

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

62-22-CA

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

MICHAEL ST JOHN

MICHAEL ST JOHN

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. St John, 2023 NBCA 28

R. c. St John, 2023 NBCA 28

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlond
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Provincial Court:
June 6, 2022

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 6 juin 2022

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
March 22, 2023

Appel entendu :
le 22 mars 2023

Judgment rendered:
May 18, 2023

Jugement rendu :
le 18 mai 2023

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlanc

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlanc

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

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

For the appellant:
Christian Girouard

For the respondent:
Ben Reentovich

THE COURT

The application for leave to appeal the acquittals on the summary conviction charges under s. 676(1.1) of the *Criminal Code* is allowed. The appeal is allowed, convictions are entered on the possession charges pursuant to s. 216(1)(a) of the *Excise Act, 2001* and s. 18(1) of the *Tobacco Tax Act*, and the matter is remitted to the trial judge for sentencing.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Christian Girouard

Pour l'intimé :
Ben Reentovich

LA COUR

La demande d'autorisation d'appel des verdicts d'acquiescement quant aux accusations portées par voie de procédure sommaire présentée en vertu du par. 676(1.1) du *Code criminel* est accueillie. L'appel est accueilli, des déclarations de culpabilité sont prononcées quant aux accusations de possession fondées sur l'al. 216(1)a) de la *Loi de 2001 sur l'accise* et sur le par. 18(1) de la *Loi de la taxe sur le tabac*, et l'affaire est renvoyée au juge du procès pour détermination de la peine.

The following is the judgment delivered by

LEBLANC, J.A.

I. Introduction

[1] Michael St John was charged with four offences related to the transportation and possession of illegal tobacco (one count under s. 121.1(a)(i) of the *Criminal Code*; one count under s. 216(1)(a) of the *Excise Act, 2001*, S.C. 2002, c. 22; and two counts under s. 18(1) of the *Tobacco Tax Act*, R.S.N.B. 1973, c. T-7). Two of the offences were summary conviction offences, whereas the other two were indictable offences. Mr. St John stood trial before the Provincial Court; he was convicted of transporting unstamped tobacco (s. 121.1(a)(i) of the *Code*) but acquitted on the three possession-type offences.

[2] The Attorney General appeals against the acquittal verdicts, alleging the trial judge misdirected himself as to what constitutes “control,” a constituent element of a possession offence; he further alleges that the trial judge erred by failing to consider the party liability principles in s. 21(1) of the *Code*. As two of the four offences charged against Mr. St John were summary conviction offences, the Attorney General seeks leave to appeal the acquittals on those offences under s. 676(1.1) of the *Code*.

[3] For the reasons that follow, I would allow the Attorney General’s application for leave to appeal the acquittals on the summary conviction offences under s. 676(1.1) of the *Code*. I would also allow the appeal, substitute convictions for the acquittals on the possession charges pursuant to s. 216(1)(a) of the *Excise Act, 2001* and s. 18(1) of the *Tobacco Tax Act* and remit the matter to the trial judge for sentencing.

II. Context

A. *The evidence*

[4] Mr. St John was, from time to time, paid to be a driver for P.P., as P.P. did not have a driver's licence. Their relationship was described as more boss and employee than friends. In March 2019, P.P. offered to pay Mr. St John to drive him to Ontario and back to Nova Scotia for the purpose of transporting belongings of P.P.'s cousin, who was then in Ontario but moving to Nova Scotia.

[5] Upon arriving in Ontario late at night, Mr. St John and P.P. slept in a motel. When Mr. St John woke the next morning, P.P. was already packing his belongings, and the van was fully loaded with boxes and suitcases. Mr. St John was surprised by this as he had expected to help load the van.

[6] During the return trip, when Mr. St John sought an advance payment from P.P. to purchase cigarettes, P.P. gave him a red pack and a bag of cigarettes. Mr. St John inquired about the provenance of the cigarettes because he did not recognize the packaging or the brand and was told not to worry about it.

[7] A police officer intercepted the van in New Brunswick, near the Nova Scotia border, because of its speed and the fact its licence plate was obscured by road salt. While speaking with Mr. St John, the officer observed he was extremely nervous, his hand was shaking as he passed over his driver's licence, and his jaw was trembling. While speaking with Mr. St John, the officer smelled raw tobacco and observed a green tarp covering box-like objects in the back. The officer also observed, on the driver's side floor, a red cigarette package with no provincial stamp, which he suspected to be illegal.

[8] The officer determined he had reasonable grounds to suspect the van contained illegal tobacco and called for assistance. The search of the van incidental to arrest led to the seizure of 310,600 unstamped cigarettes. Mr. St John was arrested and eventually charged with transportation and possession of illegal tobacco.

