer there. Just let me know like about half an hour before you get here." Albert replied, " ... kinda wanted ta look at ah, your dog [...] I wanted ta look at your dogs."
- On August 2, 2008, Allan Albert called Mr. Somerville and (in part) Albert asks Mr. Somerville, "Did you ah, have you been checkin' on things? [...] When are you gonna be alone there? [...] Keep an eye on things."
- The next day, Allan Albert called Mr. Somerville and (in part) Albert said, "Who's all there just you and buddy? [...] Get him down over the hill [...] Like whatta ya gonna tell him I'm fuckin', doin' goin' there for? [...] You don't know what ta say to him see he's gonna wonder what I'm ..."
- On August 6, 2008, Allan Albert called Mr. Somerville and (in part) Albert asked who was there, and Mr. Somerville replies the girl was there, then Albert said, "The only thing is I don't know how ta turn on your fuckin' tub." Mr. Somerville said he would "fix that up [...] I'll fix that up so you'll know." Albert said, "So that I can just turn it on? [...] From outside?"
- On August 11, 2008, Allan Albert called Mr. Somerville and (in part) said, "What the fuck a ya doin' bringin' her there? [...] you don't understand if somethin' happens ... I lose all this [...] get her the fuck outta here ..."
- On August 22, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and (in part) said "There's somebody out back there with a flashlight I'm gonna go check it out right now." Albert asked Mr. Somerville if he was serious, then said, "Go, get your ... gun and go."
- On September 6, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and spoke to Caleb Merzetti on Albert's phone line. In part, Merzetti asked Mr. Somerville, "Did you give those a shake?" and Mr. Somerville replied, "I've

been shakin' rockin' and rollin' all fuckin' day ... been a ... like misty kinda fuckin' weird day."

- On September 7, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and (in part) said, "[...] little bit of mold eh." Albert asked, "Ya shake rattle and roll?" and Mr. Somerville replied, "Yeah."
- On September 8, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and (in part) Albert asked, "[...] did ya do the shake rattle and roll?" Mr. Somerville said that he did, and that "everything's not super alright but it's alright as it was before like, no where's near as bad [...] it's the same as the other day but a little bit worse." Mr. Somerville then asked when Albert might be able to come over.
- On September 9, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and (in part) said, "I found they got worse overnight though man. [...] Well I was out shake rattlin' and rollin' this mornin' right. ..." Albert and Mr. Somerville talked about three that had spots, and Mr. Somerville asked, "Should I go over, just do those three not the rest 'cause the other ones ... gettin' spots eh."
- On September 11, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and (in part) said, "I figure we lost three so far, maybe four." Mr. Somerville also told Albert not to go "out there without me though [...] just 'cause of ah, security system there."
- On September 11, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and spoke to Caleb Merzetti. Mr. Somerville asked Merzetti to tell Albert to come over, and that, "Tell him he's fuckin' hallucinatin' himself if he doesn't fuckin' come over soon." Merzetti asked if "they need a drink", and Mr. Somerville said that "they need a spray more." He added, "I mean like grey dust fell on the ground, and I saw two plants disintegrate in front a my face. And if you tell him, I'm fuckin' imaginin' things ..."
- On September 12, 2008, at 6:16 p.m., Allan Albert called an unknown male and (in part) Albert said, "...that guy there ah, fuckin' RCMP big time eh. [...] just about fuckin' drove right into our boys."

(Constable White testified that on this date the RCMP had executed a search warrant at Mr. Somerville's.)

- On September 13, 2008, Mr. Somerville called Allan Albert and spoke to Caleb Merzetti on Albert's telephone. Mr. Somerville asked for Al and said it was "Mike, from Kingston", and said to Merzetti, "Okay, listen man [...] tell him not to come out this way. [...] Everything's ... gone. [...] It was the cops ... came into my house."
- On September 13, 2008, at 5:42 p.m. an unknown male called Allan Albert's phone and spoke to Caleb Merzetti, who said "they [...] got it" and "we almost turned in and they were all there like". (Constable White testified that there had been marked police cars at Mr. Somerville's property the day before.)
- On September 13, 2008, at 7:16 p.m., an unknown male called Allan Albert's phone and spoke to Albert. Albert told the unknown male about a "very fuckin' terrible loss let's put it that way."

[11] As each of the intercepted calls was played to the jury, Crown counsel asked Cst. White to tell the jury what he thought the calls were about. Mr. Somerville objected to this and the trial judge held a brief *voir dire* in the absence of the jury. The trial judge noted the conversations had been ruled admissible, but expressed the view that the "groundwork" for Cst. White to express his opinions had not been laid. Upon resuming before the jury, Crown counsel continued to play each intercepted calls and to ask Cst. White what he thought each call meant. After the second call, the trial judge interrupted and pointed out that the Crown had not provided notice of expert witness under s. 657.3 of the *Criminal Code*. The dialogue before the jury went (in part) as follows:

THE COURT: Well, Crown, there has been no – notice expert about coded conversations.

MR. MCCRACKEN: No they're – say he – he's either able to – to give this opinion evidence as part of his – from – from his experience, Justice Grant, or – or it's not admissible. I agree.

THE COURT: Well, the – the problem is, Mr. McCracken, there wasn't a notice of expert given –

MR. MCCRACKEN: Oh no. I agree. It's –

THE COURT: – that anyone would be giving evidence –

MR. MCCRACKEN: He's not –

THE COURT: – on coded conversations.

MR. MCCRACKEN: It's lay – it's lay opinion if it's admissible at all and – and I'm relying on – on some – some case law and of course but let's – perhaps we can go through the – the intercepted calls and keep this to a minimum 'cause I'm not proposing that he be identified as an expert. I'm simply arguing that he can – he can give this kind of evidence as – because of his – his special training and experience as a lay – as a lay opinion and as you know it's a – it's a limited area but –

THE COURT: Yes.

MR. MCCRACKEN: – certainly it's available and the leading case is *Grat* [*sic*, *R. v. Graat*, [1982] 2 S.C.R. 819] but there –

THE COURT: Yes.

MR. MCCRACKEN: – are some other cases that – that follow along and –

THE COURT: And – and I think perhaps a little – a little more background on – on his experience would – would be in order before he – before he does give that – that evidence.

[Trial transcript, vol. 4, pp. 111-112]

[12] Crown counsel then elicited details of Cst. White's experience, including his time on the drug section, courses he had taken that dealt with drugs, and his experience as an undercover officer during which he had to learn drug jargon in order to pretend to be a drug dealer or user. Mr. Somerville asked two brief questions on cross-examination. The trial judge then allowed Cst. White to give his opinion, saying:

THE COURT: Well, I'm – I'm going to allow him to give his opinion based on his experience but I – at the same time I'm gonna caution the jury about coded conversations. There is an infinite number of possible codes that – that can be used and codes can vary from region to region and – and certainly from one area of the drug trade to another and while certainly Constable White has demonstrated that he has a fair bit of – of – of training and while 11 weeks may not seem a whole lot, it's – it's not in – insignificant and I think – I think he does have some background and experience to – to express an opinion but that said, I think it's – it's important that you understand that there are so many permutations and combinations of codes that – that could be in use that you – you have to be very careful about – about this evidence and – and – and make and – and – and look, I – I don't mean to say it's not reliable evidence but it's – it's evidence that you want to scrutinize very closely and – and – and be careful not to – to assess it just by itself. Make sure you assess it and – as you should all the evidence in light of the evidence – the whole of the evidence at the trial including any cross-examination on this evidence so – so I will allow it to that extent, Mr. McCracken.

[Trial transcript, vol. 4, pp. 116-117]

[13] The following example is typical of the nature of Cst. White's evidence in this regard. The transcript of a recording of an intercepted telephone call between Mr. Somerville and Mr. Albert on July 22, 2008, at 10:53 p.m. reads as follows:

ALBERT: Hello.

SOMERVILLE: Hello. What it is...

ALBERT: ()...

SOMERVILLE: When you drive ...

ALBERT: Wha'?

SOMERVILLE: When ya drive up past the garage there, don't...

ALBERT: Yeah.

SOMERVILLE: ... go that way, go right ta the end a the pit and take a left. Okay?

ALBERT: ()...

SOMERVILLE: Don't go past the garage.

ALBERT: Yeah I know () was like that last time I went out there.

SOMERVILLE: Oh okay I didn't ()...

ALBERT: Where are you up in your, up in the camp?

SOMERVILLE: Yeah.

ALBERT: Is buddy with ya?

SOMERVILLE: Yeah.

ALBERT: Oh man fuck.

SOMERVILLE: () I'm gonna meet ya down at the trailer there. Just let me know like about half an hour before you get here. ()...

ALBERT: () kind a wanted ta look at ah, your dog.

SOMERVILLE: Yeah do ().

ALBERT: I wanted ta look at your dogs.

SOMERVILLE: Yeah that's why ()...

ALBERT: Wha'?

SOMERVILLE: Gimme a call about half an hour before you get here 'cause I have to down over ...

ALBERT: ()...

SOMERVILLE: the hill and do a few things.

ALBERT: () well I'm flickin' ah, comin' right ()...

SOMERVILLE: Okay

ALBERT: ... I'm right by the golf course.

SOMERVILLE: Okay I'll see ya down there.

ALBERT: A'right bye.

SOMERVILLE: Bye.

[14] Immediately after the audio of this conversation was played to the jury, Cst. White was asked, and answered, as follows:

Q. Now from your investigative standpoint, what – what is that conversation involving?

A. Well, Mr. – Mr. Albert is – is on his way out to Mr. Somerville's property. He – he asks well he gets directions up to the property which match my observations of the property. He then asks if his buddy's with him and Somerville says, "yes" and Albert seems to think that's a problem but Somerville ensures him that he's gonna get him – he's gonna meet him down by the trailer. Albert then says he wants to look at – at your dog. He wants – and then he repeats I wanted to look at your dogs. Right after the conversation about the male being up there so to me that's a – that's a code that Mr. – Mr. Albert wants to look at or tend the marihuana plants. If – if he in fact wanted to look at the dogs, he wouldn't be worried about – about another person being up there.

