COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

69-14-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

APPELLANT

- and -

DONALD JOSEPH HERRITT

RESPONDENT

R. v. Herritt, 2015 NBCA 33

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
May 15, 2014

History of Case:

Decision under appeal:
2014 NBQB 126

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 25, 2015

Judgment rendered:
June 11, 2015

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:
David Schermbrucker

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE

- et -

DONALD JOSEPH HERRITT

INTIMÉ

R. c. Herritt, 2015 NBCA 33

CORAM :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine:
le 15 mai 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2014 NBBR 126

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 25 février 2015

Jugement rendu :
le 11 juin 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge Richard

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
David Schermbrucker

For the respondent:
Robert L. Rideout

THE COURT

The appeal is allowed. The verdict is set aside and a new trial ordered.

Pour l'intimé :
Robert L. Rideout

LA COUR

Accueille l'appel, écarte le verdict et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] Following a routine highway vehicle stop on November 7, 2012, during which drugs were found in his vehicle, Mr. Herritt was charged with trafficking and possessing, for the purpose of trafficking, cannabis marihuana and resin contrary to ss. 5(1) and (2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. Mr. Herritt elected trial in the Court of Queen's Bench and pleaded not guilty. His trial commenced on May 30, 2013, by way of a pretrial motion, under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11, seeking to exclude evidence. He argued that: (1) the officer initially detained him without reasonable suspicion, thus violating his right to be free from arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*, and (2) the officer lacked reasonable grounds to arrest him for possession of illegal tobacco, making the arrest unlawful and the ensuing vehicle search unreasonable under s. 8 of the *Charter*. The motion was successful, and the trial judge acquitted the respondent after excluding the evidence of cannabis marihuana and resin. The Crown appeals against the verdicts of acquittal on grounds involving questions of law alone, and asks this Court to set aside the verdicts and order a new trial.

II. Background

[2] To set out the background against which this appeal is decided, I borrow liberally from the written submissions, as well as from the trial judge's ruling on the motion for exclusion of evidence (see *R. v. Herritt*, 2014 NBQB 126, 418 N.B.R (2d) 81). There does not appear to be any factual dispute.

[3] On November 7, 2012, Mr. Herritt, whose vehicle had Newfoundland and Labrador licence plates, was stopped by Constable Stephane Raymond of the RCMP's Roving Highway Traffic Unit on Highway 2 near Havelock, New Brunswick. The stop was effected pursuant to s. 15(1)(*d*) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17, which allows an officer to stop a vehicle to check licence and registration, etc. Within four minutes of the stop, Mr. Herritt was arrested for possession of contraband tobacco, leading to a vehicle search incident to arrest that resulted in the discovery of substantial amounts of cannabis marihuana and resin in the trunk, but no contraband tobacco. Mr. Herritt was then re-arrested for possession of marihuana for the purpose of trafficking. No illegal tobacco was ever found in the vehicle. Mr. Herritt was charged with trafficking and possession for the purpose of trafficking cannabis marihuana, in excess of 3 kg, and cannabis resin, in an amount less than 3 kg.

[4] The initial arrest was based on Constable Raymond detecting a strong odour of raw tobacco emanating from the vehicle, Mr. Herritt's unexplained nervousness, and the constable's observation of two packages of cigarettes in the vehicle with a Québec stamp on them. According to the constable, when he had approached the vehicle from the passenger side and reached the front passenger side window, he was struck by an overwhelming smell of raw tobacco. He advised Mr. Herritt of the reason for the stop, that is to check his documents, and asked to see his licence, registration and insurance documents. When Mr. Herritt opened the glove compartment to retrieve these, the constable noted what he described as an unfamiliar cigarette package bearing a stamp from the province of Québec. Mr. Herritt had confirmed to Constable Raymond that he was travelling from New Brunswick back home that day. By the time he had returned to his vehicle, the constable had already determined he had reasonable and probable grounds to arrest Mr. Herritt for possession of illegal tobacco.

[5] Despite having these grounds, the constable did not immediately place Mr. Herritt under arrest, as he first wanted to return to his vehicle to check in the police computer system to confirm Mr. Herritt's identity, to determine if Mr. Herritt had any prior offences, cautions or warrants and to arrange for backup assistance. While in the process of doing this, the constable observed Mr. Herritt exit his vehicle and move toward the passenger side while exhibiting further nervousness. Mr. Herritt was walking around and stretching. He then lit a cigarette. According to Constable Raymond, all of these actions amounted to additional grounds to arrest Mr. Herritt. The constable explained that Mr. Herritt had retrieved his jacket by getting back into the vehicle on the driver side when he could have easily done so through the open passenger window, without re-entering the vehicle from the other side. Moreover, the constable did not know what, if anything, Mr. Herritt had in his jacket. At this point, Constable Raymond decided to implement the arrest that he had determined he was going to make in any event, as Mr. Herritt's actions made him nervous. After effecting the arrest, the constable placed Mr. Herritt in the rear of the police vehicle before the backup officer arrived and arranged for him to call counsel on Mr. Herritt's cell phone.

[6] Incident to what Constable Raymond thought to be a lawful arrest, he then searched Mr. Herritt's vehicle to locate evidence related to the suspected offence. The constable discovered three cartons of cigarettes in the back seat (two behind the passenger seat and a further carton in a duffel bag), as well as four cardboard boxes that contained sealed packages in the trunk of the vehicle. Upon opening the first box, Constable Raymond discovered the sealed packages held what appeared to be marihuana. After re-arresting Mr. Herritt for possession of marihuana for the purpose of trafficking, the constable assisted him in making another call to counsel, and returned to conduct a further search of the trunk for the illegal tobacco he was convinced was present. However, in the end, no illegal tobacco was found in the vehicle. The backup officer, Constable LeBlanc, arrived at the scene and took Mr. Herritt to the Codiac Police Detachment. Constable Raymond arranged a tow truck for Mr. Herritt's vehicle and then also attended at the Detachment.

[7] Constable Philippe Giroux had been tasked to assist in the vehicle stop in this case and also attended at the Codiac Detachment. At the time of trial, he had been a member of the RCMP for seven years, and stationed at Moncton Federal Operations East for the past three years. He served his first four years in general duty in Petitcodiac, following which he transferred to Customs and Excise in Moncton where his primary work involved contraband tobacco. When he arrived at the Codiac Police Detachment, Constable Giroux observed a tow truck backing Mr. Herritt's vehicle into the secure garage bay. Approximately 10 minutes later, he noticed an "overwhelming odour of raw tobacco", also described by him as a "real potent, distinct smell of raw tobacco, immediately coming in" from the bay where Mr. Herritt's vehicle was situated. Constable Giroux had not noticed the odour prior to his entry to the garage bay, before Mr. Herritt's vehicle was placed inside. Constable Giroux had a closer look at Mr. Herritt's vehicle and determined that the smell was definitely coming from the vehicle. He explained that due to life experience and being around raw tobacco throughout his childhood, he knew the strong odour of raw tobacco could not have come from the small quantity of cigarettes that were seized from Mr. Herritt's vehicle.

[8] In the Codiac Detachment garage, the police searched Mr. Herritt's vehicle and discovered 59 ½ pounds of cannabis marihuana in vacuum-sealed bags and one kilogram of cannabis resin (hashish).

[9] At the conclusion of the hearing, the trial judge excluded the evidence seized from Mr. Herritt's car pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. As a result, Crown counsel called no evidence and the trial judge acquitted Mr. Herritt.

III. Grounds of Appeal

[10] Crown counsel relies on several grounds of appeal. He submits the trial judge erred as follows:

1. In concluding that, objectively, the arresting officer lacked reasonable grounds to arrest Mr. Herritt for possession of contraband tobacco;

2. In being influenced on his analysis of the central issue by an apparent disconnect between the arresting officer's smell of a strong odour of raw tobacco in Mr. Herritt's vehicle and the unexplained fact that no substantial quantity of illegal tobacco was later found in the vehicle; and

3. In incorrectly attributing to the arresting officer an obligation under law to consider exculpatory (i.e. innocent) reasons why Mr. Herritt's vehicle might smell strongly of raw tobacco when none was present.

IV. Standard of Review

[11] The powers of this Court in determining whether to allow appeals from an acquittal, such as this, are set out in ss. 686(4) and 676(1)(*a*) of the *Criminal Code*. When appeals involve questions of law alone, as a Crown appeal from acquittal must, the standard of review is one of correctness. The failure of a trial judge to correctly apply a legal standard to a set of facts is one such error of law reviewable by the court: see *R. v. Tran*, 2012 NBCA 74, 393 N.B.R. (2d) 66, at para. 4. In *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20, the Supreme Court established the following proposition: whether the facts accepted at trial give rise to reasonable grounds to arrest is a question of law. In *Tontarelli v. R.*, 2009 NBCA 52, 348 N.B.R. (2d) 41, Drapeau C.J.N.B. states:

> In *R. v. Goodine*, this Court held that "once a trial judge identifies and applies the correct legal test, his or her finding that an arresting officer acted on the basis of reasonable and probable grounds is a finding of fact" (para. 3). However, in *R. v. Shepherd*, [2009] S.C.J. No. 35 (QL), 2009 SCC 35, the Court expressed the view that the issue of whether the facts accepted at trial amount at law to reasonable and probable grounds is a question of law:

> While there can be no doubt that the existence of reasonable and probable grounds is grounded in the factual findings of the trial judge, the issue of whether the facts as found by the trial judge amount *at law* to reasonable and probable grounds is a question of law. As with any issue on appeal that requires the court to review the underlying factual foundation of a case, it may understandably seem at first blush as though the issue of reasonable and probable grounds is a question of fact. However, this Court has repeatedly affirmed that the application of a legal standard to the facts of the case is a question of law: see *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 18; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23. In our view, the summary conviction appeal judge erred in failing to distinguish between the trial judge's findings of fact and his ultimate ruling that those facts were insufficient, *at law*, to constitute reasonable and probable grounds. Although the trial judge's factual findings are entitled to deference, the trial judge's ultimate ruling is subject to review for correctness. [para. 20]
>
> [para. 61]

[12] In this case, the Crown's position is that the evidence incontrovertibly established, and the trial judge accepted, that the arresting officer did have a subjective belief that there were reasonable grounds sufficient to arrest Mr. Herritt; the only issue was whether the constable's perceived grounds were objectively reasonable.