B. *The trial*

[9] At trial, the parties argued that the main issue to be decided by him was Mr. St John's knowledge of the contents of the van. Mr. St John's defence was that he had no knowledge the van contained illegal tobacco. He testified that: (1) he did not assist in the loading of the van and was unaware of its contents; (2) although he found P.P. to be secretive, he had never seen him do anything illegal; (3) when he inquired about the provenance of the package and bag of cigarettes given to him by P.P. and was told not to worry, he attributed this to P.P.'s "secretive ways" and stated that a smoker always takes cigarettes offered to him; and (4) he was nervous when stopped by the police because he identifies as Indigenous, and his jaw was shaking because he was not wearing the bite plate he usually wears at night.

[10] In his decision, the judge rejected Mr. St John's evidence "in the contentious parts as contrite and untrue" and determined the Crown had established beyond a reasonable doubt that Mr. St John knew of, or was wilfully blind to, the contents of the boxes he was transporting:

[...] The Court finds that the overall circumstances as such as the van is fully loaded with boxes covered by a tarp, the van being loaded by [P.P.] without the assistance of Mr. St. John apparently with the items to be moved on behalf of [P.P.]'s cousin. Then [P.P.] giving Mr. St. John some cigarettes and telling him not to worry about it, and the nervousness of Mr. St. John displayed when intercepted by police, and the fact he says he could not smell the raw tobacco are of course suspicious and make all the evidence he gave to setting aside that suspicion is not believable. The Court can [infer] from the evidence that Mr. St. John would have some reason to be suspicious of [P.P.] loading the van without his assistance, providing him with an unusual pack of cigarettes and the obvious smell of raw tobacco would not lead Mr. St. John to question him about the contents of the van. Having considered all of the evidence in this case, the Court is satisfied beyond a reasonable doubt that the Crown has proven that – Mr. St. John knew or was willfully blind to the contents of the boxes that they were transporting from Ontario to Nova Scotia. As we know, knowledge can also be proven by evidence of actual knowledge or willful blindness.

In regarding the smell – in the van, it was easily detected by both officers on the scene and the denial of the smell of that many cigarettes in that small van by Mr. St. John is just not believable.

[11] The judge then turned his mind to the constituent elements of the offence of possession:

Control: The two essential elements of the offence of possession are: Control over the item and knowledge of the presence of the item. [...] Control over an item will not generally be inferred for mere knowledge of the existence or location of an item. Rather, control exist[s] where there is a measure of access and authority to restrict or permit or to direct or restrain to use of the item. Possession without control is insufficient to prove the offence. The mere handling of an item is not proof of control or intention to possess the item. See *R. v. Breau* 1987 CanLII 6811 (NB CA) also found of 1987 NBJI 15. The Court does accept and believes Mr. St. John's evidence that he was – in an employee employer relationship with [P.P.] and therefore even if the – even though the Court inputs [sic] knowledge of the contraband, it does find Mr. St. John did not have control of that contraband. [...] [Emphasis added.]

[12] Mr. St John was convicted of transporting unstamped tobacco contrary to s. 121.1(a) of the *Code*, for which he was given a conditional discharge, but acquitted on the three possession offences. As previously stated, the Attorney General now appeals against the acquittals on those offences.

III. Issues on Appeal

[13] The Attorney General's appeal raises two issues:

- (1) Whether the judge erred in law in his assessment and application of the definition and constituent elements of the offence of possession; and

- (2) Whether the judge erred in law in his assessment and application of the party liability provisions of s. 21 of the *Code*.

IV. Analysis

A. *Leave to appeal the summary conviction acquittals*

[14] In this matter, the judge conducted a joint trial involving an information charging two indictable offences and an information charging two summary conviction offences, all of which related to a single incident of discovery of illegal tobacco in a van travelling on the TransCanada Highway.

[15] The joinder of an appeal against acquittal on a summary conviction offence to an appeal against acquittal on an indictable offence is governed by s. 676(1.1) of the *Code*, which sets out three statutory conditions, all of which are met in this case. Furthermore, the appeal on each charge involves the same parties and the same issues. Granting leave to appeal would thus promote the economy of judicial resources and avoid the risk of conflicting appellate decisions on the same issue. I would therefore allow the Attorney General's application for leave to appeal the acquittals on the summary conviction offences as it would be in the interests of justice to do so: *R. v. Diabo*, 2018 QCCA 1630, [2018] Q.J. No. 9336 (QL), at paras. 48-49.