[Trial transcript, vol. 4, pp. 117-118]

[15] Another example is a call on September 6, 2008, at 8:25 p.m., where (as set out above) Mr. Somerville called Allan Albert and spoke to Caleb Merzetti on Albert's phone line. In part, Merzetti asked Mr. Somerville, "Did you give those a shake?" and Somerville replied, "I've been shakin' rockin' and rollin' all fuckin' day ... been a ... like misty kinda fuckin' weird day." Constable White was asked and answered as follows:

Q. Now is there anything that you take from that call in connection with the production of marihuana?

A. Yeah, This call takes place in – on September 6th In my experience harvest – people who grow marihuana they have to harvest them in late September before it gets too cold out so they – they – but they have to harvest them at

a certain time or else they – they're – the quality is not as good but in this case on page #30 [of the transcript, Exhibit I-1], they're – they're talking about caring for the plants and Mr. Merzetti is asking Mr. Somerville if he shake – if he shook 'em – shook them and Mr. Somerville says, "I've been shaking, rocking, rolling all day" but he says it's been kind of a misty kind of day. So the shaking to me is – and as we'll see from – from future calls, they were concerned about the health of the marihuana plants. They – it would get a lot of rain during this time and the plants are – are losing – they're not as healthy as they'd like them to be so they're shaking the water off them to keep them healthy. We'll see more of that in future calls.

[Trial transcript, vol. 4, pp. 124-125]

[16] After Crown counsel introduced the intercepted calls and elicited Cst. White's opinion as to what each one meant, court recessed for the day, and the next day the trial judge gave the jury a mid-trial instruction as follows:

THE COURT: [...] Ladies and gentlemen of the jury just a couple of things I want to talk to you about before we hear any more testimony this morning to more or less explain some of the things that – that went on yesterday that you may have had some – some questions about. First of all there was – there was talk about opinion evidence and ordinarily in a trial, civil or criminal trial, nobody can give an opinion unless they be – they've been declared as an expert in a particular area. Now in – in some cases, you know, an opinion doesn't require a high level of expertise. It doesn't require a whole [lot] of training. It only requires a certain amount of life experience and so in – in some cases for limited purposes opinions can – can be given. You may have read cases in the newspaper about – I'll give an example of a murder trial for example and you read about pathologists who testify at murder trials or forensic experts to give those kinds of opinions it requires a high degree of expertise usually years of study and – and a lot [of] those cases a lot of on the job training as well but in some areas it's more a matter of on the job training so we allow opinions based on that kind of framing in certain cases as well.

[Trial transcript, vol. 5, pp. 7-8]

[17] On July 22, 2008, RCMP officers drove 4-wheelers into the road leading to Mr. Somerville's camp, noted a couple of individuals there and kept going. The officers found an outdoor marihuana grow, which was (in the words of Constable Gass) "nowhere near [Mr. Somerville's] residence" (trial transcript, vol. 5, p. 98), and later pulled up about 40 marihuana plants but laid no charges. Other evidence suggests this marihuana grow was some 2½ kilometers from the camp. Constable Gass agreed with Mr. Somerville, under cross-examination, that the police were then looking for marihuana plants belonging to Albert, not to Somerville.

[18] RCMP members followed Allan Albert and Caleb Merzetti from the Gondola Point ferry to the road leading to the gravel pit at Mr. Somerville's property on July 2, 2008, August 20, 2008, and September 8, 2008. On September 10 and 11, 2008, under the authority of a General Warrant, RCMP officers attended at Mr. Somerville's camp looking for an outdoor marihuana grow. They noted approximately 40 plants behind the camp. The police never saw Mr. Somerville, Albert or Merzetti tending to those plants.

[19] On September 12, 2008, the police executed a search warrant at the Somerville property. They found 48 marihuana plants growing in an area behind the camp. There was a foot path from the camp to the marihuana plants, along with a water hose along the path, and a big plastic water drum and a tub. The marihuana plants were some 50 to 75 feet from the camp. The 48 plants were about 4½ feet tall, they were "budded up", and it looked as though some had been exposed to frost.

[20] Mr. Somerville introduced evidence showing that the 48 plant outdoor marihuana grow was not in fact on his property, but was on adjacent property registered to his brother Gregory Somerville. No marihuana, money, or other inculpatory evidence was found at the camp.

III. Issues

[21] As stated in the introduction, there is no merit to Mr. Somerville's grounds of appeal. To the extent his grounds attack the reasonableness of the verdict, they nonetheless remain without merit. There is ample evidence to support a finding that Mr. Somerville was a member of an agreement to produce marihuana, i.e. the intercepted conversations, the plants that were found a short distance from his camp, down a trail that led from the camp, with hoses running from the camp, and considering the fact that during the time-frame of the intercepted conversations, Messrs. Albert and Merzetti were seen on several occasions driving to the camp.

[22] In my view, the only serious issue arising from the Notice of Appeal that needs to be addressed is the application for leave to appeal the sentence.

[23] However, counsel for the Attorney General, who was not counsel at trial, in a very candid and professional manner, has raised two issues for the Court's consideration. The first is whether or not the judge committed an error in law in admitting the evidence of the convictions of the alleged co-conspirators. The second relates to the testimony of Cst. White, and has two components: (1) Should Cst. White have been qualified as an expert witness despite the absence of notice; and (2) notwithstanding the notice question, was Cst. White's testimony admissible in the form it was given? The two issues counsel for the Attorney General raised raise yet another question: If the judge erred in admitting any of that evidence, can the verdict nonetheless be upheld under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*?

[24] Regarding the two issues he raised, counsel for the Attorney General concedes the trial judge erred. In his reply submission at the hearing of the appeal, Mr. Somerville seized on this and argued the appeal should therefore be allowed. I take this as a motion to amend his Notice of Appeal to add the additional issues as grounds of appeal. I would grant the motion.

[25] I agree with counsel for the Attorney General that the judge erred in admitting the evidence of the convictions of the alleged co-conspirators and the testimony of Cst. White in the form it was given. Thus, the appeal against conviction really turns on the application of the *proviso* contained in s. 686(1)(b)(iii).

IV. Analysis

[26] Given the Attorney General's position on the two issues his counsel raised, I will only address these very briefly.

A. *Conviction of the Co-Conspirators*

[27] This ground of appeal is answered by the reasons for decision Drapeau J.A. (as he then was) gave in *R. v. Paquet (R.)* (1999), 219 N.B.R. (2d) 130, [1999] N.B.J. No. 493 (C.A.) (QL):

While evidence that persons named as co-conspirators in the indictment pled guilty to the charge for which the accused stands trial appears to be admissible in England and Wales for the purpose of establishing the existence of the conspiracy alleged by the prosecution, a different rule avails in Canada. See *R. v. Allan McGowan and Paul Edward Gard*, [1999] E.W.J. No. 2829 (E.W.C.A.) for the English and Welsh positions. For the Canadian perspective, see *R. v. Dixon et al.* (1984), 16 C.C.C. (3d) 431 (B.C.C.A.), at pp. 450-51, *R. v. Lessard* (1979), 50 C.C.C. (2d) 175 (Que. C.A.), at pp. 181-82 and *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), at p. 260, leave to appeal refused [1984] 2 S.C.R. viii.

As mentioned, the jury heard evidence that several persons, other than the accused, pled guilty to the offences set out in the indictments. It was improper for the Crown to lead that evidence since it was irrelevant to the guilt of the accused and highly prejudicial. More importantly, the trial judge erred in law in allowing it to form part of the record submitted to the jury for its consideration. Moreover, any mention of the guilty pleas by alleged co-conspirators should provoke a clear and sharp instruction to the jury that it ought to disregard that evidence in arriving at its verdict.

See *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50 (C.A.), at pp. 53-54, and *R. v. Lessard, supra.* [paras. 22-23]

[28] To have proceeded other than as instructed above constitutes an error of law.

B. *Opinion Evidence*

(1) Failure to Give Notice

[29] As counsel for the Attorney General pointed out, s. 657.3(3) of the *Criminal Code* provides that a party who wishes to call a person as an expert witness shall provide notice to the other side. This requirement is stated to be “[f]or the purpose of promoting the fair, orderly and efficient presentation of the testimony of witnesses”. In the present case, Crown counsel at trial tried to elicit opinion evidence from Cst. White without qualifying him as an expert witness. In my view, the judge was correct to interrupt him and to point out that no notice of expert had been given. Clearly, Cst. White was being questioned as an expert witness to provide opinion evidence based on his training and experience. Eventually, the judge recognized his qualifications and allowed him to testify as an expert. The question is: what is the effect of the prosecution’s failure to give notice?

[30] The *Criminal Code* provides the answer to this question. Section 657.3(4) sets out the possible remedies for failure to provide notice of an expert witness: an adjournment if requested, an order for production of any material that should have accompanied the notice, and allowing the calling or recalling of any witness. Nothing in the *Criminal Code* suggests the evidence is inadmissible solely on the basis that the required notice was not given. I agree with the following statement of Rosenberg J.A. in *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, [2008] O.J. No. 3167 (QL):

In oral argument in this court, counsel for the respondent returned to s. 657.3 of the *Criminal Code*. That relatively new provision provides that, "For the purpose of promoting the fair, orderly and efficient presentation of the testimony

of witnesses", a party calling an expert witness must, at least thirty days before trial, "or within any other period fixed by the justice or judge", provide the name of the witness, a description of the witness's area of expertise and a statement of the qualifications of the proposed witness "as an expert". There is an additional obligation on Crown counsel to provide a copy of any report prepared by the witness or, if there is no report, a summary of the anticipated opinion of the expert "within a reasonable period before trial". If the prosecution has not complied with these obligations, under subsection (4) the trial judge may grant an adjournment and order compliance with the provision. Subsection (5) gives the trial judge additional powers where there has been some compliance but the other party has not been able to adequately prepare. For example, the trial judge may order further particulars or order the calling or recalling of any witness. However, s. 657.3 does not give the trial judge the power to refuse to allow the expert witness to testify. Thus, the remedy granted by the trial judge in this case was not authorized by s. 657.3. [para. 29]

[31] I also agree with the words of Stewart J. in *R. v. Henneberry*, 2009 NSSC 95, [2009] N.S.J. No. 139 (QL) aff'd 2009 NSCA 112, [2009] N.S.J. No. 524 (QL), where she held that "the remedy for failure lies in s. 657.3(4), not in holding an expert's opinion inadmissible" (para. 100).

[32] The trial judge's error in the present case, if there was one, was not in allowing Cst. White to testify as an expert witness, but rather in not pointing out to Mr. Somerville, a self-represented accused, that relief was available to him under s. 657.3(4). I express no opinion whether or not this was in fact an error because, even if it was, I would nevertheless dismiss this aspect of this ground of appeal. Mr. Somerville has not complained of any unfairness resulting from the lack of notice. Moreover, a review of the record reveals none. Evidently, Mr. Somerville had received the required disclosure and he found himself in a position to properly question Cst. White. Even in his submissions at the hearing of the appeal, Mr. Somerville made no mention of unfairness and he did not argue he would have sought an adjournment if he had been advised he was entitled to one. Thus, the purpose of s. 657.3(3), promoting the fair,

orderly and efficient presentation of the testimony of witnesses, was not compromised by the absence of notice in this case.