V. Analysis

[13] The central issue in this case is whether the arresting officer had reasonable grounds to believe that there was a large amount of contraband tobacco in Mr. Herritt's vehicle, entitling him to arrest Mr. Herritt. In his decision, the trial judge correctly summarizes the issue:

> The determination of whether or not Mr. Herritt's *Charter* rights were violated rests primarily on the finding of

> whether or not Constable Raymond had reasonable and probable grounds to arrest Mr. Herritt for the suspected possession of illegal tobacco and under which his vehicle was searched incidental to the arrest. There is no real issue that the initial roadside stop to conduct the random documents check under section 15(1)(*d*) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-17 was lawful. Likewise, if it is established that Constable Raymond had reasonable and probable grounds to believe that Mr. Herritt was committing a criminal offence, which in this instance was initially possession of illegal tobacco, and lawfully arrested Mr. Herritt on that basis then the warrantless search conducted by Constable Raymond incidental to the initial arrest was lawful and resulted in no breach of Mr. Herritt's section 8 *Charter* rights. [para. 12]

[14] In *O'Kane v. R.*, 2008 NBCA 58, 333 N.B.R. (2d) 274, this Court held that s. 15(1)(*d*) of the *Motor Vehicle Act* allows a constitutionally valid random (arbitrary) motor vehicle stop for purposes relating specifically to vehicle registration and safety, and driver licensing, insurance and sobriety. Section 495 of the *Criminal Code* provides:

> **495.** (1) A peace officer may arrest without warrant
> (*a*) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;
> (*b*) a person whom he finds committing a criminal offence; or
> (*c*) a person in respect of whom he has reasonable grounds to believe that a warrant of arrest or committal, in any form set out in Part XXVIII in relation thereto, is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

> **495.** (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat :
> *a*) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;
> *b*) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle;
> *c*) une personne contre laquelle, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, un mandat d'arrestation ou un mandat de dépôt, rédigé selon une formule relative aux mandats et reproduite à la partie XXVIII, est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

[15] In *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, [1990] S.C.J. No. 12 (QL), Cory, J. articulates:

> Section 450(1) makes it clear that the police were required to have reasonable and probable grounds that the appellant had committed the offence of aggravated assault before they could arrest him. Without such an important protection, even the most democratic society could all too easily fall prey to the abuses and excesses of a police state. In order to safeguard the liberty of citizens, the *Criminal Code* requires the police, when attempting to obtain a warrant for an arrest, to demonstrate to a judicial officer that they have reasonable and probable grounds to believe that the person to be arrested has committed the offence. In the case of an arrest made without a warrant, it is even more important for the police to demonstrate that they have those same reasonable and probable grounds upon which they base the arrest.
>
> The importance of this requirement to citizens of a democracy is self-evident. Yet society also needs protection from crime. This need requires that there be a reasonable balance achieved between the individual's right to liberty and the need for society to be protected from crime. Thus the police need not establish more than reasonable and probable grounds for an arrest. The vital importance of the requirement that the police have reasonable and probable grounds for making an arrest and the need to limit its scope was well expressed in *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), wherein Scott L.J. stated at p. 329:
>
>> The power possessed by constables to arrest without warrant, whether at common law for suspicion of felony, or under statutes for suspicion of various misdemeanours, provided always they have reasonable grounds for their suspicion, is a valuable protection to the community; but the power may easily be abused and become a danger to the community instead of a protection. The protection of the public is safeguarded by the requirement, alike of the common law and, so far as I know, of all statutes, that the constable shall before arresting satisfy himself that there do in fact exist reasonable grounds for suspicion of guilt. That requirement is very limited. The police are not called on before

> acting to have anything like a *prima facie* case for conviction; but the duty of making such inquiry as the circumstances of the case ought to indicate to a sensible man is, without difficulty, presently practicable, does rest on them; for to shut your eyes to the obvious is not to act reasonably.

> There is an additional safeguard against arbitrary arrest. It is not sufficient for the police officer to personally believe that he or she has reasonable and probable grounds to make an arrest. Rather, it must be objectively established that those reasonable and probable grounds did in fact exist. That is to say a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have believed that reasonable and probable grounds existed to make the arrest. See *R. v. Brown* (1987), 33 C.C.C. (3d) 54 (N.S.C.A.), at p. 66; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206 (H.L.), at p. 228.

> In summary then, the *Criminal Code* requires that an arresting officer must subjectively have reasonable and probable grounds on which to base the arrest. Those grounds must, in addition, be justifiable from an objective point of view. That is to say, a reasonable person placed in the position of the officer must be able to conclude that there were indeed reasonable and probable grounds for the arrest. On the other hand, the police need not demonstrate anything more than reasonable and probable grounds. Specifically they are not required to establish a *prima facie* case for conviction before making the arrest. [paras. 14-17]

[16] The reasonable ground standard (consisting of an officer's objectively reasonable subjective grounds to make an arrest) is what is required in order to make an arrest constitutional, and is established using less than the criminal standard of proof. In *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, [1989] S.C.J. No. 118 (QL), Wilson J. explains:

> The question as to what standard of proof must be met in order to establish reasonable grounds for a search may be disposed of quickly. I agree with Martin J.A. that the appropriate standard is one of "reasonable probability" rather than "proof beyond a reasonable doubt" or "*prima facie* case". The phrase "reasonable belief" also approximates the requisite standard. [para. 47]

[17] In *R. v. Tran*, Larlee J.A. emphasizes that the assessment of reasonable grounds is done on a case by case basis:

> In *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, [1989] S.C.J. No. 118 (QL), the Supreme Court of Canada held that in assessing whether the police had reasonable grounds to arrest or detain, courts are required to apply the "totality of circumstances" test. That test applies to the determination of whether the police had "reasonable grounds to suspect" which is both an objective and subjective standard (see *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at paras. 33-35, 40, and 45). In *R. v. Tran*, 2007 BCCA 491, [2007] B.C.J. No. 2341 (QL), at para. 12, Levine J.A. explained that the objective reasonableness of the arresting officer's grounds "must be assessed from the standpoint of the reasonable person 'standing in the shoes of the police officer'". The same rule applies to the objective criteria relating to reasonable grounds to detain. Different outcomes in the application of this test do not stem from the state of the law, but simply from the finding of whether a set of facts meets the applicable legal threshold. There are no hard and fast rules concerning investigative detention and the assessment of articulable cause, and no fixed checklist of factors: the matter of sufficiency of grounds must be resolved on a case by case basis (see *R. v. Simpson*, [1993] O.J. No. 308 (C.A.) (QL) at page 203; *R. v. Mann*, at para. 28.; *R. v. Bramley*, 2009 SKCA 49, [2009] S.J. No. 219 (QL), at para. 60). [para. 6]

[18] In this case, after reviewing the unchallenged evidence as to the experience and training of the arresting officer, the trial judge concluded that Constable Raymond lacked reasonable grounds to believe there was a large quantity of illegal tobacco in Mr. Herritt's vehicle sufficient to justify an arrest. This was the critical finding in the proceedings. Once the lawfulness of the arrest fell, so too did the lawful basis for the search of Mr. Herritt's vehicle.

[19] The trial judge found that Constable Raymond did smell raw tobacco when he had his exchange with Mr. Herritt at roadside. As the trial judge phrased it, "his grounds were largely based upon the described overwhelming smell of raw tobacco in the

vehicle and his past police experience which told him that such an overwhelming odour was indicative of the presence of a large quantity of illegal tobacco" (para. 18).