B. *Standard of review*

[16] Section 676(1)(a) of the *Code* allows the Crown to appeal against an acquittal from an indictment on a question of law alone. In this appeal, the Attorney General alleges that the judge misdirected himself as to "control," a constituent element of the offence of possession, thus raising a question of law alone.

[17] The standard of review on questions of law is correctness (see *R. v. Chung*, 2020 SCC 8, [2020] S.C.J. No. 8 (QL), at paras. 10-11 and 18; *Housen v. Nikolaisen*, 2002

SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8; *R. v. Sexton*, 2011 NBCA 97, [2011] N.B.J. No. 372 (QL), at para. 2).

C. *Possession: the legal framework*

[18] The crux of this appeal is the concept of control as a constituent element of the offence of possession.

[19] Mr. St John was acquitted on one count of possession under the *Excise Act, 2001* and on two counts of possession under the *Tobacco Tax Act*. “Possession” is defined in ss. 5(1) and (2) of the *Excise Act, 2001*. The concept of “possession” is not defined in the *Tobacco Tax Act*, a provincial statute. By not defining the term “possession” in either the *Tobacco Tax Act*, the *Provincial Offences Procedures Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1, or in the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, the New Brunswick legislator must have intended that possession offences under the *Tobacco Tax Act* be governed by the common or common law definition of “possession”

[20] In *Rex v. Martin*, [1948] O.J. No. 512 (QL) (C.A.), a decision of the Ontario Court of Appeal, the Court considered the meaning of “possession” in the *Opium and Narcotic Drug Act*, 1929, c. 49. A majority of the Court held that while s. 5(1)(b)(ii) of the *Code* (now s. 4(3)) could not be read into the *Opium and Narcotic Drug Act* as a statutory definition of the word “possession”, at common law, the word “possession” included those cases falling within s. 5(1)(b)(ii). Justice Laidlaw, writing for the majority, stated:

I think that the word “possession”, as used in s. 4 of *The Opium and Narcotic Drug Act* and amendments thereto, should be given the meaning it had at common law. It was there used in relation to movable things in three different senses: firstly, to signify mere physical possession; secondly, to signify possession in the legal sense; and thirdly, to signify the right to possession. Physical possession has been sometimes described as “actual”, “manual” or “*de facto*” possession. Possession in the legal sense may exist without physical possession. It is possession attributed in law to a person and describes his or her legal

relation to a thing with respect to other persons. It has sometimes been called constructive possession. . [...]. It is sufficient now to say that, in my opinion, at common law having possession of a thing included those cases falling within s. 5(1) (b) (ii) of The Criminal Code. [...]

[...]

I conclude that by giving to the word ‘possession’ the meaning and sense given to it at common law, and independent of s. (1)(b)(ii) (sic) of the *Code*, it includes, as therein expressly provided, ‘having in any place, whether belonging to or occupied by one’s self or not, for the use or benefit of one’s self or of any other person. [Emphasis is mine; paras 10 and 11]

[21] Thus, while s. 4(3) of the *Code* cannot be read into the *Excise Act, 2001* or the *Tobacco Tax Act* as a statutory definition of the word “possession”, in my view both the definition of “possession” set out in the *Excise Act, 2001* and the definition of “possession”, at common law, include those cases falling within s. 4(3) of the *Code*. It is noteworthy that before this Court, counsel for the Attorney General agreed that there were essentially no distinctions to be made between possession as defined in the *Excise Act, 2001* and in the *Code*. For ease of reference, s. 4(3) of the *Code* and s. 5 of the *Excise Act, 2001* are reproduced in their entirety in Appendix A to this decision.

[22] It is not alleged that Mr. St John had personal possession of the contraband; it is alleged that he had constructive possession, or possibly joint possession, of the contraband. Neither of those forms of possession, as opposed to personal possession, requires any proof of manual handling of the item: *Marc v. R.*, 2006 QCCA 57, [2006] J.Q. No. 250 (QL), at para. 48, quoting Smith J.A. in *R. v. Fisher*, 2005 BCCA 444, [2005] B.C.J. No. 1955 (QL), at para. 20.

[23] Constructive possession is established when an accused person does not have physical custody of an object but knowingly has it in the actual possession or custody of another person or has it in any place for his or her own or another’s use or benefit (see *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *Smith v. R.*, 2012 NBCA 99, 396 N.B.R. (2d) 367; *Mowry v. R.*, 2016 NBCA 2, [2016] N.B.J. No. 5 (QL); *R. v. Choudhury*, 2021

ONCA 560, [2021] O.J. No. 4228 (QL); *R. v. Lights*, 2020 ONCA 128, [2020] O.J. No. 677 (QL)).