(2) Form of Opinion Evidence

[33] At trial, Cst. White was asked to interpret and explain each of the 18 intercepted conversations. This was not a proper approach to expert opinion evidence and ought not to have been allowed. It was not Cst. White's role to draw inferences from the conversations. This is made clear in *R. v. Fougère* (1988), 86 N.B.R. (2d) 93, [1988] N.B.J. No. 17 (C.A.) (QL), where this Court stated as follows:

In our opinion it was wrong for the trial judge to allow the police officer to give his opinion with respect to the inferences which had to be made from the conversations. An expert witness such as Corporal Bonnell is allowed to give his opinion on the meaning of words used in the illicit drug business but it is for the judge to decide whether that word should be given that meaning in the particular conversation. [para. 10]

[34] What could have been asked of Cst. White was his opinion as to the type of language used in drug trafficking transactions, how marihuana was grown, the stages of a growth operation, the activities that surround a growth operation, whether there are issues with moisture when it comes to harvest time, etc. For example, he was quite properly qualified to testify that marihuana plants tend to get damaged by water and have to be shaken, but he should not have been asked to tell the jury that "shakin' rockin' and rollin' all fuckin' day" meant that Mr. Somerville was shaking marihuana plants all day. That was an inference the jury had to draw for itself. Of course, where Cst. White testified that plants need to be shaken so as not to get water damage, it was then quite proper, and even expected, for the prosecutor to invite the jury to draw the inference that Mr. Somerville's intercepted statement meant that he had been shaking marijuana plants.

C. *Application of s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code*

[35] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* provides as follows:

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

(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[.]

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 :

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'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit[.]

[36] Recently, in *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, Rothstein J. had occasion to summarize the law regarding the application of the *provisio* contained in s. 686(1)(b)(iii):

This Court recently reviewed the principles governing the application of the curative *provisio* in *Van* [2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716]. LeBel J., writing for the majority, noted that there are two categories of errors that satisfy the requirements of s. 686(1)(b)(iii):

An error falling into the first category is an error that is harmless on its face or in its effect. The *provisio* ensures that an appellate court does not need to overturn a conviction solely on the basis of an error so trivial that it could not have caused any prejudice

to the accused, and thus could not have affected the verdict. Indeed, it would detract from society's perception of trial fairness and the proper administration of justice if errors such as these could too readily lead to an acquittal or a new trial (e.g. *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (S.C.C.), at p. 359)... . Errors might also be characterized as having a minor effect if they relate to an issue that was not central to the overall determination of guilt or innocence, or if they benefit the defence, such as by imposing a more onerous burden on the Crown (*Khan*, at para. 30). The question of whether an error or its effect is minor should be answered without reference to the strength of the other evidence presented at trial. The overriding question is whether the error on its face or in its effect was so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial, that any reasonable judge or jury could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made. [para. 35]

An appellate court can also uphold a conviction under s. 686(1)(b)(iii) in the event of an error that was not minor and that cannot be said to have caused no prejudice to the accused, if the case against the accused was so overwhelming that a reasonable and properly instructed jury would inevitably have convicted (*R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 31).

Thus, the first category of error that satisfies the requirements of the curative *proviso* is that of "minor" or "harmless" errors. In determining whether or not an error had only a minor effect, the court may look at the entirety of the case for context, but should not assess the strength of the evidence against the accused (*Van*, at paras. 35 and 37). For example, an error that appears significant in isolation may be minor because, in context, it only related to "a very minor aspect of the case that could not have had any effect on the outcome" or concerned "issues that the jury was otherwise necessarily aware of" (*Khan*, at para. 30).

By contrast, the second category consists of errors that, while serious and prejudicial, can have had no impact on the verdict because the case against the accused was overwhelming. Here, the appellate court must evaluate the strength of the other evidence to determine whether a conviction would have been inevitable even if the serious error had not been made. If a properly instructed jury

would inevitably have convicted, upholding the conviction produces no significant injustice to the accused (*Van*, at para. 36). It is also in the public interest to avoid the cost and delay of a new trial that could not realistically produce a different result (*Van*, at para. 36, citing *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46, per Binnie J.). Still, "given the difficult task for an appellate court of evaluating the strength of the Crown's case retroactively, without the benefit of hearing the witnesses' testimony and experiencing the trial as it unfolded", the high standard of invariable or inevitable conviction must be met to cure serious errors (*Van*, at para. 36, citing *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82). [paras. 91-94]

[37] Counsel for the Attorney General submits the error relating to the admission of the record of convictions of the alleged co-conspirators should fall in the category of a minor error because it was clear at trial that Mr. Somerville and the Crown disagreed only on one question: whether or not Mr. Somerville was a party to an undisputed conspiracy involving Albert and Merzetti. He argues that the certificates of conviction only helped prove the existence of that conspiracy and not whether Mr. Somerville was involved. I do not accept this argument. In my view, it is not supported by the decisions in *R. v. May*, [1984] O.J. No. 113 (C.A.) (QL), leave to appeal to S.C.C. refused [1984] 2 S.C.R. viii, [1984] S.C.C.A. No. 197 (QL) and *R. v. Faulds*, [1996] O.J. No. 3787 (C.A.) (QL), at para. 29. Both those cases involved evidence of convictions of co-conspirators, and in each case, the Ontario Court of Appeal applied the *proviso* because the evidence of guilt was so overwhelming. Although both cases were decided before Supreme Court of Canada cases that set the standard for the application of the *proviso*, I understand that, under the current test, the error would clearly have fallen into the second category. That is certainly my view.

[38] As for the scope of the opinion evidence of Cst. White, counsel for the Attorney General did not suggest it fell in the category of a minor error. It does not. One could not say that this is an error that relates to an issue that was not central to the overall determination of guilt or innocence, or that it benefited the defence. However, it bears noting that not all of Cst. White's testimony was objectionable. Interspersed with the objectionable answers was information that he was quite qualified to give and which,

as stated earlier, opened the door for the prosecutor to invite the jury to draw the very inferences Cst. White himself drew.

[39] Where there have been serious errors of law committed, the application of the *proviso* is dependent on whether or not the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In my view, it is. The evidence incontrovertibly proves a conspiracy involving Mr. Somerville and Messrs. Albert and Merzetti. There is absolutely no question the intercepted communications relate to a marihuana grow operation. Frankly, when the conversations are placed in context, as they were by other evidence adduced at trial, one does not need opinion evidence about jargon and codes to understand what is being discussed, nor does one need to know the other two accused pled guilty, in order to convict. Simply stated, on the evidence adduced at trial, there really was no plausible defence to this charge.

[40] The evidence led at trial to describe Mr. Somerville's property and the adjacent lands corresponds to what was plainly referred to in the intercepted communications. When the warrants were executed, the police found a camp, a trailer and a garage on the property. In the conversation of July 22, 2008, instructions are given that mention the garage and a meeting is arranged at the trailer. This is part of the same conversation where Mr. Albert expresses frustration that someone is with Mr. Somerville and says he wants to look at his "dogs". On the property, the police found a generator, a pressure washer, several hoses and potting buckets. They also noted a footpath leading from Mr. Somerville's camp to the location where the marihuana plants were found and water hoses running from Mr. Somerville's property along this part. This corresponds to the conversations relating to needing a "drink" or a "spray" and to the admissible evidence given by Cst. White that marihuana plants need lots of care and need to be watered in dry conditions. On this point, in the conversation of September 11, 2008, Mr. Somerville actually says he saw "two plants disintegrate", leaving little doubt about the subject of the conversation when Mr. Merzetti asked if they "need a drink" and Mr. Somerville's reply that "they need a spray more."

[41] Near the path, police also located a bathtub. This corresponds to the conversation where Mr. Albert says he does not know how to “turn on your fuckin’ tub.” The conversations also reveal concern about attending at the property when others are present and also some fear about being found out and losing the harvest, which corresponds with unobjectionable testimony of Cst. White to the effect that, in the drug trade, there is a constant worry about being found out or about losing the harvest. The several conversations relating to “shakin’ rockin’ and rollin’” or there being “spots” or having “lost three so far, maybe four” correspond to admissible testimony that, as one gets close to harvest, the plants have to be carefully attended to and excess water must be removed because plants of this type are “finicky”. Near the plants, the police found a trip wire attached to a can of some type, an obviously crude security system, which corresponds to the conversation on September 11, 2008, in which Mr. Somerville called Mr. Albert and told him not to go there without him because of the “security system there”.

[42] The rest of the conversations speak for themselves, such as Mr. Somerville informing Mr. Merzetti on Mr. Albert’s phone that “everything’s gone ... It was the cops came to my house” the day following the execution of the search warrant. Besides the conversations, there was evidence that when Messrs. Albert and Merzetti were arrested, police found equipment commonly used to grow marihuana and 40 small plants described as clones that would be getting ready for outdoor transplant in the spring.

[43] When I assess the strength of the evidence, I come to the conclusion that a conviction would have been inevitable even if the serious errors had not been made. In my view, a properly instructed jury would inevitably have convicted. Therefore, upholding the conviction does not lead to an injustice for Mr. Somerville.

D. *Sentence Appeal*

[44] As for the application for leave to appeal the sentence, I would grant leave to appeal but dismiss the appeal. In my respectful view, there was an error in principle in the sentencing judge’s decision. The judge lists as an aggravating factor the fact

Mr. Somerville “persisted in going through a trial though he admitted, both in his pre-sentence report and during the trial, that he and [one of the co-conspirators] were growing marihuana at his camp.” While a plea of guilty can, in some circumstances, be considered a mitigating factor, a plea that otherwise stands on the presumption of innocence is not an aggravating factor: *Nash v. R.*, 2009 NBCA 7, 340 N.B.R. (2d) 320, leave to appeal dismissed [2009] S.C.C.A. No. 131 (QL).

[45] When a court of appeal finds a sentence to have been the product of an error in principle, it then falls on that court to impose the sentence it considers fit in the circumstances. In the present case, the trial judge acceded to Mr. Somerville’s request for a conditional sentence and the Attorney General has not cross-appealed. In the circumstances, we would not interfere with the sentence imposed, despite the trial judge’s error in principle. If anything, the sentence is on the lenient end of the spectrum.