[20] However, it appears that the judge found Constable Raymond should have been more restrained in his beliefs because of the possibility that the strong smell of raw tobacco was due to a prior presence of a large quantity of tobacco in the respondent's vehicle. In other words, the constable's subjective belief that Mr. Herritt was liable to arrest for possession of contraband tobacco, based on the overwhelming smell of raw tobacco, is not an issue; what is an issue is whether the constable's belief was objectively reasonable. The judge says:

> I am satisfied that Constable Raymond's experience is consistent with what his testimony reflected. There was no evidence presented to suggest otherwise. Be that as it may, I have not been persuaded that his testimony relating to his past experience constitutes a subjective belief on his part that Mr. Herritt was transporting illegal tobacco in his vehicle at the time of his arrest. In saying this, I am not suggesting that Constable Raymond was being untruthful in relating his personal experience with respect to past illegal tobacco seizures. I am not satisfied however, that he was fully disclosing his knowledge in the field and more particularly with respect to his actual knowledge of what he, or an ordinary officer in a similar situation, ought to have known in relation to other possible causes of strong or overwhelming tobacco odours in vehicles, in particular such an odour being equally consistent with some other explanation such as tobacco being present in the vehicle on another occasion but not at the time of the stop. This possibility was in fact borne out by the evidence in this case and was supported by the testimony of Constable Giroux, an officer with much less experience in policing than Constable Raymond, who testified that such a strong smell could be due to a variety of other factors including prior presence in the vehicle.
>
> […]

Constable Giroux was also an impressive witness with knowledge and experience in the same field of tobacco seizures and investigations, albeit somewhat less experienced than Constable Raymond. He confirmed his knowledge that an overwhelming smell of raw tobacco emanating from a motor vehicle such as he experienced in this case can be due to a variety of causes other than a contemporaneous presence of a large quantity of illegal tobacco. I believe, based on Constable Raymond's extensive experience and training he, as would any ordinary police officer with similar experience, training and knowledge in the same position, would have this same knowledge and appreciate such a possibility, substantially lessening the reasonableness of the inference that illegal tobacco was present at the time of Mr. Herritt's arrest.

Constable Raymond testified prior to Constable Giroux and did not offer or allude to any possible scenario inconsistent with the presence of illegal raw tobacco in the vehicle at the time of the arrest. In fact, Constable Raymond's testimony was such that it did not move beyond the bald assertion that in his experience when he smelled such an overwhelming odour he always discovered illegal tobacco in the vehicle and on that basis, together with the other much less significant indicators of nervousness and the presence of unrecognized packages of cigarettes from Quebec, which ultimately were confirmed as not being illegal, he had reasonable and probable grounds to arrest.

Although, the court was presented with very categorical anecdotal evidence of Constable Raymond's actual experiences with tobacco seizures in the past, no evidence was presented relating to his training and knowledge, apart from his personal experiences, with respect to other possible causes for such a strong odour. Logic would suggest to even a layperson that there would likely be other possible and plausible explanations for such a strong odour inconsistent with a contemporaneous presence of illegal tobacco.

Certainly, Constable Giroux, a police officer with significant experience in the field, was aware that the cause of such an overwhelming odour could be due to a variety of other causes inconsistent with the contemporaneous presence of illegal tobacco in the vehicle. Quite frankly, I

am more troubled and concerned with the information that was not provided to the court relating to Constable Raymond's knowledge and training in this regard.

I note that no evidence was led by the Crown and Constable Raymond offered no explanation to account for the fact that no illegal tobacco was found in the vehicle. The issue was only raised during the cross examination of Constable Giroux after Constable Raymond had already completed his testimony. It seems to me that for the Crown to establish the existence of reasonable and probable grounds on the balance of probabilities upon a review of the validity of an arrest that was largely based upon such a significant error requires some explanation.

In my view, in assessing whether reasonable and probable grounds exist an officer cannot rely solely on past personal experience while disregarding knowledge and/or training on the subject matter that might be contrary to or call into question the reasonability of the officer's inferences and conclusions drawn from those experiences. If there are other logical potential explanations in the officer's knowledge or training inconsistent with suspected criminal conduct, then they cannot be conveniently ignored and should be assessed by him on a rational basis prior to determining to make an arrest. Again, in the instant case we are dealing with the higher standard of reasonable and probable grounds to believe that the accused was committing a criminal offence at the time and to arrest him on that basis. I am not satisfied that Constable Raymond met his obligations in that regard prior to deciding that he would place Mr. Herritt under arrest.

[…]

In my view, Constable Raymond, in failing to consider and assess other possible exculpatory alternatives for the cause of the strong smell of raw tobacco, improperly adopted and applied a reasonable suspicion standard in determining that he had reasonable and probable grounds for arresting Mr. Herritt. In light of his significant experience in the field and based on his testimony, I am satisfied that Constable Raymond understood the important distinction between the two standards but nevertheless knowingly disregarded his obligations to apply the higher standard in this case.

Constable Raymond's stated personal subjective belief must also be assessed from the perspective of the ordinary officer in the same position. I am satisfied that Constable Giroux' experience and knowledge would provide a more reliable perspective in assessing the reasonableness of Constable Raymond's stated belief that there was illegal tobacco present in the vehicle.

The circumstances of this case raise two important considerations in the analysis. First, as no illegal raw tobacco was found in the vehicle, it has been demonstrated that Constable Raymond's olfactory capabilities and the conclusions that such a strong smell is indicative of a contemporaneous presence of illegal tobacco is unreliable. None was found. I am satisfied that both he and a similarly situated officer would have known or ought to have known of the inherent weakness in the inferences being drawn from the stated past experience. Likewise, Constable Raymond's purported knowledge and expertise with respect to recognizing illegal cigarette packaging, another purported indicator of the presence of illegal tobacco in the present case, was also demonstrated as being unreliable.

Secondly, evidence was disclosed to establish what an ordinary officer with the same or similar experience, or in this case even less experience than that of Constable Raymond, would know. In this case Constable Giroux stated that in his experience that the overwhelming smell of raw tobacco could be due to various factors, which would not be indicative of illegal tobacco being present in the vehicle at the time of the stop such as the smell being caused by prior possession of tobacco. For instance, he testified that he had been involved in several seizures of vehicles which had been used to transport contraband tobacco and it is difficult to get that smell out of the vehicle.

Having considered all of the evidence, including the other indicators Constable Raymond purportedly relied upon in concluding that he had reasonable and probable grounds to arrest Mr. Herritt, I have not been persuaded that the Crown has established, on the balance of probabilities, that Constable Raymond had reasonable and probable grounds to arrest Mr. Herritt for a tobacco related offence as alleged or that the warrantless search was lawful. Accordingly, I find that Mr. Herritt's rights under sections 9 and 8 of the

> *Charter* not to be arbitrarily detained and to be secure against unreasonable search or seizure were breached. [paras. 30, 32-37, 39-43]
>
> [Emphasis added.]

[21] In my view, there are multiple errors in this assessment of Constable Raymond's belief. To begin, the fact that no large amount of tobacco was ever found in the vehicle cannot *ex post facto* undermine the belief that tobacco was there. Although the constable was not correct in this assumption, the reasonableness of the belief is unaffected by this result. This is simply the obverse side of the proposition that the results of a positive search cannot retroactively verify the belief (see *R. v. Kim*, 2014 ABPC 91, [2014] A.J. No. 514 (QL), at para. 28; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, [1990] S.C.J. No. 117 (QL), per Sopinka, J., at p. 29; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, [1990] S.C.J. No. 32 (QL), per Lamer, J. (as he then was), at p. 775).

[22] The trial judge erroneously engaged in such an analysis. He discounted Constable Raymond's belief by requiring some explanation for the lack of illegal tobacco turned up by the search: "[i]t seems to me that for the Crown to establish the existence of reasonable and probable grounds on the balance of probabilities upon a review of the validity of an arrest that was largely based upon such a significant error requires some explanation" (para. 36). The constable's belief cannot be disparaged because he was unable to explain why he smelled an overwhelming odour of raw tobacco and yet found only a small amount. It is true that Constable Giroux ventured an explanation that the odour of raw tobacco possibly lingered after the tobacco was removed; however, that was a different officer's opinion, and the constable had to rely upon his own experience and knowledge to substantiate his belief. The possibility that the strong odour of raw tobacco confronting Constable Raymond may have been attributable to the past presence of tobacco simply does not outweigh the constable's experience.

[23] Constable Raymond had been a member of the RCMP for almost 23 years. In 2002, he was assigned to a pilot project on a highway patrol unit that eventually became the Roving Traffic Unit, for which he has been on full-time duty since 2004. In

addition to his general and other more specific police training, the constable took a two-day pipeline course in 1995. He described this course as being designed to train officers to look beyond traffic tickets and detect, by recognizing certain indicators of criminal conduct, criminals travelling with illegal contraband along known corridors or pipelines such as main highways, which would include Route 2 in New Brunswick. Constable Raymond took this course a second time prior to the Roving Traffic Unit being established on a full-time basis. Since then, he has attended conferences respecting travelling criminals every two years. He was trained as an instructor of the pipeline course in 2009 and now teaches this course to other officers. Constable Raymond is also a trained dog handler and has had a drug detection dog as an aid in performing his duties for the past eight years. On a typical day, he can perform 40 to 50 licence plate checks and actually stop 15 to 30 vehicles. He estimated that, in an average year, he is involved in 25 to 30 seizures of contraband such as illegal drugs, tobacco or firearms. At the commencement of the trial on the motion, the constable testified that he had seized illegal tobacco on approximately 30 to 35 occasions and assisted on an additional 10 to 12 occasions in his career. He testified that in all such instances, when he smelled a strong or overwhelming odour of raw tobacco similar to what was emanating from Mr. Herritt's vehicle, the discovery of a large quantity of illegal tobacco resulted.