[24] All forms of possession require knowledge and control of the item (see *R. v. Breau* (1987), 76 N.B.R. (2d) 367, [1987] N.B.J. No. 15 (QL) (C.A.); *R. v. Christie* (1978), 21 N.B.R.(2d) 261, [1978] N.B.J. No. 68 (QL) (C.A.)). Both knowledge and control may be established by circumstantial evidence (see *Smith*, at paras. 13 and 22; *R. v. Lehner*, 2020 ABCA 248, [2020] A.J. No. 700 (QL), at para. 15).

[25] In *Smith*, Drapeau C.J.N.B., as he then was, rendering the decision for the Court, wrote:

In *R. v. Wu*, 2010 BCCA 589, [2010] B.C.J. No. 2585 (QL), to which the trial judge adverted in his reasons for decision, Frankel J.A. describes control in the following terms:

The law with respect to control in the context of constructive possession is well known. What the Crown must prove is that an accused had the ability to exercise some power (i.e., some measure of control) over the item in issue. It is not necessary for the Crown to prove that such power was in fact exercised: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253 at 15-17, 137, 138; *R. v. Webster*, 2008 BCCA 458, 238 C.C.C. (3d) 270 at paras. 42-44. [para. 20]

At this level, the issue is whether, on the evidence, the trial judge could reasonably find the appellant was in a position to exercise control over the controlled substances in Ms. Wilson's apartment.

Whether the requisite degree of control exists is a question of fact, which stands to be determined in the light of the particular circumstances of each case. [...]

[...]

In the course of his reasons, the trial judge set out the constellation of circumstances whose cumulative effect led him to conclude the Crown had satisfactorily established the

appellant's ability to exercise some power over the drugs in Ms. Wilson's apartment. [Emphasis is mine; paras. 15-16]

D. *The trial judge's finding on "control"*

[26] It is not contested that the issue of whether the facts support a finding of control, for the purposes of establishing possession, is a question of law, allowing the Crown to have its appeal heard under s. 676(1)(a). However, Mr. St John contends that the Attorney General's overarching argument is that it was unreasonable for the judge, on the facts of this case, to find a lack of control. Mr. St John submits that the Attorney General is not entitled to appeal an "unreasonable acquittal" and that there is no avenue for appellate intervention in this matter.

[27] In *Chung*, Justice Martin, rendering the majority judgment, wrote:

Under s. 676(1)(a), the Crown can only appeal an acquittal on a "question of law alone". An appealable error must be traced to a question of law, rather than a question about how to weigh evidence and assess whether it meets the standard of proof (*R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 25-27; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at paras. 15-17). Therefore, the Crown cannot appeal merely because an acquittal is unreasonable (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 33).

Errors of law arise, for example, where "the legal effect of findings of fact or of undisputed facts raises a question of law" and where there is "an assessment of the evidence based on a wrong legal principle" (*J.M.H.*, at paras. 28-30). These two types of errors are somewhat similar; they both address errors where the trial judge's application of the legal principles to the evidence demonstrates an erroneous understanding of the law, either because the trial judge finds all the facts necessary to meet the test but errs in law in its application or assesses the evidence in a way that otherwise indicates a misapprehension of the law. [Emphasis is mine; paras. 10-11]

[28] The Attorney General submits the judge misdirected himself as to what constitutes “control.” The Attorney General contends that: (1) Mr. St John was exercising “some” control over the van and its contents considering he was the only person licenced to operate the van and the one who caused the contraband to be transported over the highway; and (2) Mr. St John could have chosen to stop driving and/or could have driven the van to a police station and surrendered it and its contents to the authorities.

[29] Mr. St John argues that: (1) the judge made no errors of law and correctly identified the elements of possession, i.e. knowledge and control; (2) the judge correctly determined that control was a live issue in this case; (3) the judge applied the legal test for “control” based on “the facts” of this case and concluded that Mr. St John did not have control; and (4) the Attorney General’s suggestion that he had choices other than to drive the van ignores his reality at the time.

[30] For ease of reference, it warrants repeating the judge’s determination on the issue of “control”:

Control: The two essential elements of the offence of possession are: Control over the item and knowledge of the presence of the item. [...] Control over an item will not generally be inferred for mere knowledge of the existence or location of an item. Rather, control exist[s] where there is a measure of access and authority to restrict or permit or to direct or restrain to use of the item. Possession without control is insufficient to prove the offence. The mere handling of an item is not proof of control or intention to possess the item. See *R. v. Breau* 1987 CanLII 6811 (NB CA) also found of 1987 NBJI 15. The Court does accept and believes Mr. St. John’s evidence that he was – in an employee employer relationship with [P.P.] and therefore even if the – even though the Court inputs [sic] knowledge of the contraband, it does find Mr. St. John did not have control of that contraband. [...] [Emphasis is mine.]