V. Disposition

[46] For these reasons, the appeal against conviction is dismissed. The application for leave to appeal sentence is allowed but the appeal against sentence is also dismissed.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 7 octobre 2010, un jury a déclaré Michael David Somerville coupable de complot de production de cannabis (marihuana), infraction décrite à l'al. 465(1)e) du *Code criminel*. Le 12 novembre 2010, le juge du procès a condamné M. Somerville à une peine de prison de douze mois à purger au sein de la collectivité, aux conditions prescrites, et lui a imposé une probation de deux ans. Le juge a également prononcé des ordonnances accessoires. M. Somerville interjette appel de sa déclaration de culpabilité et demande l'autorisation d'appeler de la peine.

[2] Michael David Somerville s'est chargé de sa propre défense au procès et s'est représenté lui-même en appel. Son unique moyen d'appel est formulé comme suit :

[TRADUCTION]

Je suis innocent. Je n'ai fait la culture de mari avec personne, et je ne l'ai faite pour personne d'autre que moi-même.

Je prends de la mari par automédication, pour contrer les effets de la polyarthrite psoriasique dont je souffre depuis plus de vingt ans.

Les quarante-huit plantes ne m'appartenaient pas et je n'en reviens toujours pas d'avoir été déclaré coupable. [...]

[...]

[J']ai dit au jury que je cultivais de la mari depuis vingt ans et que je n'avais rien à faire d'associés. Je pense que ces remarques, entre autres, ont amené le jury à penser que j'étais une mauvaise personne et à me déclarer, à tort, coupable.

[3] À mon sens, ce moyen d'appel est sans fondement. M. Somerville semble croire qu'il ne pouvait être déclaré coupable sans une preuve qui aurait établi que les

plantes lui appartenait. Or, lorsqu'une accusation de complot de production d'une substance illégale est portée, savoir à qui appartenait le produit illégal, ou même qui en avait possession, est sans importance. Quant à l'argument d'usage médical, il n'a pas sa place face à une accusation de complot. Quoiqu'il en soit, rien dans la preuve n'indiquait que M. Somerville était en droit de se livrer à une production licite à cet usage.

[4] Parce que M. Somerville se représentait lui-même, nous lui avons permis d'avancer de nouveaux moyens lors de l'audition de l'appel. Il a donc soulevé divers autres points au cours du débat, dont quelques-uns peuvent être écartés d'emblée parce qu'ils invitent essentiellement la Cour d'appel à juger l'affaire de nouveau. Il a été déclaré à maintes reprises que le rôle d'un tribunal d'appel n'est pas de juger de nouveau. En l'espèce, les faits ont été pesés par un jury et il nous apparaît, à l'examen du dossier, que le verdict était raisonnable. Le substitut du procureur général a toutefois diligemment relevé dans son mémoire, et abordé au débat, deux questions sur lesquelles il conviendra de nous pencher de plus près. La première est celle de la mention, faite au jury, de la condamnation d'autres parties au complot, tandis que la seconde porte sur le témoignage d'un expert.

II. Les faits

[5] L'acte d'accusation inculpait M. Somerville d'avoir comploté illégalement avec Allan Henry Albert, Caleb Richard Joseph Merzetti et d'autres personnes inconnues de produire du cannabis (marihuana), entre le 25 juin 2008 et le 11 février 2009. La preuve présentée au procès se composait de dix-huit communications privées interceptées dans le cadre d'une autre enquête, de rapports de surveillance et des résultats d'une perquisition autorisée par un mandat. M. Somerville n'a pas témoigné, mais, comme il se représentait lui-même, il a soutenu devant le jury qu'il n'y avait pas eu complot.

[6] L'exposé ci-après des faits pertinents, prélude à l'étude des deux questions dont le substitut du procureur général a indiqué qu'elles méritaient peut-être l'attention de notre Cour, puise très largement dans les observations écrites du substitut, qui résument exactement et utilement la preuve présentée au procès.

[7] Le gendarme Tom White, qui a treize ans et demi de service à la GRC, dont quatre ans et demi à la Section antidrogue de Saint John, a témoigné qu'il avait participé à une enquête sur le trafic de drogue, réunissant plusieurs corps policiers de la région, qui avait débuté en juin 2007. Il était l'enquêteur responsable du dossier impliquant M. Somerville. Une autorisation d'écoute électronique avait été obtenue à l'endroit d'Allan Albert, l'une des cibles d'enquête, et ses appels téléphoniques ont été interceptés de juillet à septembre 2008. Dans le cadre de cette enquête, des communications ont été interceptées entre le téléphone de M. Albert et le numéro auquel était abonné M. Somerville.

[8] Le gendarme White a témoigné que MM. Somerville, Albert et Merzetti devaient chacun répondre d'un chef de complot de production de marijuana. Il a attesté que les certificats de déclaration de culpabilité qu'on lui présentait étaient ceux de MM. Albert et Merzetti, qui s'étaient l'un et l'autre reconnus coupables de complot de production de marijuana avec M. Somerville. Ces certificats ont été admis en preuve.

[9] Le gendarme White a témoigné, en outre, qu'il avait eu affaire à M. Somerville par le passé, qu'il connaissait bien sa voix et qu'il pouvait identifier M. Somerville comme l'un des interlocuteurs de chacune des dix-huit communications interceptées, et présentées en preuve devant le jury par le ministère public.

[10] Les communications interceptées ont révélé ce qui suit :

- Le 3 juillet 2008, Allan Albert a appelé M. Somerville et lui a posé la questions suivante : [TRADUCTION] « Fait que, ça va te prendre combien de temps? J'peux pas... c'te patente peut pas me prendre tout mon hostie d'temps, ciboire. À quelle heure tu penses m'appeler, Mike? » M. Somerville a répondu : [TRADUCTION] « Aussitôt que ces fuckers-là ont fini de travailler ici. J'les paye quasiment deux cent cinquante piastres de l'heure, hostie. » M. Albert lui a suggéré ce qui suit : [TRADUCTION] « [P]ourquoi pas, heu... simplement t'en occuper hostie? Faire ce que t'as à faire? » Plus tard, au cours du même appel, M. Albert a ajouté : [TRADUCTION] « Heille, j'peux pas travailler dans le noir, sacrement... es-tu cave? Fuck, tu comprends pas

ce qu'il faut qu'on fasse? » M. Somerville répond : [TRADUCTION] « [J]'les arrêterai pas de construire un chemin. Pour ça, m'a le faire moi-même dans le noir si y faut. »

- Le 11 juillet 2008, M. Somerville a appelé Allan Albert et lui a dit (entre autres) : [TRADUCTION] « [P]as mal soif ici, j'me demandais si tu pourrais passer me prendre une caisse de bière? » Il a ajouté : [TRADUCTION] « Pas mal soif, ouais, la gorge sèche. Pas... la gorge sèche, tu comprends ce que j'veux dire? [...] D'la Budweiser mon homme. »
- Le 22 juillet 2008, M. Somerville a appelé Allan Albert et lui a indiqué (entre autres) ce qui suit : [TRADUCTION] « Arrivé au garage, là, va... va-t-en pas par là, prend à droite jusqu'au bout de la carrière, et tourne à gauche. [...] Dépasse pas le garage. » M. Albert lui a demandé : [TRADUCTION] « L'ami est avec toi? », ce à quoi M. Somerville a répondu : « Ouais. » Albert a répliqué : [TRADUCTION] « Ah, fuck. » M. Somerville a poursuivi : [TRADUCTION] « M'en va te rencontrer à la remorque, là. Laisse-moi savoir, O.K., une demi-heure avant d'arriver. » Albert a répondu : [TRADUCTION] « [J]'avais comme envie d'jeter un œil sur, heu... ton chien [...] J'voulais voir tes chiens. »
- Le 2 août 2008, Allan Albert a appelé M. Somerville. Il lui a adressé (entre autres) les propos suivants : [TRADUCTION] « T'as, heu... tu jettes un coup d'œil sur les affaires? [...] Quand est-ce que tu vas être tout seul là-bas? [...] Surveillance bien les affaires. »
- Le lendemain, Allan Albert a appelé M. Somerville et lui a demandé (entre autres) qui se trouvait avec lui : [TRADUCTION] « Qui c'est qui est là? Toi pis l'ami seulement? [...] Envoie-le en bas du coteau. [...] Ben, comment tu vas lui expliquer c'que j'fais là? [...] Tu sais pas quoi lui dire, vois-tu, il va se demander ce que je... »
- Le 6 août 2008, Allan Albert a appelé M. Somerville et lui a demandé (entre autres) qui était là. M. Somerville a répondu que la fille était là. M. Albert a ajouté : [TRADUCTION] « La seule chose, c'est que j'sais pas comment faire marcher ton hostie d'bain. »

M. Somerville lui a assuré qu'il y verrait : [TRADUCTION] « [M'a] tout arranger ça [...] M'a arranger ça pour que tu comprennes. » Et M. Albert a répondu : [TRADUCTION] « Pour que j'aie qu'à l'faire partir? [...] de l'extérieur? »

- Le 11 août 2008, Allan Albert a appelé M. Somerville et lui a dit (entre autres) : [TRADUCTION] « Veux-tu ben m'dire, hostie, pourquoi tu l'emmènes là, elle? [...] Tu comprends pas, si que'que chose arrive... je perds tout [...] Sors-moi-la de là au plus sacrant. »
- Le 22 août 2008, M. Somerville a téléphoné à Allan Albert et lui a dit (entre autres) : [TRADUCTION] « Y a quelqu'un derrière, avec une lampe de poche. M'a aller voir tout d'suite ». M. Albert lui a demandé s'il était sérieux, et il a ajouté : [TRADUCTION] « Vas-y, prends ton... ton fusil et vas-y. »
- Le 6 septembre 2008, M. Somerville a appelé Allan Albert. Il s'est entretenu, sur la ligne téléphonique de M. Albert, avec Caleb Merzetti, qui lui a notamment posé la question suivante : [TRADUCTION] « Es-tu allé les secouer? », ce à quoi M. Somerville a répondu : [TRADUCTION] « Je les ai secouées, ç'a gigué toute la maudite journée... ç'a été une... une journée comme brumeuse, pis mauditemment bizarre. »
- Le 7 septembre 2008, M. Somerville a appelé Allan Albert et lui a fait part (entre autres) de ce qui suit : [TRADUCTION] « [U]n peu de moisissure, hein. » M. Albert lui a demandé : [TRADUCTION] « Ç'a gigué? », et M. Somerville lui a répondu : [TRADUCTION] « Ouais. »
- Le 8 septembre 2008, M. Somerville a téléphoné à Allan Albert. M. Albert lui a (entre autres) posé la question suivante : [TRADUCTION] « [Ç]a dansé la gigue? » M. Somerville lui a répondu que oui et que [TRADUCTION] « tout est pas super bien, mais c'est bien, comme avant, jamais aussi pire [...] c'est comme l'autre jour, mais pire un peu. » M. Somerville s'est ensuite enquis du moment où M. Albert pourrait passer le voir.
- Le 9 septembre 2008, M. Somerville a appelé Allan Albert et lui a dit (entre autres) : [TRADUCTION] « Je

m'suis aperçu, par contre, qu'elles avaient empiré c'te nuit. [...] Ben, j'étais sorti m'ner la gigue c'matin. » MM. Albert et Somerville ont discuté de taches sur trois d'entre elles, et M. Somerville lui a demandé : [TRADUCTION] « Faudrait que j'y aille? Faire ces trois-là, pas le reste, parce que les autres... des taches apparaissent, hein. »