[24] When Constable Raymond stopped Mr. Herritt, he noticed a number of indicators that convinced him Mr. Herritt was transporting illegal tobacco. As mentioned, these factors included Mr. Herritt's nervousness, the overwhelming odour of raw tobacco, the out-of-province licence plates, and cigarette packages bearing Quebec stamps. As Larlee J.A. says in *R. v. Tran*, "[t]his constellation of indicators matched patterns the police officer had seen repeatedly during his career and they were consistent with a person travelling with contraband" (para. 5).

[25] The precise reason Constable Raymond believed there was probably a large quantity of tobacco in Mr. Herritt's vehicle was his experience. The probability that he was correct, based on his training and experience, was very high.

[26] Further, the trial judge erroneously inferred that Constable Raymond must have had training or experience that gave him knowledge that would contradict his belief in a large quantity of tobacco being the explanation for the strong odour:

> I am satisfied that Constable Raymond's experience is consistent with what his testimony reflected. There was no evidence presented to suggest otherwise. Be that as it may, I have not been persuaded that his testimony relating to his past experience constitutes a subjective belief on his part that Mr. Herritt was transporting illegal tobacco in his vehicle at the time of his arrest. In saying this, I am not suggesting that Constable Raymond was being untruthful in relating his personal experience with respect to past illegal tobacco seizures. I am not satisfied however, that he was fully disclosing his knowledge in the field and more particularly with respect to his actual knowledge of what he, or an ordinary officer in a similar situation, ought to have known in relation to other possible causes of strong or overwhelming tobacco odours in vehicles, in particular such an odour being equally consistent with some other explanation such as tobacco being present in the vehicle on another occasion but not at the time of the stop. This possibility was in fact borne out by the evidence in this case and was supported by the testimony of Constable Giroux, an officer with much less experience in policing than Constable Raymond, who testified that such a strong smell could be due to a variety of other factors including prior presence in the vehicle. [Para. 30]
>
> [Emphasis added.]

[27] I agree that the training and experience of the officer whose opinion or belief is under review should be considered. In effect, in assessing whether there are reasonable grounds for arrest, one should stand in the officer's shoes. As explained by Saunders J.A. in *R. v. Acosta*, 2014 BCCA 218, [2014] B.C.J. No. 1246 (QL):

> The question is whether a reasonable person, standing in the shoes of the police officer, would have believed that grounds existed to make the arrest, see *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241. In *R. v. Wilson* 2012 BCCA 517 Madam

> Justice MacKenzie summarized the jurisprudence in this court on this issue and said:
>
> > [26] In my view, the interpretation of *Storrey* as reflected in these decisions is consistent both with common sense and the words used in *Storrey*, where the Court articulated the reasonable person test as "a reasonable person standing in the shoes of the police officer" and "a reasonable person placed in the position of the officer" (emphasis added). The use of the definite, rather than the indefinite article, signals the arresting officer's personal experience and training are relevant to whether there were objective grounds to arrest under s. 495 of the *Criminal Code*. [para. 19]

[28] In *R. v. Luong*, 2010 BCCA 158, [2010] B.C.J. No. 918 (QL), Bennett J.A. provides similar instructions:

> The assessment of whether objective grounds exist undertaken by a trial judge is conducted by first looking at the observations of the officer (which the trial judge has found as facts) through the lens of someone who has the same experience, training, knowledge and skills as the officer who is making the observations, and then deciding if a reasonable person with the same lens would come to the same conclusion as the police officer. This, in my view, is what the Court was referring to in *Kang-Brown*, *supra*. There is no need to call an independent expert to testify. Such evidence would not be admissible as it is irrelevant. It is the arresting officer's lens which is key to the assessment of reasonable grounds. [para. 24]

[29] In this case, the trial judge should not have assumed the constable had additional knowledge that he was withholding from the court. This was pure speculation. He should only have considered the actual training and knowledge revealed by the evidence, and assessed whether the grounds for arrest were objectively reasonable looking through that lens. In taking the approach he did, the trial judge misapplied the law and fell into error.

VI. Disposition

[30] For these reasons, I conclude the judge erred in law in concluding that, objectively, the arresting officer lacked reasonable grounds to arrest Mr. Herritt for possession of contraband tobacco. I would, therefore, allow the appeal, set aside the verdict and order a new trial.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] À la suite d'une interception routière, le 7 novembre 2012, contrôle de routine ayant mené à la découverte de drogues dans son véhicule, M. Herritt a été accusé de trafic de cannabis (marihuana) et de résine de cannabis, ainsi que de possession de ces substances en vue d'en faire le trafic, infractions que prévoient les par. 5(1) et (2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. M. Herritt a choisi d'être jugé par la Cour du Banc de la Reine et a plaidé non coupable. Son procès s'est ouvert le 30 mai 2013 par l'audition d'une motion préalable au procès qui sollicitait l'exclusion d'éléments de preuve suivant le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle forme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). Il soutenait : (1) que l'agent l'avait détenu à l'origine sans soupçons raisonnables, d'où violation du droit à la protection contre la détention arbitraire garanti par l'art. 9 de la *Charte*, (2) que l'agent n'avait pas de motifs raisonnables de l'arrêter pour possession de tabac illicite, d'où arrestation illégale et fouille ultérieure abusive du véhicule au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli la motion et, après avoir écarté les éléments de preuve que constituaient le cannabis (marihuana) et la résine de cannabis, a acquitté l'intimé. Le ministère public appelle des verdicts d'acquittement pour des motifs qui comportent des questions de droit seulement. Il prie notre Cour d'annuler les verdicts et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Le contexte

[2] Pour situer en contexte l'arrêt que doit prononcer notre Cour, je puiserai largement dans les mémoires présentés, ainsi que dans la décision que le juge du procès a

rendue sur la motion en exclusion d'éléments de preuve (*R. c. Herritt*, 2014 NBBR 126, 418 R.N.-B. (2e) 81). Les faits ne semblent pas contestés.

[3] Le 7 novembre 2012, le gendarme Stéphane Raymond, de l'Équipe mobile de la sécurité routière de la GRC, a intercepté le véhicule de M. Herritt, qui était muni de plaques d'immatriculation de Terre-Neuve-et-Labrador, sur la route 2, près de Havelock, au Nouveau-Brunswick. Il a procédé à l'interception en vertu de l'al. 15(1)*d)* de la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17, qui autorise un agent à enjoindre au conducteur d'un véhicule de s'arrêter, notamment en vue d'un contrôle de permis et d'immatriculation. Quatre minutes après l'interception, tout au plus, M. Herritt était arrêté pour possession de tabac de contrebande. Il en est résulté une fouille du véhicule accessoire à l'arrestation qui a mené à la découverte, à l'intérieur du coffre, de quantités considérables de cannabis (marihuana) et de résine de cannabis, mais qui n'a pas mis au jour de tabac de contrebande. M. Herritt a été arrêté de nouveau, pour possession de marihuana en vue d'en faire le trafic. Jamais du tabac illicite n'a été découvert dans le véhicule. M. Herritt a été accusé de possession de plus de 3 kg de cannabis (marihuana) et de moins de 3 kg de résine de cannabis en vue d'en faire le trafic, ainsi que du trafic de ces drogues.

[4] Le gendarme Raymond a procédé à l'arrestation initiale en raison de la forte odeur de tabac brut émanant du véhicule, de la nervosité inexpliquée de M. Herritt et de l'estampille du Québec que portaient deux paquets de cigarettes aperçus à l'intérieur du véhicule. Il a relaté que, lorsqu'il s'était approché du véhicule et qu'il était parvenu à la glace de la portière avant, côté passager, une lourde odeur de tabac brut l'avait saisi. Il avait informé M. Herritt de la raison de son interception, en l'occurrence le contrôle de ses papiers, et avait demandé à voir son permis, son certificat d'immatriculation et une attestation d'assurance. Au moment où M. Herritt avait ouvert le coffre à gants pour en retirer les documents voulus, le gendarme avait vu un paquet de cigarettes inaccoutumé, a-t-il indiqué, portant une estampille de la province de Québec. M. Herritt avait expliqué au gendarme Raymond que, ce jour-là, il partait du Nouveau-Brunswick pour rentrer chez

lui. Revenu à son véhicule, le gendarme jugeait déjà qu'il avait des motifs raisonnables et probables d'arrêter M. Herritt pour possession de tabac illicite.

[5] Malgré les motifs dont il disposait, le gendarme n'a pas mis M. Herritt en état d'arrestation immédiatement. Il voulait d'abord retourner à son véhicule consulter le système informatique de la police, pour vérifier l'identité de M. Herritt, déterminer si son dossier faisait état d'infractions antérieures, d'avertissements ou de mandats, et demander l'envoi de renfort. Il s'y employait lorsqu'il a vu M. Herritt, nerveux encore une fois, sortir de son véhicule et se diriger vers le côté du passager. M. Herritt a marché, s'est étiré. Il a ensuite allumé une cigarette. Du point de vue du gendarme Raymond, les gestes auxquels s'abandonnait M. Herritt ajoutaient aux motifs de l'arrêter. Le gendarme a expliqué que M. Herritt avait pris son blouson dans le véhicule en s'y introduisant par le côté du conducteur, alors qu'il aurait pu facilement le prendre par la fenêtre du passager, dont la glace était baissée, sans passer par l'autre côté. De plus, le gendarme ne savait pas ce que pouvait cacher le blouson. Il a alors décidé de réaliser l'arrestation à laquelle il entendait procéder de toute façon, car le comportement de M. Herritt le tracassait. L'arrestation effectuée, le gendarme a fait monter M. Herritt à l'arrière du véhicule de police avant l'arrivée de l'agent dépêché en renfort. Des dispositions ont été prises pour que M. Merritt, au moyen de son téléphone cellulaire, puisse appeler un avocat.