[31] It is noteworthy that at trial both parties specified that the contentious issue was knowledge. In fact, defence counsel went so far as to express, on the record, that control was not an issue.

[32] Accepting that the judge correctly applied the legal test for “control” based on the “facts” of the case poses a challenge. The only “fact” relied on by the judge is that of the employee and employer relationship between Mr. St John and P.P., based on his acceptance of Mr. St John’s evidence to that effect. Mr. St John’s sole evidence on the issue was that he “would have considered” P.P. a friend “but he was more of a boss, an employer.”

[33] Counsel for Mr. St John argues that the judge’s reliance on the employee-employer relationship is an implicit recognition of the power imbalance between Mr. St John and P.P. and that the option to suddenly stop the van and make demands of his employer would have placed Mr. St John in an untenable, and possibly dangerous, position. Counsel asserts that the Attorney General’s suggestion that Mr. St John had choices other than to drive the van ignores his reality at the time: it fails to acknowledge that he only acquired the requisite knowledge somewhere between Ontario and Nova Scotia, more particularly when P.P. gave him “an unusual pack of cigarettes,” being the moment when Mr. St John’s wilful blindness “crystallized.” Counsel argues that, in an ideal world, upon this “crystallization” of knowledge, perhaps other options could have been available to Mr. St John, but the evidence did not establish how close in time to the traffic stop Mr. St John’s knowledge “crystallized.” Therefore, the Attorney General’s suggestion that Mr. St John had options ignores the reality of his situation.

[34] The record contains no evidence characterizing Mr. St John’s relationship with P.P. beyond Mr. St John’s assertion that he would have considered P.P. a friend but that he was more of a boss or employer. There is no analysis by the judge as to why this relationship, or any employee-employer relationship for that matter, factors into the application of the legal test to determine the existence, or absence, of control during the transport of the contraband.

[35] The judge’s conclusion that Mr. St John was wilfully blind to the circumstances is based on a constellation of facts that are neither time-specific, nor time-driven. The receipt of the so-called “unusual cigarettes” is but one of the facts that, according to the judge, Mr. St John chose to ignore. The judge also found that Mr. St John

was wilfully blind to the preloaded van and the smell of raw tobacco, all of which should have given him reason for suspicion.

[36] As for the suggestion by counsel for Mr. St John that the options available to his client could only be exercised in an ideal world, I agree with the Attorney General. We do not live in an ideal world; we live in a world that requires us to exercise available options in moments where they may not be ideal or optimal. In circumstances where a person has knowledge that he or she is participating in the commission of an offence, that person must choose between continuing in the commission of that offence or take positive steps to extricate himself or herself from the situation regardless of how impractical or difficult doing so may be.

[37] On the facts of this case, the judge's finding that the existence of an employer-employee relationship equates to an absence of control is an incorrect statement of the law and, in my view, the judge misdirected himself as to what constitutes "control." That is not to say that the existence of an employee-employer relationship is not, with other factors, relevant to the issue of control but, in the circumstances of this case, a bald assertion that Mr. St John lacked control because of the employment relationship with P.P. is an incorrect statement of the law that warrants appellate intervention.

[38] Counsel for Mr. St John submits the Attorney General's appeal should fail based on this Court's decisions in *Breau* and *Christie*.

[39] The issue on appeal in *Breau* was whether the Crown had proved Mr. Breau was in possession of the marijuana. In the execution of a search warrant, the police forced open the trunk of a vehicle, leased to a third party, where bags of marijuana were found. Mr. Breau's fingerprints were found on one of the bags as well as on the lid of the trunk. There was no evidence connecting Mr. Breau to the vehicle or its lessee; there was no evidence establishing the ownership of the property where the search was conducted. The trial judge found that "evidence was given here of finding narcotics in Mr. Breau's car and constructively in his possession [...]." This Court held that the trial judge erred in so finding as there was no evidence the vehicle belonged to Mr. Breau and no evidence linking

Mr. Breau to the lessee of the vehicle. This Court also held that the Crown had failed to prove constructive possession, ruling that the mere fact a person handled stolen goods and left his or her fingerprints on them is not proof that the person had possession in law, i.e. control of them, and no inference of such control can be made from the mere presence of fingerprints. The *Breau* case stands for the proposition there can be no conviction on a charge of possession absent proof beyond a reasonable doubt that the defendant exercised some form of control over the prohibited item.