- Le 11 septembre 2008, M. Somerville a téléphoné à Allan Albert et lui a (entre autres) appris ce qui suit : [TRADUCTION] « Je calcule qu'on en a perdu trois jusqu'à maintenant, peut-être quatre. » Il a également prévenu M. Albert : [TRADUCTION] « [Ne va pas] là-bas sans moi, par contre [...] c'est juste que, heu... système de sécurité là-bas. »
- Le 11 septembre 2008, M. Somerville a appelé Allan Albert et s'est entretenu avec Caleb Merzetti, à qui il a demandé de dire à M. Albert qu'il voulait le voir et de lui faire ce message : [TRADUCTION] : « Dis-y qu'il hallucine lui-même, fuck, s'il passe pas me voir dans pas longtemps. » M. Merzetti lui a demandé s'il leur fallait [TRADUCTION] « quelque chose à boire » et M. Somerville lui a répondu : [TRADUCTION] « Faudrait plutôt une pulvérisation. » Il a ajouté : [TRADUCTION] « J'veux dire, une poussière grise est tombée par terre, et j'ai vu deux plantes se désintégrer en avant de moi. Et si tu lui dis c'est ma maudite imagination... ».
- Le 12 septembre 2008, à 18 h 16, Allan Albert a téléphoné à un inconnu. Il lui a dit (entre autres) : [TRADUCTION] « [L]e gars, là, heu... la grosse GRC hostie. [...] Quasiment rentré en char dans nos gars. » (Le gendarme White a témoigné que, ce jour-là, la GRC avait exécuté un mandat de perquisition chez M. Somerville.)
- Le 13 septembre 2008, M. Somerville a appelé Allan Albert et s'est entretenu avec Caleb Merzetti, qui avait pris le téléphone de M. Albert. Il a demandé Al, de la part de [TRADUCTION] « Mike, de Kingston ». Il a dit à M. Merzetti : [TRADUCTION] « OK, écoute, [...] dis-y de pas venir par ici. [...] Tout est... disparu. [...] C'était la police... sont venus à la maison. »

- Le 13 septembre 2008, à 17 h 42, Caleb Merzetti a reçu un appel téléphonique d'un inconnu, au téléphone d'Allan Albert. Il lui a fait part de ce qui suit : [TRADUCTION] « Ils [...] l'ont » et [TRADUCTION] « on a presque tourné dans l'entrée et y étaient tous là ». (Le gendarme White a témoigné que des voitures de police identifiées s'étaient trouvées chez M. Somerville la veille.)
- Le 13 septembre 2008, à 19 h 16, Allan Albert a reçu un appel d'un inconnu avec qui il a conversé. Il a parlé d'une perte à cet inconnu : [TRADUCTION] « [P]erte très mauditement lourde, mettons. »

[11] À mesure que le jury entendait les appels interceptés, l'avocat du ministère public demandait au gendarme White d'indiquer ce sur quoi portait, selon lui, chacun de ces appels. M. Somerville s'y est opposé et le juge du procès a tenu un bref voir-dire en l'absence des jurés. Le juge a fait remarquer que les conversations avaient été déclarées admissibles, mais il a indiqué que le ministère public n'avait pas « préparé le terrain » à l'expression d'opinions par le gendarme White. À la reprise de l'audience en présence des jurés, l'avocat du ministère public a continué à faire entendre les appels interceptés et à demander au gendarme White quel était, à son avis, le sens de chacun. Le deuxième appel entendu, le juge du procès est intervenu et a signalé que le ministère public n'avait pas donné le préavis de témoignage d'expert que prévoit l'art. 657.3 du *Code criminel*. Il en a résulté (en partie) les échanges suivants devant le jury :

[TRADUCTION]

LA COUR : Je ferai remarquer au ministère public qu'il n'y a pas eu... préavis de la convocation d'un expert, en ce qui concerne les conversations codées.

M^e McCracken : Non, elles sont... disons qu'il... soit qu'il est admis à... à donner un témoignage d'opinion dans le cadre de son... fondé sur... fondé sur son expérience, Monsieur le juge Grant, soit... soit que le témoignage est inadmissible. Je suis d'accord.

LA COUR : C'est que, le... le problème, M^e McCracken, vient de l'absence de préavis de convocation d'un expert...

M^e McCracken : Oh, non, j'en conviens. C'est...

LA COUR : ...qui aurait indiqué que quelqu'un allait témoigner...

M^e McCracken: Il n'est pas...

LA COUR : ...sur des conversations codées.

M^e McCracken : C'est une opinion de... une opinion de profane, si tant est qu'elle soit admissible, et... et je m'appuie sur... sur des... des précédents, et bien sûr... mais entendons... peut-être pourrions-nous entendre les... l'ensemble des appels interceptés et nous en tenir au minimum, car je ne compte pas demander qu'il soit déclaré expert. Je soutiens tout simplement qu'il peut... qu'il peut présenter un témoignage de ce genre, à titre de... étant donné sa... étant donné sa formation et son expérience particulières, en tant qu'opinion... qu'opinion de profane et, vous le savez, le... le champ en est limité mais...

LA COUR : Oui.

M^e McCracken: ...la présentation de ces témoignages est possible. L'arrêt de principe est *Graat* [*Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819], mais il y a...

LA COUR : Oui.

M^e McCracken: ...d'autres précédents qui... qui vont dans le même sens et...

LA COUR : Et... et je pense que, peut-être, quelques... quelques précisions sur son... son expérience sont... sont de mise, avant qu'il... avant qu'il ne donne ce... ce témoignage.
[Transcription du procès, vol. 4, p. 111 et 112]

[12] Les questions de l'avocat du ministère public ont alors apporté des détails sur l'expérience du gendarme White, dont ses années à la Section antidrogue, sur les cours qu'il avait suivis en matière de drogue et sur son travail d'agent d'infiltration, qui avait nécessité, afin qu'il pût passer pour un revendeur ou un usager, l'apprentissage du jargon de la drogue. Au contre-interrogatoire, M. Somerville a posé deux brèves questions. Le juge du procès a permis au gendarme White de donner son opinion et il a motivé ainsi sa décision :

[TRADUCTION]

LA COUR : Bon, je... je vais lui permettre de formuler des opinions, d'après son expérience, mais je... je vais aussi mettre en garde le jury contre les conversations codées. Des codes en nombre infini peuvent... peuvent être employés et les codes peuvent varier d'une région à l'autre et... et certainement d'un secteur du trafic de drogue à l'autre et, quoique le gendarme White ait sans nul doute montré qu'il a une assez... une assez bonne formation et quoique onze semaines puissent ne pas sembler beaucoup, ce n'est... n'est pas né... négligeable non plus et je pense... je pense qu'il a bel et bien des antécédents et une expérience qui l'autorisent à... à exprimer une opinion. Cela dit, je pense qu'il importe que... que vous compreniez que des permutations et des combinaisons de codes si nombreuses peuvent... peuvent être employées que vous... vous devez demeurer très prudents face à... face à cette preuve et... et... et faire et... et... et écoutez, je... je ne dis pas que ce n'est pas une preuve fiable, mais c'est... c'est une preuve que vous devez examiner de très près et... et... et vous garder de... d'évaluer isolément. Voyez à l'évaluer et... comme pour tout élément de preuve, à la lumière de la preuve... de l'ensemble de la preuve présentée au procès, y compris de la preuve issue d'un éventuel contre-interrogatoire. J'en... j'en permettrai donc la présentation dans cette mesure, M^c McCracken.

[Transcription du procès, vol. 4, p. 116 et 117]

[13] Il est utile de donner un exemple du témoignage du gendarme White, qui illustrera la nature de sa preuve. Je cite d'abord la transcription de l'enregistrement d'un appel téléphonique intercepté le 22 juillet 2008, à 22 h 53, entre MM. Somerville et Albert :

[TRADUCTION]

ALBERT : Allo.

SOMERVILLE : Allo. Écoute un peu...

ALBERT : ...

SOMERVILLE : Quand tu viens en auto...

ALBERT : Quoi?

SOMERVILLE : Arrivé au garage, là, va...

ALBERT : Ouais.

SOMERVILLE : ...va-t-en pas par là, prend à droite jusqu'au bout de la carrière, et tourne à gauche. O.K.?

ALBERT : ...

SOMERVILLE : Dépasse pas le garage.

ALBERT : Ouais, j'sais... c'était d'même la dernière fois que j'suis allé.

SOMERVILLE : Oh, O.K., j'savais pas.

ALBERT : T'es où, en haut dans ton... au camp?

SOMERVILLE : Ouais.

ALBERT : L'ami est avec toi?

SOMERVILLE : Ouais.

ALBERT : Ah, fuck.

SOMERVILLE : ...m'en va te rencontrer à la remorque, là. Laisse-moi savoir, O.K., une demi-heure avant d'arriver.

ALBERT : ...j'avais comme envie d'jeter un œil sur, heu... ton chien.

SOMERVILLE : Ouais, viens.

ALBERT : J'voulais voir tes chiens.

SOMERVILLE : Ouais, c'est pour ça...

ALBERT : Quoi?

SOMERVILLE : Appelle-moi une demi-heure à peu près avant d'arriver, parce qu'i faut que j'descende...

ALBERT : ...

SOMERVILLE : ... faire quelques affaires.

ALBERT : bon, je déc... heu... m'en viens, O.K.?

SOMERVILLE : O.K.

ALBERT : ... j'suis juste à côté du terrain de golf.

SOMERVILLE : O.K., j'te vois là-bas.

ALBERT : D'accord, bye.

SOMERVILLE : Bye.