[6] Puis, opération accessoire à ce qu'il pensait être une arrestation légale, le gendarme Raymond a fouillé le véhicule à la recherche d'éléments de preuve rattachés à l'infraction dont il soupçonnait M. Herritt. Il a trouvé trois cartouches de cigarettes sur la banquette arrière (deux derrière le siège du passager, une autre dans un sac de sport) et quatre boîtes de carton renfermant des emballages hermétiques dans le coffre. Il a constaté, à l'ouverture de la première boîte, que les sachets hermétiques contenaient en apparence de la marihuana. Après avoir arrêté M. Herritt de nouveau, pour possession de marihuana en vue d'en faire le trafic, le gendarme Raymond lui a donné les moyens d'appeler encore une fois un avocat, et il est retourné fouiller le coffre à la recherche du tabac illicite qu'il était convaincu de trouver. Mais, en définitive, ce tabac illicite n'a pas été trouvé dans le véhicule. Le gendarme LeBlanc, arrivé en renfort, a emmené M. Herritt

au détachement du Service régional de Codiac. Le gendarme Raymond a demandé l'envoi d'une dépanneuse, pour le véhicule de M. Herritt, et s'est rendu lui aussi au détachement.

[7] Le gendarme Philippe Giroux, chargé de prêter son assistance à l'enquête par suite de l'interception du véhicule, s'est aussi rendu au détachement de Codiac. À l'époque du procès, il était membre de la GRC depuis sept ans; il avait été posté, au cours des trois dernières années, à la Section des opérations fédérales (Est), à Moncton. Après avoir été gendarme aux services généraux, à Petitcodiac, ses quatre premières années, il avait été transféré à Douanes et Accise, à Moncton. Son travail, là, portait avant tout sur le tabac de contrebande. Arrivé au poste, le gendarme Giroux a vu une dépanneuse reculer, avec le véhicule de M. Herritt, pour le loger dans une baie sécurisée du garage. Une dizaine de minutes plus tard, il a perçu une [TRADUCTION] « lourde odeur de tabac brut », qu'il a décrite en outre comme une [TRADUCTION] « odeur de tabac brut vraiment puissante, distincte, qui nous parvenait immédiatement » de la baie où était garé le véhicule de M. Herritt. Il n'avait pas relevé cette odeur avant d'être entré dans la baie du garage, avant que le véhicule de M. Herritt y soit installé. Après avoir examiné de plus près le véhicule, le gendarme Giroux a conclu qu'il était certainement la source de l'odeur. Il a expliqué qu'il savait, par son expérience de la vie et pour avoir été autour de tabac brut toute son enfance, que cette forte odeur de tabac brut ne pouvait provenir de la petite quantité de cigarettes saisie dans le véhicule de M. Herritt.

[8] Dans le garage du détachement de Codiac, la police a fouillé le véhicule de M. Herritt. Elle a découvert 59,5 lb de cannabis (marihuana) ensaché sous vide, et 1 kg de résine de cannabis (hachisch).

[9] Au terme de l'audience, le juge du procès a écarté, en application du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve saisis dans la voiture de M. Herritt. Le ministère public n'a pas produit de preuve et M. Herritt a été acquitté.

III. Moyens d'appel

[10] L'avocat du ministère public avance plusieurs moyens d'appel. Il soutient que le juge du procès a fait erreur :

1. lorsqu'il a conclu que, d'un point de vue objectif, l'agent ayant procédé à l'arrestation n'avait pas de motifs raisonnables d'arrêter M. Herritt pour possession de tabac de contrebande;

2. du fait qu'il a été influencé, dans son analyse de la question principale, par un décalage apparent entre la perception d'une forte odeur de tabac brut dans le véhicule de M. Herritt, par l'agent ayant procédé à l'arrestation, et le fait inexpliqué que des quantités considérables de tabac illicite n'avaient pas été trouvées dans le véhicule après coup;

3. lorsqu'il a attribué incorrectement à l'agent ayant procédé à l'arrestation l'obligation, en droit, d'envisager les raisons disculpatoires (anodines) pour lesquelles le véhicule de M. Herritt avait pu dégager une forte odeur de tabac brut, alors qu'il n'y en avait pas.

IV. Norme de contrôle

[11] Les pouvoirs conférés à notre Cour pour statuer sur l'appel interjeté d'un acquittement, tel le présent appel, sont définis au par. 686(4) et à l'al. 676(1)*a)* du *Code criminel*. Lorsqu'un appel comporte une question de droit seulement, comme le doit le recours que le ministère public introduit contre un acquittement, la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Le juge du procès qui n'applique pas correctement une norme juridique à un ensemble de faits commet une erreur de droit sujette au contrôle de la Cour (*R. c. Tran*, 2012 NBCA 74, 393 R.N.-B. (2e) 66, par. 4). Dans *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, au par. 20, la Cour suprême a établi la proposition suivante : la question de savoir si les faits constatés au procès constituent des motifs

raisonnables et probables pour une arrestation est une question de droit. Dans *Tontarelli c. R.*, 2009 NBCA 52, 348 R.N.-B. (2e) 41, le juge en chef Drapeau a écrit ce qui suit :

> Dans l'arrêt *R. c. Goodine (M.)*, notre Cour a statué que « dans la mesure où le juge du procès a défini et appliqué le critère juridique pertinent, sa conclusion voulant que l'agent ait eu des motifs raisonnables de procéder à l'arrestation est une conclusion de fait » (par. 3). Toutefois, dans l'arrêt *R. c. Shepherd*, [2009] A.C.S. no 35 (QL), 2009 CSC 35, la Cour s'est dite d'avis que la question de savoir si les faits qu'a constatés le juge du procès constituent en droit des motifs raisonnables et probables est une question de droit :
>
> > Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'existence de motifs raisonnables et probables découle des conclusions de fait du juge du procès, la question de savoir si les faits qu'il a constatés constituent *en droit* des motifs raisonnables et probables est une question de droit. Comme pour toute question litigieuse en appel nécessitant que la cour examine le contexte factuel qui sous-tend l'affaire, on pourrait penser, à première vue, que la question des motifs raisonnables et probables est une question de fait. Toutefois, notre Cour a, à maintes occasions, affirmé que l'application d'une norme juridique aux faits est une question de droit : voir *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 18; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23. À notre avis, le juge qui a entendu l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité a commis une erreur en ne faisant pas la distinction entre les conclusions de fait du juge du procès et la décision qu'il a ultimement rendue selon laquelle les faits en question ne constituaient pas, *en droit*, des motifs raisonnables et probables. Bien que les conclusions de fait du juge du procès commandent la déférence, la décision qu'il a rendue en définitive est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte. [par. 20]
>
> [par. 61]

[12] Le ministère public soutient que la preuve établissait irréfutablement – et que le juge du procès l'a admis – que l'agent ayant procédé à l'arrestation avait une croyance subjective en l'existence de motifs raisonnables suffisants pour arrêter M. Herritt; seule se posait la question de savoir si les motifs dont le gendarme estimait disposer étaient objectivement raisonnables.

V. Analyse

[13] La question essentielle, en l'espèce, est celle de savoir si l'agent qui a procédé à l'arrestation avait des motifs raisonnables de croire que de grandes quantités de tabac de contrebande se trouvaient dans le véhicule de M. Herritt, en conséquence de quoi il était en droit de l'arrêter. Dans ses motifs, le juge du procès a résumé correctement la question à trancher :

> [TRADUCTION]
> La décision que la Cour doit rendre sur la violation ou non des droits garantis à M. Herritt par la *Charte* reposera avant tout sur la conclusion par laquelle elle aura déterminé si le gendarme Raymond avait, ou non, des motifs raisonnables et probables d'arrêter M. Herritt pour la possession de tabac illicite dont il était soupçonné, fondement de la fouille du véhicule accessoire à l'arrestation. Il n'est pas réellement contesté que l'interception routière initiale, réalisée pour procéder à un contrôle de documents au hasard en vertu de l'al. 15(1)*d)* de la *Loi sur les véhicules à moteur*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-17, était légale. S'il est établi que le gendarme Raymond avait des motifs raisonnables et probables de croire que M. Herritt commettait une infraction criminelle, à l'origine la possession de tabac illicite, et qu'il l'a arrêté légalement sur ce fondement, la fouille qu'il a menée sans mandat, accessoirement à l'arrestation initiale, était légale aussi, et elle n'a pas entraîné de violation des droits garantis à M. Herritt par l'art. 8 de la *Charte*. [par. 12]

[14] Dans *O'Kane c. R.*, 2008 NBCA 58, 333 R.N.-B. (2e) 274, notre Cour a conclu que l'al. 15(1)*d)* de la *Loi sur les véhicules à moteur* autorise à intercepter au hasard (arbitrairement), constitutionnellement, un véhicule à moteur à des fins qui se rapportent précisément à la sécurité et à l'immatriculation du véhicule, au permis de

conduire, à l'assurance et à la sobriété du conducteur. Texte de l'art. 495 du *Code criminel* :

495. (1) A peace officer may arrest without warrant
(*a*) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence;
(*b*) a person whom he finds committing a criminal offence; or
(*c*) a person in respect of whom he has reasonable grounds to believe that a warrant of arrest or committal, in any form set out in Part XXVIII in relation thereto, is in force within the territorial jurisdiction in which the person is found.