[40] In *Christie*, the Attorney General appealed against the defendant's acquittal on a charge of possession of marijuana. This Court dismissed the Attorney General's appeal, ruling that the acquittal of the defendant should stand and observing that, although there was ample evidence to justify a conviction the trial judge took a view of the facts which led him to the conclusion there was reasonable doubt as to the defendant's guilt. Hughes, C.J.N.B. stated that the Court should ask itself whether, on the whole of the evidence, any rational hypothesis of innocence existed. He concluded that the acquittal was grounded on the trial judge's belief that the defendant had not consented to possession of the drug considering her explanation that she had no intent to exercise control over the marijuana found in the trunk of her car and, at the time of the accident, she was driving about the city for an hour seeking friends from whom she might obtain advice as to what she should do with it.

[41] Unlike in the *Christie* case, the sole explanation provided by Mr. St John was that he had no knowledge of the contents of the van and did not pack the van or touch anything in the back of the van. This is not surprising given counsel's position that control was not an issue. Mr. St John's explanation as to lack of knowledge was rejected by the judge for the reasons expressed in his decision. He then considered the issue of control and, based solely on the existence of an employee-employer relationship, determined that control had not been established. Again, in my view, in doing so, the judge misdirected himself as to what constitutes "control," which led to a misapprehension of a legal principle. For this reason, I would allow the appeal by the Attorney General.

E. *The party liability issue*

[42] The Attorney General also raised the issue of the judge's failure to consider the application of s. 21 of the *Code* to the circumstances of this case. Given my determination on the issue of control, I will not address the concept of party liability beyond saying that s. 21 of the *Code*, making "secondary participants" parties to an offence, also applies to possession offences. Consequently, a secondary party who aids, abets or forms a common intention with the primary offender, who actually commits a possession offence, is also guilty as a party in the commission of the offence although the secondary party does not possess the prohibited goods within the meaning of s. 4(3) of the *Code*: *R. v. Arason*, [1992] B.C.J. No. 2558 (QL) (C.A.), at paras.179-183.

F. *The relief sought by the Attorney General*

[43] Where the reasons of a trial judge show that he or she was convinced beyond a reasonable doubt of the defendant's participation in the offence, or ought to have been convinced, on the facts, a conviction may be substituted for an erroneous acquittal: *Arason*, at para. 188. In this matter, the judge's conviction of Mr. St John for the offence of transporting the contraband shows he was convinced beyond a reasonable doubt that Mr. St John was involved in transporting contraband cigarettes on the date and at the location specified in the information. The legal effect of this conduct, in this case, is that Mr. St John also possessed the same contraband cigarettes on that same date and location, and I would substitute convictions to the erroneous acquittals on the possession charges.

[44] In his written submission, the Attorney General states that, if the appeal is successful, this Court should impose upon Mr. St John the mandatory minimum fines provided by law, as subsequent proceedings before the Provincial Court would serve no purpose.

[45] A crucial element of the sentences sought by the Attorney General is the number of cigarettes in Mr. St John's possession. The record shows that a total of 310,600

cigarettes were found in boxes and in two backpacks, one of which belonged to Mr. St John. There were also cigarettes in the package and the bag of cigarettes provided to Mr. St John by P.P. During closing arguments before the judge, the Crown itself raised the issue there was a need for the judge to determine the quantity of cigarettes in Mr. St John's possession.

[46] In his reasons, the judge was unable to determine the quantity of cigarettes left in the bag received from P.P. or in Mr. St John's backpack. At the very least, Mr. St John had possession of those cigarettes in the package and bag he had received from P.P. and those in his backpack; at the most, he had possession of 310,600 cigarettes. As the quantity of cigarettes is a live issue, I would remit the matter to the trial judge for determination of the quantity based on the evidence accepted by him for the purposes of imposing sentence.

IV. Conclusion and Disposition

[47] For those reasons, I would allow the Attorney General's application for leave to appeal the acquittals on the summary conviction charges under s. 676(1.1) of the *Code*. I would also allow the appeal, substitute convictions for the acquittals on the possession charges pursuant to s. 216(1)(a) of the *Excise Act, 2001* and s. 18(1) of the *Tobacco Tax Act* and remit the matter to the trial judge for sentencing.