[14] La question ci-dessous, posée au gendarme White, et la réponse qu'il a donnée ont immédiatement suivi la présentation au jury de l'enregistrement de cette conversation :

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, de votre point de vue d'enquêteur, de quoi... de quoi est-il question dans cette conversation?

R. Bien, Monsieur... M. Albert doit se rendre... se rendre chez M. Somerville. Il... il demande... bien, le chemin à prendre pour s'y rendre lui est indiqué, indications qui s'accordent avec mes observations de la propriété. Il lui demande ensuite si son ami est avec lui, et Somerville répond que oui. Albert semble y voir un problème, mais Somerville l'assure qu'il va aller le chercher... qu'il ira le rencontrer à la remorque. Albert dit ensuite qu'il veut jeter un œil sur... sur son chien. Il veut... il répète ensuite qu'il veut voir ses chiens, tout de suite après avoir discuté de l'homme qui est avec lui, donc pour moi c'est un... c'est un code qui signifie que Monsieur... M. Albert veut voir le cannabis ou soigner les plantes. Si... s'il avait vraiment voulu voir les chiens, il ne se serait pas inquiété de.. de la présence de quelqu'un d'autre là-bas.

[Transcription du procès, vol. 4, p. 117 et 118]

[15] Un autre exemple nous est donné par le témoignage du gendarme White sur un appel du 6 septembre 2008, 20 h 25. Comme nous l'avons vu, M. Somerville a appelé Allan Albert et s'est entretenu, sur la ligne téléphonique de M. Albert, avec Caleb Merzetti, qui lui a notamment posé la question suivante : [TRADUCTION] « Es-tu allé les secouer? », ce à quoi M. Somerville a répondu : [TRADUCTION] « «Je les ai secouées, ç'a gigué toute la maudite journée... c'a été une... une journée comme

brumeuse, pis mauditement bizarre. » Interrogé sur le sens de cet échange, le gendarme a répondu :

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, dégagez-vous quelque chose de cet appel, en ce qui concerne la production de marihuana?

R. Ouais, l'appel date de... du 6 septembre. Par expérience, je sais que la récolte... les gens qui cultivent le cannabis, ils doivent le récolter fin septembre, avant qu'il fasse trop froid, ce qui fait qu'ils... ils... mais, ils doivent le récolter à un certain moment, sinon ils... ils... la qualité n'est pas aussi bonne. Mais ici, à la page 30 [de la transcription, pièce I-1], ils... ils parlent de soigner les plantes et M. Merzetti demande à M. Somerville s'il secoue... s'il les a secouées... les a secouées et M. Somerville dit : [TRADUCTION] « Je les ai secouées, ç'a gigué toute la journée », mais il mentionne que la journée a été, comme brumeuse. Ainsi, secouer, pour moi, c'est... et comme on va le voir dans... dans les appels futurs, ils s'inquiétaient de la santé du cannabis. Elles... les plantes recevaient beaucoup de pluie à ce moment-là et elles sont... elles perdent... ne vont pas aussi bien qu'ils l'auraient voulu, et en fait ils les secouent pour enlever l'eau et les maintenir en santé. On le verra encore dans des appels futurs.

[Transcription du procès, vol. 4, p. 124 et 125]

[16] Après que l'avocat du ministère public eut présenté les appels interceptés et obtenu du gendarme White son opinion sur ce que chacun d'eux signifiait, la Cour a suspendu la séance. Le lendemain, le juge du procès a donné au jury des directives de mi-procès :

[TRADUCTION]

LA COUR : [M]esdames et Messieurs les jurés, je voudrais seulement revenir avec vous sur deux ou trois choses, avant de reprendre l'instruction de la cause ce matin, histoire d'expliquer plus ou moins certaines des choses qui se sont... se sont produites hier et sur quoi vous pourriez vous... vous interroger. Premièrement, il a été... il a été question de témoignage d'opinion et normalement, dans un procès, tant civil que pénal, personne ne peut donner d'opinion à moins qu'il ne soit... qu'il n'ait été déclaré expert dans le domaine en question. Maintenant, dans... dans certains cas, vous savez, la formulation d'une

opinion ne nécessite pas une très grande expertise. Elle ne nécessite pas une immense formation. Elle ne nécessite qu'une certaine expérience de vie, ce qui fait que... que, dans certains cas, à des fins précises, une opinion peut... peut être donnée. Peut-être avez-vous lu des articles de journaux traitant d'affaires de... prenons un procès pour meurtre, par exemple. Vous lisez quelque chose sur les experts légistes, ou sur les pathologistes qui témoignent lors de procès pour meurtre. Pour donner les opinions qu'ils expriment, il faut une expertise avancée, des années d'études, en temps normal, et... et dans beaucoup [de] cas une longue formation en cours d'emploi. Par contre, dans certains domaines, la formation en cours d'emploi compte plus, et nous permettons parfois que des opinions soient données sur la base de connaissances de ce genre.

[Transcription du procès, vol. 5, p. 7 et 8]

[17] Le 22 juillet 2008, des agents de la GRC ont emprunté en véhicules tout terrain à quatre roues le chemin menant au camp de M. Somerville, ont aperçu deux ou trois personnes là-bas et ont poursuivi leur route. Ils ont découvert plus loin une plantation de cannabis qui (pour reprendre les propres mots du gendarme Gass) [TRADUCTION] « [ne se trouvait] pas du tout près de [la] résidence [de M. Somerville] » (transcription du procès, vol. 5, p. 98). Les agents ont arraché une quarantaine de plantes de cannabis, mais n'ont pas porté d'accusation. D'autres éléments de preuve donnent à penser que cette plantation de cannabis se trouvait à quelque deux kilomètres et demi du camp. Le gendarme Gass a convenu que, comme le lui faisait valoir M. Somerville lors du contre-interrogatoire, la police ne cherchait pas à ce moment-là une plantation de cannabis lui appartenant, mais appartenant à M. Albert.

[18] Des membres de la GRC ont suivi Allan Albert et Caleb Merzetti depuis l'embarcadère du traversier de Gondola Point jusqu'au chemin qui mène à la gravière du bien de M. Somerville les 2 juillet, 20 août et 8 septembre 2008. Les 10 et 11 septembre 2008, en vertu d'un mandat général, des agents de la GRC se sont présentés au camp de M. Somerville à la recherche d'une plantation de cannabis. Ils ont repéré une quarantaine de plantes derrière le camp. La police n'a jamais vu MM. Somerville, Albert ou Merzetti soigner ces plantes.

[19] Le 12 septembre 2008, la police a exécuté un mandat de perquisition chez M. Somerville. Elle a trouvé quarante-huit plantes de cannabis derrière le camp, dans une clairière. Les agents ont vu qu'un sentier conduisait du camp à la plantation, qu'un tuyau d'arrosage longeait le sentier, et ils ont noté la présence d'un grand baril d'eau en plastique et d'une baignoire. Une distance de cinquante à soixante-quinze pieds séparait la plantation de cannabis et le camp. Les quarante-huit plantes avaient quatre pieds et demi de hauteur environ, avaient bourgeonné et semblaient, dans certains cas, avoir été exposées au gel.

[20] Des éléments de preuve présentés par M. Somerville ont montré que les quarante-huit plantes de cannabis, de fait, ne se trouvaient pas sur son bien, mais sur le bien attenant de son frère, Gregory Somerville. Ni marijuana, ni argent, ni autre preuve inculpatoire n'ont été trouvés au camp.

III. Questions en litige

[21] Comme l'indiquaient les présents motifs en introduction, les moyens d'appel de M. Somerville sont sans fondement. Et quoique ses moyens contestent ensuite que le verdict soit raisonnable, ils demeurent sans fondement sur ce point. Une preuve abondante – c'est-à-dire les conversations interceptées et les plantes découvertes non loin de son camp, au bout d'un sentier qui, comme les boyaux qui le longeaient, partait du camp – autorise à conclure que M. Somerville était partie à un accord de production de marijuana, compte tenu en outre du fait que, pendant la période au cours de laquelle les communications ont été interceptées, on a vu plusieurs fois MM. Albert et Merzetti se rendre au camp en voiture.

[22] Il m'apparaît que la seule question qui se pose véritablement d'après l'avis d'appel, et sur laquelle notre Cour doit se pencher, est celle de la réponse à donner à la demande d'autorisation d'appeler de la peine.

[23] Toutefois, le substitut du procureur général, qui n'occupait pas au procès, a appelé l'attention de la Cour, par une honnêteté et un professionnalisme exemplaires,

sur deux questions. La première est celle de savoir si le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a admis la preuve des déclarations de culpabilité des présumés coconspirateurs. La seconde porte sur le témoignage du gendarme White et a deux volets : (1) aurait-il fallu reconnaître au gendarme White la qualité de témoin expert, en dépit de l'absence de préavis? (2) Abstraction faite du préavis, le témoignage du gendarme White était-il admissible sous la forme qu'il a prise? Les deux questions que le substitut du procureur général a soulevées en soulèvent une troisième : s'il était erroné, de la part du juge, d'admettre l'un quelconque de ces éléments de preuve, le verdict peut-il néanmoins être maintenu en vertu du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*?

[24] En ce qui concerne les deux questions qu'il a soulevées, le substitut du procureur général concède que le juge du procès a fait erreur. M. Somerville, dans la réplique qu'il a donnée lors de l'audition de l'appel, a argué de cette concession que son appel devrait donc être accueilli. Je tiens la réplique de M. Somerville pour une motion en modification de son avis d'appel visant à faire ajouter à ses moyens les erreurs évoquées par le substitut. Je suis d'avis d'accueillir la motion.

[25] Comme le substitut du procureur général, j'estime que le juge a fait erreur lorsqu'il a admis la preuve des déclarations de culpabilité des coconspirateurs présumés et le témoignage du gendarme White sous la forme qu'il a prise. Il s'ensuit que le succès ou non de l'appel interjeté de la déclaration de culpabilité dépend réellement de l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii).

IV. Analyse

[26] Étant donné le point de vue du procureur général sur les deux questions soulevées par son substitut, je ne m'y arrêterai que très brièvement.