495. (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat :
a) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;
b) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle;
c) une personne contre laquelle, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, un mandat d'arrestation ou un mandat de dépôt, rédigé selon une formule relative aux mandats et reproduite à la partie XXVIII, est exécutoire dans les limites de la juridiction territoriale dans laquelle est trouvée cette personne.

[15] Dans *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, [1990] A.C.S. n° 12 (QL), le juge Cory a énoncé ce qui suit :

> Il ressort clairement du par. 450(1) que la police devait avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait commis l'infraction de voies de fait graves, sans quoi elle ne pouvait l'arrêter. En l'absence de cette importante mesure protectrice, même la société la plus démocratique ne pourrait que trop facilement devenir la proie des abus et des excès d'un État policier. Afin de sauvegarder la liberté des citoyens, le *Code criminel* exige que la police, lorsqu'elle tente d'obtenir un mandat d'arrestation, démontre à un officier de justice qu'elle a des motifs raisonnables et probables de croire que la personne à arrêter a perpétré l'infraction. Dans le cas d'une arrestation sans mandat, il importe encore davantage que la police établisse l'existence de ces mêmes motifs raisonnables et probables justifiant l'arrestation.
>
> L'importance que revêt cette exigence pour les citoyens d'une démocratie se passe de démonstration. Mais la société a besoin également de protection contre le crime. Ce besoin commande l'établissement d'un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers à la liberté et la

nécessité de protéger la société contre le crime. C'est pourquoi il suffit que la police établisse l'existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. L'importance capitale de l'exigence que la police ait des motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation ainsi que la nécessité de limiter la portée de cette exigence sont bien exprimées dans l'arrêt *Dumbell v. Roberts*, [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), où le lord juge Scott dit, à la p. 329 :

> [TRADUCTION] Le pouvoir qu'ont les agents de police d'arrêter une personne sans mandat, que ce soit en common law parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction majeure (*felony*), ou en vertu d'une loi parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction mineure (*misdemeanour*), pourvu toujours que leurs soupçons reposent sur des motifs raisonnables, constitue une protection précieuse pour la collectivité; mais, comme il se prête facilement aux abus, ce pouvoir peut, loin de la protéger, se révéler dangereux pour la collectivité. Le public est protégé par la condition préalable, existant en common law et, pour autant que je sache, dans toutes les lois, selon laquelle, avant de procéder à l'arrestation, l'agent de police doit être convaincu de l'existence réelle de motifs raisonnables de soupçonner la culpabilité. Cette condition est très limitée. Les agents de police ne sont pas tenus, avant d'agir, d'avoir une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité; il leur incombe néanmoins de procéder à toute enquête que, dans les circonstances, un homme raisonnable devrait considérer comme pouvant sans difficulté être menée immédiatement; car se refuser à l'évidence n'est guère raisonnable.

Il existe une autre protection contre l'arrestation arbitraire. Il ne suffit pas que l'agent de police croie personnellement avoir des motifs raisonnables et probables d'effectuer une arrestation. Au contraire, l'existence de ces motifs raisonnables et probables doit être objectivement établie. En d'autres termes, il faut établir qu'une personne raisonnable, se trouvant à la place de l'agent de police, aurait cru à l'existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. Voir *R. v. Brown* (1987), 33

> C.C.C. (3d) 54 (C.A.N.-É.), à la p. 66; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206 (H.L.), à la p. 228.
>
> En résumé donc, le *Code criminel* exige que l'agent de police qui effectue une arrestation ait subjectivement des motifs raisonnables et probables d'y procéder. Ces motifs doivent en outre être objectivement justifiables, c'est-à-dire qu'une personne raisonnable se trouvant à la place de l'agent de police doit pouvoir conclure qu'il y avait effectivement des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation. Par ailleurs, la police n'a pas à démontrer davantage que l'existence de motifs raisonnables et probables. Plus précisément, elle n'est pas tenue, pour procéder à l'arrestation, d'établir une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité. [par. 14 à 17]

[16] La norme des motifs raisonnables (qui exige que l'agent ait des motifs subjectifs objectivement raisonnables de procéder à une arrestation) est ce à quoi il doit être satisfait pour qu'une arrestation soit constitutionnelle. Le tribunal détermine si ces motifs raisonnables existent par application d'une norme moins rigoureuse que la norme de preuve en droit criminel. Dans *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, [1989] A.C.S. n° 118 (QL), la juge Wilson a expliqué ce qui suit :

> Il est possible de trancher rapidement la question de la norme de preuve applicable pour déterminer s'il existe des motifs raisonnables justifiant la fouille. Je suis de l'avis du juge Martin que la norme de preuve applicable est la « probabilité raisonnable » plutôt que « la preuve hors de tout doute raisonnable » ou « la preuve *prima facie* ». L'expression « croyance raisonnable » correspond également assez bien à la norme applicable. [par. 47]

[17] Dans *R. c. Tran*, la juge d'appel Larlee a souligné que, pour ce qui est de déterminer si des motifs raisonnables existent, le tribunal tranche la question selon les circonstances propres à chaque cas :

> Dans *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, [1989] A.C.S. n° 118 (QL), la Cour suprême du Canada a conclu que les tribunaux, lorsqu'ils déterminent si la police avait des motifs raisonnables d'arrestation ou de détention, doivent

> appliquer le critère de « l'ensemble des circonstances ». Ce critère s'applique, aussi, lorsqu'il s'agit de décider si la police avait des « motifs raisonnables de soupçonner », norme à la fois objective et subjective (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 33 à 35, 40 et 45). Dans *R. c. Tran*, 2007 BCCA 491, [2007] B.C.J. No. 2341 (QL), au par. 12, la juge d'appel Levine a expliqué que la raisonnabilité objective des motifs du policier qui a procédé à l'arrestation [TRADUCTION] « doit être évaluée du point de vue de la personne raisonnable "se trouvant à la place de l'agent de police" ». La même règle vaut pour le critère objectif d'après lequel sont appréciés les motifs raisonnables de détention. Si l'application de ce critère a des résultats variables, ce n'est pas en raison de l'état du droit, mais tout simplement des faits, dont la cour doit chaque fois déterminer s'ils satisfont à la condition préliminaire prescrite par le droit. Pour ce qui est de la détention aux fins d'enquête ou des motifs concrets dont la police doit disposer, il n'existe ni règles strictes ni liste arrêtée de facteurs : il faut déterminer si les motifs étaient suffisants selon les circonstances propres à chaque cas (*R. c. Simpson*, [1993] O.J. No. 308 (C.A.) (QL) p. 203; *R. c. Mann*, par. 28.; *R. c. Bramley*, 2009 SKCA 49, [2009] S.J. No. 219 (QL), par. 60). [par. 6]

[18] En l'espèce, après avoir examiné la preuve non contestée faisant état de l'expérience et de la formation du gendarme Raymond, qui avait procédé à l'arrestation, le juge du procès a conclu que le gendarme ne disposait pas de motifs raisonnables de croire à la présence de grandes quantités de tabac illicite, à l'intérieur du véhicule de M. Herritt, suffisant pour justifier une arrestation. Il s'est agi de la conclusion charnière au procès. Enlever à l'arrestation sa légalité enlevait son fondement légal à la fouille du véhicule de M. Herritt.

[19] Le juge du procès a conclu que le gendarme Raymond avait bel et bien senti du tabac brut lorsqu'il s'était entretenu avec M. Herritt en bordure de la route. Il s'est exprimé en ces termes : [TRADUCTION] « [S]es motifs reposaient avant tout sur la lourde odeur de tabac brut décrite, qui se dégageait du véhicule, et sur son expérience de policier, qui lui avait appris qu'une odeur aussi lourde était indicative de la présence de grandes quantités de tabac illicite » (par. 18).