APPENDIX A / ANNEXE A

Criminal Code, s. 4(3)

Possession

4(3) For the purposes of this Act,

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

Excise Act, 2001, s. 5

Constructive possession

5(1) For the purposes of section 25.2, subsections 25.3(1), 30(1), 32(1) and 32.1(1), section 61, subsections 70(1) and 88(1), section 158.04, subsections 158.05(1) and 158.11(1) and (2), section 158.37, subsections 158.38(1) and 158.44(1) and (2), sections 230 and 231 and subsection 238.1(1), if one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest of them, has anything in the person's possession, it is deemed to be

Code criminel, par. 4(3)

Possession

4(3) Pour l'application de la présente loi :

a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment :

(i) ou bien elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne,

(ii) ou bien elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne;

b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Loi de 2001 sur l'accise, art. 5

Possession réputée

5(1) Pour l'application de l'article 25.2, des paragraphes 25.3(1), 30(1), 32(1) et 32.1(1), de l'article 61, des paragraphes 70(1) et 88(1), de l'article 158.04, des paragraphes 158.05(1) et 158.11(1) et (2), de l'article 158.37, des paragraphes 158.38(1) et 158.44(1) et (2), des articles 230 et 231 et du paragraphe 238.1(1), la chose qu'une personne a en sa possession au su et avec le consentement d'autres personnes est réputée être sous la garde et

in the custody and possession of each and all of them.

en la possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Definition of *possession*

Définition de *possession*

(2) In this section and in section 25.2, subsections 25.3(1), 30(1), 32(1) and 32.1(1), section 61, subsections 70(1) and 88(1), section 158.04, subsections 158.05(1) and 158.11(1) and (2), section 158.37 and subsections 158.38(1), 158.44(1) and (2) and 238.1(1), ***possession*** means not only having in one's own personal possession but also knowingly

(2) Au présent article, à l'article 25.2, aux paragraphes 25.3(1), 30(1), 32(1) et 32.1(1), à l'article 61, aux paragraphes 70(1) et 88(1), à l'article 158.04, aux paragraphes 158.05(1), 158.11(1) et (2), à l'article 158.37 et aux paragraphes 158.38 (1) et 158.44(1) et (2) et 238.1(1), ***possession*** s'entend du fait pour une personne d'avoir une chose en sa possession personnelle ainsi que du fait, pour elle :

(a) having in the actual possession or custody of another person; or

a) de savoir qu'une autre personne l'a en sa possession effective ou sous sa garde effective pour son compte;

(b) having in any place, whether belonging to or occupied by one's self or not, for one's own use or benefit or that of another person.

b) de savoir qu'elle l'a dans un endroit quelconque, à son usage ou avantage, ou à celui d'une autre personne.

LA JUGE.LEBLANC

I. Introduction

- [1] Michael St John a été accusé de quatre infractions liées au transport et à la possession de produits du tabac illégaux (un chef d'accusation fondé sur le sous-al. 121.1a)(i) du *Code criminel*; un chef d'accusation fondé sur l'al. 216(1)a de la *Loi de 2001 sur l'accise*, L.C. 2002, ch. 22; et deux chefs d'accusation fondés sur le par. 18(1) de la *Loi de la taxe sur le tabac*, L.R.N.-B. 1973, ch. T-7). Deux des infractions étaient de celles punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, tandis que les deux autres étaient des actes criminels. Le procès de M. St John s'est déroulé devant la Cour provinciale; il a été déclaré coupable d'avoir transporté des produits du tabac qui n'étaient pas estampillés (sous-al. 121.1a)(i) du *Code criminel*), mais acquitté des trois infractions de possession.
- [2] Le procureur général interjette appel des verdicts d'acquittement, faisant valoir que le juge du procès a mal interprété en quoi consiste le « contrôle », un élément constitutif d'une infraction de possession; il soutient en outre que le juge du procès a commis une erreur en omettant de tenir compte des principes de la responsabilité des participants énoncés au par. 21(1) du *Code criminel*. Puisque deux des quatre infractions dont M. St John a été accusé étaient des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le procureur général sollicite l'autorisation d'interjeter appel des verdicts d'acquittement pour ces infractions comme le prescrit le par. 676(1.1) du *Code criminel*.
- [3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir la demande d'autorisation d'appel des verdicts d'acquittement quant aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire présentée par le procureur général en vertu du par. 676(1.1) du *Code criminel*. Je suis également d'avis d'accueillir l'appel, de

substituer des déclarations de culpabilité aux verdicts d'acquiescement quant aux accusations de possession fondées sur l'al. 216(1)a) de la *Loi de 2001 sur l'accise* et sur le par. 18(1) de la *Loi de la taxe sur le tabac*, et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour détermination de la peine.

II. Contexte

A. *La preuve*

[4] À l'occasion, M. St John était payé pour agir comme chauffeur de P.P., puisque ce dernier n'avait pas de permis de conduire. Selon la description qui en a été faite, leur relation était davantage celle d'un patron et d'un employé que celle qu'entretiennent des amis. En mars 2019, P.P. a offert de payer M. St John pour qu'il le conduise en Ontario et le ramène en Nouvelle-Écosse afin de transporter les effets personnels du cousin de P.P., qui se trouvait alors en Ontario, mais déménageait en Nouvelle-Écosse.