A. *Déclarations de culpabilité des coconspirateurs*

[27] Les motifs donnés par le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans *R. c. Paquet (R.) et al.* (1999), 219 R.N.-B. (2^e) 130, [1999] A.N.-B. n^o 493 (C.A.) (QL), apportent une réponse à ce moyen d'appel :

[TRADUCTION]

Bien que la preuve que des personnes nommément désignées comme coconspirateurs ont plaidé coupables à l'accusation dont doit répondre l'accusé au procès semble être admissible en Angleterre et au Pays de Galles pour établir l'existence du complot dont fait état la poursuite, une règle différente s'applique au Canada. Voir *R. c. Allan McGowan and Paul Edward Gard*, [1999] E.W.J. No. 2829 (C.A. Angl. et Galles) pour les positions qui s'appliquent en Angleterre et au Pays de Galles. En ce qui concerne la perspective canadienne, voir *R. c. Dixon et al.* (1984), 16 C.C.C. (3d) 431 (C.A.C.-B.), aux pages 450 et 451, *R. c. Lessard* (1979), 50 C.C.C. (2d) 175 (C.A.Q.), aux pages 181 et 182, et *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), à la page 260, autorisation de pourvoi refusée [1984] 2 R.C.S. viii.

Comme nous l'avons vu, le jury a entendu des témoignages selon lesquels plusieurs personnes autres que les accusés avaient plaidé coupables à l'égard des infractions énoncées dans les actes d'accusation. La Couronne n'a pas agi à bon droit en présentant cette preuve parce qu'elle n'était pas pertinente à l'égard de la culpabilité des accusés et qu'elle était extrêmement préjudiciable. Mais surtout, la juge du procès a commis une erreur de droit en permettant que cette preuve fasse partie du dossier soumis à l'examen du jury. En outre, toute mention de plaidoyers de culpabilité inscrits par des prétendus coconspirateurs devrait donner lieu à une directive claire et précise au jury de ne pas tenir compte de cette preuve pour arriver à son verdict. Voir *R. c. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50 (C.A.), aux pages 53 et 54, et *R. c. Lessard*, précité. [Par. 22 et 23.]

[28] Déroger aux directives précitées était une erreur de droit.

B. *Témoignage d'opinion*

(1) Défaut de donner un préavis

[29] Comme l'a rappelé le substitut du procureur général, le par. 657.3(3) du *Code criminel* porte que la partie qui souhaite appeler un témoin expert en donne préavis à la partie adverse. Ce préavis est exigé « [e]n vue de favoriser l'équité et l'efficacité en matière de présentation des témoignages ». En l'espèce, l'avocat du ministère public, au

procès, a tenté d'obtenir un témoignage d'opinion du gendarme White sans que celui-ci eût été déclaré témoin expert. À mon sens, le juge a eu raison d'interrompre l'avocat et de lui signaler que le préavis de convocation d'un expert n'avait pas été donné. Manifestement, le ministère public demandait au gendarme White, à titre d'expert, un témoignage d'opinion fondé sur sa formation et son expérience. En bout de ligne, le juge du procès a reconnu les compétences du gendarme et lui a permis de témoigner à titre d'expert. La question qui se pose est la suivante : quel est l'effet du défaut de la poursuite de donner un préavis?

[30] Le *Code criminel* répond à cette question. Son par. 657.3(4) articule les réparations que peut accorder la cour si le préavis de la convocation d'un témoin expert n'a pas été donné : un ajournement, s'il est demandé; une ordonnance de production des documents devant accompagner le préavis; l'autorisation de convoquer ou de reconvoquer des témoins. Rien dans le *Code criminel* n'indique que la preuve soit inadmissible du seul fait que le préavis requis n'a pas été donné. Je fais miens l'énoncé suivant du juge d'appel Rosenberg, tiré de *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, [2008] O.J. No. 3167 (QL) :

[TRADUCTION]

[...] Lors du débat oral, en appel, les avocats de l'intimé sont revenus sur l'art. 657.3 du *Code criminel*. Cette disposition relativement nouvelle prévoit que, « [e]n vue de favoriser l'équité et l'efficacité en matière de présentation des témoignages », la partie qui appelle un témoin expert doit, au moins trente jours avant le procès, « ou dans le délai que fixe le juge de paix ou le juge », fournir aux autres parties le nom de l'expert, un sommaire décrivant son domaine de compétence et un énoncé de ses compétences d'« expert ». L'avocat du ministère public a l'obligation, en outre, de fournir une copie du rapport rédigé par le témoin ou, en l'absence de rapport, un sommaire énonçant la nature du témoignage de l'expert « dans un délai raisonnable avant le procès ». Si la poursuite ne s'est pas conformée à ces obligations, le par.(4) habilite le juge du procès à accorder un ajournement et à ordonner qu'on se conforme à la disposition. Par application du par. (5), le juge du procès jouit de pouvoirs supplémentaires lorsqu'une partie s'est conformée à ses obligations dans une certaine mesure, mais

que l'autre partie n'a pu se préparer suffisamment. Par exemple, le juge du procès peut ordonner la production de détails complémentaires, ou la convocation ou la reconvoction de tout témoin. Par contre, l'art. 657.3 ne reconnaît pas au juge du procès le pouvoir de refuser de permettre au témoin expert de témoigner. Il s'ensuit que l'art. 657.3 n'autorisait pas la mesure accordée par le juge du procès en l'espèce. [Par. 29]

[31] Je fais miens aussi les propos de la juge Stewart dans *R. c. Henneberry*, 2009 NSSC 95, [2009] N.S.J. No. 139 (QL), conf. dans 2009 NSCA 112, [2009] N.S.J. No. 524 (QL). Elle y a déclaré que [TRADUCTION] « la réparation du défaut de donner un préavis ressortit au par. 657.3(4), et ne consiste pas à déclarer inadmissible l'opinion d'un expert » (par. 100).

[32] L'erreur du juge du procès en l'espèce, si tant est qu'il ait commis une erreur, n'a pas été de permettre au gendarme White de témoigner en qualité d'expert, mais de ne pas signaler à M. Somerville, accusé qui se représentait lui-même, que le par. 657.3(4) lui offrait des recours. Était-ce une erreur? Je n'exprimerai aucune opinion à ce propos, car, même si le juge avait fait erreur, je rejetterais néanmoins, sur ce point, le moyen d'appel avancé ici. M. Somerville ne s'est pas plaint d'iniquité du fait de l'absence de préavis. De plus, il n'apparaît pas, à la lecture du dossier, qu'il y ait eu iniquité. De toute évidence, M. Somerville avait reçu communication et se trouvait en position d'interroger le gendarme White en connaissance de cause. Il n'a pas fait mention d'iniquité, non plus, dans ses observations de l'audience d'appel, et il n'a pas indiqué qu'il aurait demandé un ajournement s'il avait été informé qu'il y avait droit. En conséquence, l'atteinte de l'objet du par. 657.3(3), qui est de favoriser l'équité et l'efficacité en matière de présentation des témoignages, n'a pas été compromise par l'absence de préavis en l'espèce.

(2) Forme du témoignage d'opinion

[33] Au procès, il a été demandé au gendarme White d'interpréter et d'expliquer chacune des dix-huit conversations interceptées. Il ne convenait pas de procéder ainsi pour la présentation du témoignage d'opinion d'un expert, et la Cour

n'aurait pas dû le permettre. Il n'appartenait pas au gendarme White de tirer des inférences des conversations. Notre Cour s'est prononcée sans équivoque sur ce point dans *R. c. Fougère* (1988), 86 R.N.-B. (2^e) 93, [1988] A.N.-B. n^o 17 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION]

À notre avis, le juge du procès a eu tort de permettre à l'agent de police d'exprimer son opinion relativement aux inférences qui devaient être tirées des conversations. Un témoin expert comme le caporal Bonnell est autorisé à donner son opinion sur la signification des mots utilisés dans le marché des drogues illicites, mais il appartient au juge du procès de décider si ce mot doit avoir cette signification dans la conversation dont il est question.
[Par. 10]

[34] On aurait pu demander au gendarme White son opinion sur le langage utilisé dans le trafic de drogue, sur la façon dont le cannabis était cultivé, sur les étapes de la culture, sur les activités d'une saison de culture, sur les problèmes que présente ou non la moisissure au moment de la récolte, etc. Par exemple, il avait certainement compétence pour témoigner que l'eau tend à endommager le cannabis et que les plantes doivent être secouées, mais le ministère public n'aurait pas dû lui demander de dire aux jurés que [TRADUCTION] « ç'a gigué toute la maudite journée » signifiait que M. Somerville avait secoué les plantes toute la journée. Il revenait aux jurés de tirer eux-mêmes cette inférence. Bien sûr, lorsque le gendarme White a témoigné qu'il fallait secouer les plantes pour leur éviter d'être endommagées par l'eau, il était tout à fait approprié pour le procureur, voire attendu de lui, d'inviter les jurés à inférer de ce témoignage que le commentaire intercepté de M. Somerville signifiait qu'il avait secoué le cannabis.

C. *Application du sous-al. 686(1)b)(iii) du Code criminel*

[35] Texte du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* :

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

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 :

(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[.]

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[.]

[36] Il y a moins d'un an, dans *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, le juge Rothstein a eu l'occasion de résumer le droit se rapportant à l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) :

Notre Cour a examiné récemment les principes régissant l'application de la disposition réparatrice dans l'arrêt *Van* [2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716]. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge LeBel a fait remarquer que deux catégories d'erreur satisfont aux exigences du sous-al. 686(1)b)(iii) :

L'erreur tombant dans la première catégorie représente une erreur inoffensive à première vue ou sans incidence. L'application de la disposition réparatrice dispense une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité en raison seulement d'une erreur si négligeable qu'elle n'aurait pu causer aucun préjudice à l'accusé ni, par conséquent, influencer sur le verdict. En fait, des acquittements ou des nouveaux procès ordonnés trop facilement sur la base d'erreurs de cette nature affecteraient négativement la

perception que se forme la société d'un procès équitable et d'une bonne administration de la justice (voir *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (C.S.C.), p. 359). [...] De même, une erreur pourrait n'avoir qu'une incidence mineure si elle a trait à une question qui ne se situe pas au cœur de la décision globale sur la culpabilité ou l'innocence, ou si elle avantage la défense, par exemple par l'imposition d'un fardeau de preuve plus exigeant au ministère public (*Khan*, par. 30). Toutefois, la décision quant à la qualification d'une erreur ou de son incidence comme mineure devrait être prise sans évaluer la force probante des autres éléments de preuve présentés au procès. La question essentielle reste de déterminer si, à première vue ou du fait de son incidence, l'erreur demeurerait si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès, ou si manifestement dépourvue d'un effet préjudiciable qu'un juge ou un jury raisonnable n'aurait pas pu rendre un verdict différent si l'erreur n'avait pas été commise. [par. 35]

Un tribunal d'appel peut également confirmer une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 686(1)b)(iii) dans les cas où l'erreur commise n'est pas négligeable et ne peut être considérée comme n'ayant causé aucun préjudice à l'accusé, mais où la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées conclurait forcément à la culpabilité (*R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 31).