[20] Il semble toutefois que le juge ait conclu que le gendarme Raymond aurait dû faire montre de plus de prudence dans sa croyance, parce qu'il se pouvait que la forte odeur de tabac brut fût attribuable à la présence antérieure de grandes quantités de tabac dans le véhicule de l'intimé. En d'autres termes, la croyance subjective du gendarme en la possibilité d'une arrestation de M. Herritt pour possession de tabac de contrebande, du fait de la lourde odeur de tabac brut, n'est pas mise en question; la question qui se pose est celle de savoir si la croyance du gendarme était objectivement raisonnable. Le juge a indiqué ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Je suis convaincu que l'expérience du gendarme Raymond correspond à ce qu'il a exprimé dans son témoignage. Rien n'a été présenté en preuve qui indiquerait le contraire. Je ne suis toutefois pas persuadé que le témoignage qu'il a donné relativement à son expérience passée établit une croyance subjective, de sa part, au transport de tabac illicite par M. Merritt au moment de l'arrestation. Je ne prétends pas que le gendarme Raymond ait manqué à la vérité lorsqu'il a rendu compte de son expérience personnelle des saisies de tabac illicite. Il reste que je ne suis pas convaincu qu'il ait entièrement fait état de ses connaissances dans le domaine, en particulier de la connaissance réelle qu'il avait, ou qu'un agent ordinaire aurait eue dans la même situation, de ce qu'il devait savoir quant aux autres causes possibles d'odeurs de tabac fortes ou lourdes dans un véhicule, notamment que ces odeurs admettent des explications différentes, dont la présence de tabac dans le véhicule à un autre moment que celui de l'interception. De fait, la preuve confirmait la possibilité d'autres causes ici. Cette possibilité était étayée par le témoignage du gendarme Giroux, policier beaucoup moins expérimenté que le gendarme Raymond, lequel avait témoigné que la forte odeur pouvait être attribuée à divers autres facteurs, y compris à une présence antérieure dans le véhicule.
>
> […]
>
> Le gendarme Giroux s'est montré un témoin solide lui aussi, doté de connaissances et d'expérience dans le même domaine, celui des enquêtes et saisies en matière de tabac, bien qu'il soit un peu moins expérimenté que le gendarme

Raymond. Il a affirmé savoir que d'autres causes que la présence actuelle d'une grande quantité de tabac illicite peuvent expliquer une lourde odeur de tabac brut émanant d'un véhicule à moteur, telle l'odeur qu'il avait perçue ici. Or, je crois que le gendarme Raymond, compte tenu de sa formation et de son expérience considérables, devait le savoir également, comme l'aurait su tout policier ordinaire, doté d'une expérience, d'une formation et de connaissances semblables, qui se serait trouvé dans la même situation, et qu'il a dû entrevoir cette possibilité, de sorte qu'inférer de l'odeur que du tabac illicite se trouvait dans le véhicule au moment de l'arrestation de M. Herritt devient nettement moins raisonnable.

Le gendarme Raymond a témoigné avant le gendarme Giroux. Il n'a, ni présenté, ni évoqué, d'explication éventuelle de l'odeur qui n'aurait pas concordé avec la présence de tabac brut illicite dans le véhicule lors de l'arrestation. De fait, le témoignage du gendarme Raymond ne s'est pas écarté de cette simple assertion : l'expérience qu'il avait de ces situations était que, lorsqu'il avait senti une odeur aussi lourde, il avait toujours découvert du tabac illicite dans le véhicule et, sur ce fondement, comme sur celui des autres indices, beaucoup moins forts, apportés par la nervosité de M. Herritt et par la présence de paquets de cigarettes provenant du Québec qu'il n'avait pas reconnus, et dont il a été démontré en définitive qu'ils n'étaient pas illicites, il avait des motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation.

Encore qu'une preuve anecdotique, tout à fait catégorique, ait été présentée à la Cour en ce qui concerne l'expérience réelle qu'a le gendarme Raymond des saisies de tabac, aucune preuve n'a été présentée relativement à la formation et aux connaissances acquises par le gendarme, abstraction faite de son expérience personnelle, quant aux autres causes possibles de cette forte odeur. Il apparaîtra logique, même au non-juriste, qu'il existe probablement d'autres explications possibles et plausibles de cette forte odeur ne concordant pas avec une présence actuelle de tabac illicite.

Sans aucun doute, le gendarme Giroux, policier doté d'une expérience considérable dans le domaine, savait que cette lourde odeur pouvait avoir diverses autres causes qui ne concordaient pas avec la présence actuelle de tabac illicite dans le véhicule. Très franchement, je m'inquiète surtout de

l'information qui n'a pas été communiquée à la Cour quant aux connaissances et à la formation qu'avait le gendarme Raymond à cet égard.

Je constate que ni le ministère public par sa preuve ni le gendarme Raymond n'ont tâché d'expliquer l'absence de tabac illicite dans le véhicule. La question n'a été soulevée qu'au cours du contre-interrogatoire du gendarme Giroux; le témoignage du gendarme Raymond était déjà achevé à ce moment-là. Il me semble nécessaire, pour que le ministère public puisse établir l'existence de motifs raisonnables et probables par prépondérance des probabilités, en contexte d'examen de la validité d'une arrestation reposant pour beaucoup sur une erreur de cette importance, de présenter quelque explication.

Je suis d'avis que, lorsqu'il juge de l'existence de motifs raisonnables et probables, un agent ne peut s'appuyer sur son expérience personnelle seulement, et ne tenir aucun compte des connaissances et de la formation, acquises en la matière, qui pourraient démentir ou mettre en doute la raisonnabilité des inférences et des conclusions tirées de son expérience. Si les connaissances ou la formation de l'agent apportent d'autres explications logiques possibles ne concordant pas avec la conduite criminelle soupçonnée, il ne peut pas les balayer sous le tapis : il se doit de les évaluer rationnellement, avant de décider de procéder à l'arrestation. Encore une fois, il est question en l'espèce de la norme, plus élevée, des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé commettait une infraction criminelle à ce moment-là et de l'arrêter sur ce fondement. Je ne suis pas convaincu que le gendarme Raymond ait satisfait à ses obligations, sur ce point, avant de décider qu'il mettrait M. Herritt en état d'arrestation.

[…]

Je suis d'avis que le gendarme Raymond, du fait qu'il n'a pas examiné et pesé les causes disculpatoires possibles de la forte odeur de tabac brut, a adopté et appliqué à tort la norme du soupçon raisonnable pour juger qu'il avait des motifs raisonnables et probables lui permettant d'arrêter M. Herritt. Étant donné son expérience considérable dans le domaine, ainsi que son témoignage, je suis convaincu que le gendarme Raymond mesurait l'importante distinction qui existe entre les deux normes et que, néanmoins, il est

sciemment passé outre à son obligation d'appliquer la norme la plus élevée ici.

Il faut aussi évaluer, du point de vue d'un agent ordinaire se trouvant dans la même situation, la croyance subjective personnelle que le gendarme Raymond déclare avoir eue. Je suis convaincu que l'expérience et les connaissances du gendarme Giroux sont susceptibles d'apporter un point de vue plus fiable pour l'évaluation de la raisonnabilité de la croyance du gendarme Raymond, qui affirme avoir cru que du tabac illicite se trouvait dans le véhicule.

Étant donné les circonstances, deux considérations de poids interviennent dans l'analyse. Premièrement, les fouilles du véhicule n'ayant pas produit de tabac brut illicite, il est démontré que les facultés olfactives du gendarme Raymond ne sont pas sûres et que la conclusion que cette forte odeur est indicative de présence actuelle de tabac illicite est sujette à caution. Nul tabac illicite n'a été trouvé. Je suis convaincu que le gendarme Raymond devait avoir connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, comme tout agent en situation semblable, de la faiblesse intrinsèque des inférences qu'il tirait de l'expérience passée dont il a fait état. De même, il est démontré que les connaissances et l'expertise attribuées au gendarme Raymond en matière de reconnaissance d'un emballage illégal de cigarettes, autre indice supposé de la présence de tabac illicite en l'espèce, ne sont pas sûres.

Deuxièmement, des éléments de preuve ont été introduits afin d'établir ce qu'aurait su un agent ordinaire, doté d'une expérience identique ou semblable, ou ici d'une expérience même moindre que celle du gendarme Raymond. Le gendarme Giroux a affirmé que, d'après son expérience, une odeur lourde de tabac brut pouvait être attribuée à divers facteurs qui n'étaient pas indicatifs de la présence de tabac illicite dans le véhicule lors de l'interception, dont la possession antérieure de tabac. Il a témoigné, par exemple, qu'il avait eu part à plusieurs saisies de véhicules qui avaient servi au transport de tabac de contrebande, et qu'il était difficile d'en extirper l'odeur.

Vu l'ensemble de la preuve, y compris les autres indices sur lesquels se serait fondé le gendarme Raymond pour conclure qu'il avait des motifs raisonnables et probables pour arrêter M. Herritt, je ne suis pas persuadé que le

> ministère public a établi, par prépondérance des probabilités, que le gendarme Raymond disposait de motifs raisonnables et probables lui permettant d'arrêter M. Herritt pour une infraction liée au tabac, tel qu'avancé, ou que la fouille pratiquée sans mandat était légale. Je conclus que les droits garantis à M. Herritt par les art. 9 et 8 de la *Charte*, ses droits à la protection contre les détentions arbitraires et contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, ont été violés. [par. 30, 32 à 37, 39 à 43]
>
> [Je souligne.]

[21] Je suis d'avis que des erreurs multiples se dégagent de cette évaluation de la croyance qu'avait le gendarme Raymond. D'abord, le fait que jamais une grande quantité de tabac n'a été découverte dans le véhicule ne peut, après le fait, discréditer la croyance en la présence de tabac. Quoique le gendarme n'ait pas eu raison d'en supposer la présence, le résultat négatif des fouilles est sans incidence sur la raisonnabilité de la croyance. Cette proposition est la contrepartie, tout simplement, de celle qui veut que les résultats de fouilles ou de perquisitions fructueuses ne puissent confirmer après coup le bien-fondé d'une croyance (*R. c. Kim*, 2014 ABPC 91, [2014] A.J. No. 514 (QL), par. 28; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, [1990] A.C.S. n° 117 (QL), le juge Sopinka, p. 29; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, [1990] A.C.S. n° 32 (QL), le juge Lamer (tel était alors son titre), p. 775).