Par conséquent, les erreurs « négligeables » ou « inoffensives » représentent la première catégorie d'erreurs répondant aux exigences de la disposition réparatrice. Pour établir si une erreur n'a qu'une incidence mineure, le tribunal peut analyser le contexte global de l'affaire, mais doit s'abstenir d'évaluer la valeur probante des autres éléments de preuve présentés contre l'accusé (*Van*, par. 35 et 37). Par exemple, une erreur grave en apparence lorsque prise isolément peut s'avérer négligeable parce que, située dans son contexte, elle concernait « un aspect très mineur de l'affaire qui n'aurait pas pu avoir d'incidence sur son issue ou des questions dont le jury était forcément au courant » (*Khan*, par. 30).

La deuxième catégorie, quant à elle, regroupe les erreurs qui, bien que graves et préjudiciables, n'auraient pas pu

influer sur le verdict parce que la preuve contre l'accusé était accablante. La cour d'appel doit alors évaluer la valeur probante des autres éléments de preuve pour décider si une déclaration de culpabilité aurait été inévitablement prononcée même si l'erreur grave n'avait pas été commise. Lorsqu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait forcément conclu à la culpabilité, la confirmation de la déclaration de culpabilité n'entraîne aucune injustice appréciable envers l'accusé (*Van*, par. 36). Il est aussi dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînerait un nouveau procès dont l'issue ne serait vraisemblablement pas différente (*Van*, par. 36, citant *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46, le juge Binnie). Néanmoins, la norme élevée selon laquelle une déclaration de culpabilité doit être inévitable ou inéluctable pour qu'il soit remédié aux erreurs graves doit être respectée, « parce qu'une cour d'appel, qui n'a pas entendu les témoignages ni suivi le déroulement du procès, n'évalue rétroactivement la solidité de la preuve qu'avec difficulté » (*Van*, par. 36, citant *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82). [Par. 91 à 94]

[37] Le substitut du procureur général soutient que l'erreur liée à l'admission d'attestations de déclaration de culpabilité des présumés coconspirateurs appartient à la catégorie des erreurs mineures, parce qu'il était manifeste, au procès, que M. Somerville et le ministère public n'étaient en désaccord que sur un point : la participation ou non de M. Somerville au complot incontesté d'Albert et de Merzetti. Il avance que les certificats de déclaration de culpabilité n'ont aidé à prouver que l'existence de ce complot, et non la participation de M. Somerville. Cet argument ne tient pas. À mon sens, il ne trouve appui, ni dans *R. c. May (Ont. C.A.)*, [1984] O.J. No. 113 (QL) (autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême refusée, [1984] 2 R.C.S. viii, [1984] C.S.C.R. n° 197 (QL)), ni dans *R. c. Faulds*, [1996] O.J. No. 3787 (C.A.) (QL), par. 29. Dans chacune de ces causes, la preuve faisait état de déclarations de culpabilité des coconspirateurs. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la disposition réparatrice, parce que la preuve de culpabilité était accablante. Encore que ces deux décisions soient antérieures aux arrêts de la Cour suprême du Canada qui ont défini la norme d'application de la disposition réparatrice, il m'apparaît que, vu le critère actuel, l'erreur serait nettement entrée dans la second catégorie. C'est certainement mon avis.

[38] Pour ce qui est de la portée du témoignage d'opinion du gendarme White, le substitut du procureur général n'a pas avancé que l'erreur, à ce chapitre, était mineure. Elle ne l'est d'ailleurs pas. Il ne s'agit pas d'une erreur ayant trait à une question qui ne se situe pas au cœur de la décision globale sur la culpabilité ou l'innocence, ou ayant avantagé la défense. Il est à noter cependant que le témoignage du gendarme White n'était pas tout entier inacceptable. Les réponses inacceptables étaient semées de renseignements qu'il était tout à fait de sa compétence de donner et qui, nous l'avons vu, donnaient la possibilité au procureur d'inviter les jurés à tirer les inférences que le gendarme White avait lui-même tirées.

[39] Lorsque des erreurs de droit graves ont été commises, la cour examine, pour décider de l'application ou non de la disposition réparatrice, si la preuve est à ce point accablante qu'un juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. La preuve l'est, à mon avis. Il est incontestablement prouvé que MM. Somerville, Albert et Merzetti ont eu part à un complot. Il ne fait absolument aucun doute qu'il est question d'une opération de culture de cannabis dans les communications interceptées. Franchement, si les conversations sont mises en contexte, comme elles l'étaient par d'autres éléments de preuve au procès, un témoignage d'opinion sur le jargon et les codes du trafic de drogue n'est pas nécessaire pour comprendre ce dont on discute. Il n'est pas nécessaire non plus de savoir que les deux autres accusés ont plaidé coupable pour prononcer un verdict de culpabilité. Bref, vu la preuve présentée au procès, aucune défense plausible ne pouvait, en définitive, être opposée à l'accusation.

[40] La preuve introduite au procès afin de décrire le bien de M. Somerville et les biens-fonds adjacents s'accorde avec ce dont il a été nettement fait mention dans les communications interceptées. Lors de l'exécution des mandats, la police a constaté qu'un camp, une remorque et un garage se trouvaient sur le bien. Dans la conversation du 22 juillet 2008, l'un des interlocuteurs donne à l'autre des indications qui font référence au garage et tous deux conviennent de se rencontrer à la remorque. Ces propos sont échangés dans la conversation où M. Albert apprend avec agacement que M. Somerville n'est pas seul, et dit vouloir jeter un œil sur ses [TRADUCTION] « chiens ». Sur les lieux, la police a repéré une génératrice, un nettoyeur haute pression, plusieurs tuyaux et

des seaux à empoter. Elle a relevé également qu'un sentier conduisait du camp de M. Somerville à l'endroit où la plantation de cannabis a été découverte et que ce secteur était traversé de tuyaux d'arrosage qui partaient du bien de M. Somerville. Ce qui précède s'accorde avec les conversations où l'on parle de [TRADUCTION] « quelque chose à boire » ou d'une [TRADUCTION] « pulvérisation », ainsi qu'avec les indications admissibles en preuve données par le gendarme White voulant que le cannabis exige des soins attentifs et des arrosages par temps sec. D'ailleurs, dans la conversation du 11 septembre 2008, M. Somerville dit avoir vu [TRADUCTION] « deux plantes se désintégrer », ce qui ne laisse guère de doutes sur le sujet de la conversation où M. Merzetti lui demande s'il leur faut [TRADUCTION] « quelque chose à boire » et où il répond : [TRADUCTION] « Faudrait plutôt une pulvérisation ».

[41] Les policiers ont aussi repéré une baignoire près du sentier, ce qui évoque la conversation où M. Albert se plaint de ne pas savoir [TRADUCTION] « faire marcher [l']hostie d'bain ». En outre, les conversations trahissent une réticence à se rendre au bien lorsque d'autres personnes s'y trouvent, ainsi qu'une certaine crainte d'être découvert et de perdre la récolte, ce qui fait écho au témoignage du gendarme White, inattaquable sur ce point, selon lequel, dans le trafic de drogue, la crainte d'être découvert ou de perdre la récolte est constante. Les quelques conversations où il est question de secouage et de gigue, de taches, de la perte de [TRADUCTION] « trois jusqu'à maintenant, peut-être quatre », s'accordent avec l'importance, établie par une preuve admissible, de suivre les plantes de près et d'en éliminer tout surplus d'eau parce que les végétaux de ce type ont [TRADUCTION] « des besoins particuliers ». Non loin de la plantation, la police a mis au jour un fil-piège attaché à une espèce de boîte, système de sécurité manifestement rudimentaire rappelant la conversation du 11 septembre 2008 où M. Somerville conseille à M. Albert, en raison du [TRADUCTION] « système de sécurité là-bas », de ne pas y aller sans lui.

[42] Les conversations qui restent sont éloquentes, par exemple la conversation où M. Somerville informe M. Merzetti, alors à l'écoute au téléphone de M. Albert, que [TRADUCTION] « [t]out est... disparu » et que [TRADUCTION] « la police... est venue à la maison », le lendemain de l'exécution du mandat de perquisition. Outre qu'elle

rendait compte de ces conversations, la preuve indiquait que, lors de l'arrestation de MM. Albert et Merzetti, la police avait trouvé sur les lieux de l'équipement associé à la culture de cannabis, ainsi que quarante plants, dits clones, qui attendaient sans doute une transplantation à l'extérieur au printemps.

[43] Une fois mesurée la valeur probante des éléments de preuve, j'arrive à la conclusion qu'une déclaration de culpabilité aurait inévitablement été prononcée, même si les erreurs graves n'avaient pas été commises. Je suis d'avis qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait forcément conclu à la culpabilité. Il s'ensuit que confirmer la déclaration de culpabilité n'entraîne pas d'injustice envers M. Somerville.

D. *Appel interjeté de la peine*

[44] Je suis d'avis d'accueillir la demande d'autorisation d'appeler de la peine, mais de rejeter l'appel. À mon respectueux avis, la décision du juge chargé de prononcer la peine présente une erreur de principe. Le juge liste parmi les circonstances aggravantes le fait que M. Somerville a [TRADUCTION] « persisté à vouloir un procès, alors qu'il avait avoué, tant dans son rapport présentenciel qu'au cours du procès, que lui et [l'un des coconspirateurs] cultivaient du cannabis aux abords de son camp. » Malgré qu'un plaidoyer de culpabilité puisse, dans certains cas, être considéré comme une circonstance atténuante, un plaidoyer qui repose sur la présomption d'innocence n'est pas une circonstance aggravante (*Nash c. R.*, 2009 NBCA 7, 340 R.N.-B. (2^e) 320, autorisation de pourvoi refusée, [2009] C.S.C.R. n° 131 (QL)).

[45] Il échoit au tribunal d'appel, s'il a conclu que la peine prononcée est le fruit d'une erreur de principe, d'infliger la peine qu'il estime juste dans les circonstances. Ici, le juge du procès a accédé à la demande de sursis de M. Somerville et le procureur général n'en a pas appelé. Dans les circonstances, nous sommes d'avis de ne pas infirmer l'ordonnance de sursis, malgré l'erreur de principe du juge du procès. La peine, disons-le, est plutôt clémente que draconienne.

V. Dispositif

[46] Pour les motifs qui précèdent, notre Cour rejette l'appel formé contre la déclaration de culpabilité, accueille la demande d'autorisation d'appeler de la peine, mais rejette également cet appel.