[22] Le juge du procès s'est livré erronément à une analyse de cet ordre. En exigeant une explication au fait que la fouille n'avait pas mis au jour de tabac illicite, le juge a rejeté ce qu'avait cru le gendarme Raymond : [TRADUCTION] « Il me semble nécessaire, pour que le ministère public puisse établir l'existence de motifs raisonnables et probables par prépondérance des probabilités, en contexte d'examen de la validité d'une arrestation reposant pour beaucoup sur une erreur de cette importance, de présenter quelque explication » (par. 36). On ne peut mésestimer la croyance qu'avait le gendarme du seul fait qu'il n'a pu expliquer pourquoi, alors qu'il avait perçu une lourde odeur de tabac brut, il n'en avait trouvé qu'une petite quantité. Il est vrai que le gendarme Giroux a hasardé une explication et conjecturé que l'odeur avait pu subsister après l'enlèvement de tabac brut; il s'agissait toutefois de l'opinion d'un autre agent, et le gendarme avait dû

asseoir sa croyance sur ses propres expérience et connaissances. La possibilité que la forte odeur de tabac brut que percevait le gendarme Raymond ait été attribuable à la présence antérieure de tabac ne l'emporte tout simplement pas sur l'expérience du gendarme.

[23] Le gendarme Raymond était membre de la GRC depuis près de vingt-trois ans à l'époque du procès. En 2002, il a participé au projet pilote d'une patrouille routière qui est devenue en définitive l'Équipe mobile de la sécurité routière, équipe à laquelle il est affecté en permanence depuis 2004. Il avait suivi, en 1995, un cours de deux jours du programme Pipeline, qui s'est ajouté à ses formations policières générale et spécialisée. Il a expliqué que ce cours visait à former les policiers à pousser leur travail au-delà de la simple contravention et à détecter, par la reconnaissance de certains indices de conduite criminelle, les criminels transportant produits et objets illicites par des couloirs connus, semblables à des pipelines : les autoroutes sont du nombre, dont sans doute la route 2 au Nouveau-Brunswick. Le gendarme Raymond a suivi ce cours une deuxième fois avant l'établissement permanent de l'Équipe mobile de la sécurité routière. Depuis, il assiste aux deux ans à des conférences portant sur les criminels en déplacement. Il a reçu une formation d'instructeur du programme Pipeline, en 2009, et donne aujourd'hui le cours à d'autres agents. Le gendarme Raymond est aussi maître-chien, et il compte sur un chien détecteur de drogue, dans l'exercice de ses fonctions, depuis huit ans. Au cours d'une journée normale, il réalise une quarantaine ou une cinquantaine de contrôles de plaques d'immatriculation, et intercepte de quinze à trente véhicules. Il estime que, dans une année moyenne, il participe à vingt-cinq ou trente saisies de produits et d'objets illicites, par exemple de drogue, de tabac ou d'armes à feu. Lorsque s'est ouverte l'instruction de la motion, il a témoigné qu'il avait mené trente ou trente-cinq saisies de tabac illicite, et apporté son aide à dix ou douze autres, au cours de sa carrière. Il a ajouté que, chaque fois, lorsqu'il avait senti une odeur forte ou lourde de tabac brut semblable à celle qui émanait du véhicule de M. Herritt, une grande quantité de tabac illicite avait été découverte.

[24] Après l'interception, le gendarme Raymond a relevé un certain nombre d'indices qui l'ont persuadé que M. Herritt transportait du tabac illicite. Je rappelle que les facteurs qui l'en ont persuadé sont notamment la nervosité de M. Herritt, la lourde odeur de tabac brut, l'immatriculation du véhicule à l'extérieur de la province et les paquets de cigarettes porteurs d'estampilles du Québec. Comme la juge d'appel Larlee l'écrivait dans *R. c. Tran* : « Cet ensemble d'indices peignait un tableau que le policier avait souvent retrouvé au cours de sa carrière et qui pouvait indiquer qu'une personne transportait des marchandises de contrebande » (par. 5).

[25] C'est par expérience, précisément, que le gendarme Raymond croyait qu'il se trouvait probablement une grande quantité de tabac dans le véhicule de M. Herritt. Il était hautement probable, vu sa formation et son expérience, qu'il eût raison.

[26] Par ailleurs, le juge du procès a supposé à tort que le gendarme Raymond devait avoir acquis une formation ou une expérience lui apportant des connaissances qu'il ne pouvait concilier avec sa croyance qu'une grande quantité de tabac expliquait la forte odeur :

> [TRADUCTION]
> Je suis convaincu que l'expérience du gendarme Raymond correspond à ce qu'il a exprimé dans son témoignage. Rien n'a été présenté en preuve qui indiquerait le contraire. Je ne suis toutefois pas persuadé que le témoignage qu'il a donné relativement à son expérience passée établit une croyance subjective, de sa part, au transport de tabac illicite par M. Merritt au moment de l'arrestation. Je ne prétends pas que le gendarme Raymond ait manqué à la vérité lorsqu'il a rendu compte de son expérience personnelle des saisies de tabac illicite. Il reste que je ne suis pas convaincu qu'il ait entièrement fait état de ses connaissances dans le domaine, en particulier de la connaissance réelle qu'il avait, ou qu'un agent ordinaire aurait eue dans la même situation, de ce qu'il devait savoir quant aux autres causes possibles d'odeurs de tabac fortes ou lourdes dans un véhicule, notamment que ces odeurs admettent des explications différentes, dont la présence de tabac dans le véhicule à un autre moment que celui de l'interception. De fait, la preuve confirmait la possibilité d'autres causes ici. Cette

> possibilité était étayée par le témoignage du gendarme Giroux, policier beaucoup moins expérimenté que le gendarme Raymond, lequel avait témoigné que la forte odeur pouvait être attribuée à divers autres facteurs, y compris à une présence antérieure dans le véhicule. [par. 30]
>
> [Je souligne.]

[27] Je conviens que la formation et l'expérience de l'agent dont l'opinion ou la croyance est examinée doivent être prises en considération. De fait, pour déterminer s'il existe des motifs raisonnables d'arrestation, il faut se mettre à la place de l'agent. Comme l'a expliqué la juge d'appel Saunders dans *R. c. Acosta*, 2014 BCCA 218, [2014] B.C.J. No. 1246 (QL) :

> [TRADUCTION]
> La question qui se pose est celle de savoir si une personne raisonnable, à la place de l'agent de police, aurait cru à l'existence de motifs d'arrestation (*R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241. Dans *R. c. Wilson*, 2012 BCCA 517, la juge MacKenzie a résumé la jurisprudence de notre Cour sur ce point et a écrit ce qui suit :
>
> > [TRADUCTION]
> > [26] Je suis d'avis que l'interprétation de *Storrey* qui se dégage de ces décisions, d'une part a le sens commun, d'autre part s'accorde avec les mots que la Cour a employés dans *Storrey*. Elle a formulé le critère de la personne raisonnable en ces termes : « [U]ne personne raisonnable se trouvant à la place de l'agent de police » (je souligne). L'emploi de l'article défini, au lieu de l'article indéfini, montre que sont pertinentes, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existait des motifs objectifs d'arrêter le prévenu sur le fondement de l'art. 495 du *Code criminel*, la formation et l'expérience personnelles de l'agent qui a procédé à l'arrestation. [par. 19]

[28] Dans *R. c. Luong*, 2010 BCCA 158, [2010] B.C.J. No. 918 (QL), la juge d'appel Bennett a donné des indications analogues :

> [TRADUCTION]
> L'évaluation par laquelle le juge du procès détermine s'il

> existait des motifs objectifs se fait, d'abord en examinant les indices observés par l'agent (dont le juge a conclu qu'ils sont constitutifs de faits) à travers les lunettes de quelqu'un qui aurait une expérience, une formation, des connaissances et des aptitudes identiques à celles de l'agent ayant réalisé ces observations, puis en décidant si une personne raisonnable, qui verrait les choses à travers les mêmes lunettes, tirerait la même conclusion que l'agent de police. C'est ce que voulait dire la Cour, à mon sens, dans *Kang-Brown*, précité. Rien ne sert d'appeler à témoigner un expert indépendant. Une preuve de cet ordre serait inadmissible, puisqu'elle n'est pas pertinente. Ce sont les lunettes à travers lesquelles l'agent ayant procédé à l'arrestation a vu les choses qui sont essentielles à l'évaluation de la raisonnabilité des motifs. [par. 24]

[29] En l'espèce, le juge du procès n'aurait pas dû supposer que le gendarme avait d'autres connaissances qu'il taisait. Ce n'était que conjecture. Il aurait dû prendre en compte uniquement les véritables formation et connaissances révélées par la preuve et déterminer si les motifs d'arrestation, vus à travers ces lunettes, étaient objectivement raisonnables. En procédant comme il l'a fait, le juge du procès a appliqué incorrectement le droit et a fait erreur.

VI. Dispositif

[30] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le juge a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que, d'un point de vue objectif, l'agent ayant procédé à l'arrestation n'avait pas de motifs raisonnables d'arrêter M. Herritt pour possession de tabac de contrebande. Je suis d'avis, en conséquence, d'accueillir l'appel, d'écarter le verdict et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.