[5] Après être arrivés en Ontario tard le soir, M. St John et P.P. ont dormi dans un motel. Lorsque M. St John s'est réveillé le lendemain matin, P.P. était déjà en train de faire ses valises, et la fourgonnette était remplie de boîtes et de valises. M. St John a été surpris de constater qu'il en était ainsi, parce qu'il avait prévu d'aider à charger le véhicule.

[6] Durant le voyage de retour, lorsque M. St John, qui souhaitait acheter des cigarettes, a demandé à P.P. de lui faire un paiement anticipé, ce dernier lui a remis un paquet rouge et un sac de cigarettes. M. St John s'est informé de la provenance des cigarettes parce qu'il n'en reconnaissait ni l'emballage ni la marque. On lui a répondu de ne pas s'en faire avec cela.

[7] Un policier a intercepté la fourgonnette au Nouveau-Brunswick, près de la frontière avec la Nouvelle-Écosse, en raison de la vitesse à laquelle elle roulait et du fait que son numéro de plaque d'immatriculation était caché par du sel de voirie. Pendant qu'il discutait avec M. St John, l'agent a remarqué que ce dernier était très nerveux, que sa main tremblait lorsqu'il lui a remis son permis de conduire et que sa mâchoire en faisait autant.

Toujours durant sa conversation avec M. St John, le policier a senti une odeur de tabac brut et noté la présence, à l'arrière du véhicule, d'une bâche verte qui recouvrait des objets ressemblant à des boîtes. Il a aussi constaté la présence, sur le plancher du côté du conducteur, d'un paquet de cigarettes rouge sans estampille provinciale qu'il soupçonnait d'être illégales.

[8] Le policier a jugé qu'il avait des motifs raisonnables de soupçonner que la fourgonnette contenait du tabac illégal et il a demandé du renfort. La fouille de la fourgonnette qui a suivi l'arrestation a mené à la saisie de 310 600 cigarettes non estampillées. M. St John a été arrêté et, plus tard, accusé de transport et de possession de tabac illégal.

B. *Le procès*

[9] Au procès, les parties ont fait valoir que la principale question à trancher était celle de la connaissance par M. St John de la nature du contenu de la fourgonnette. Pour sa défense, M. St John a affirmé qu'il ne savait pas que la fourgonnette contenait du tabac illégal. Il a témoigné : (1) qu'il n'avait pas aidé à charger la fourgonnette et qu'il n'en connaissait pas le contenu; (2) que, même s'il trouvait P.P. cachottier, il ne l'avait jamais vu faire quoi que ce soit d'illégal; (3) que, lorsqu'il s'est enquis de la provenance du paquet et du sac de cigarettes que lui avait remis P.P. et qu'on lui a répondu de ne pas s'en faire avec cela, il a attribué cette réponse au [TRADUCTION] « caractère cachottier » de P.P. et affirmé qu'un fumeur ne refuse jamais les cigarettes qui lui sont offertes; et (4) qu'il était nerveux lorsqu'il a été arrêté par la police parce qu'il s'identifie comme Autochtone, et que sa mâchoire tremblait parce qu'il ne portait pas la plaque occlusale qu'il avait l'habitude de porter la nuit.

[10] Dans sa décision, le juge a rejeté le témoignage de M. St John qu'il a jugé, [TRADUCTION] « quant aux questions litigieuses, contradictoire et mensonger », et il a conclu que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable que M. St John

savait ce que contenait les boîtes qu'il transportait, ou qu'il avait fait preuve d'aveuglement volontaire à cet égard :

[TRADUCTION]

[...] La Cour conclut que l'ensemble des circonstances était tel qu'il est question d'une fourgonnette qui était remplie de boîtes recouvertes d'une bâche, qu'elle avait été chargée par [P.P.] sans l'aide de M. St. John, et qu'il s'agissait, semble-t-il, d'objets qui devaient être déménagés pour le compte du cousin de [P.P.]. Ensuite, le fait que [P.P.] a donné des cigarettes à M. St. John en lui disant de ne pas s'en faire avec cela, la nervosité de ce dernier lorsqu'il a été intercepté par la police, ainsi que sa prétention qu'il ne pouvait pas sentir l'odeur du tabac brut sont bien sûr suspects, de sorte que tout le témoignage qu'il a rendu pour dissiper cette suspicion n'est pas crédible. La Cour peut [inférer] de la preuve que M. St. John aurait dû avoir des soupçons du fait que [P.P.] avait chargé la fourgonnette sans son aide et qu'il lui avait remis un paquet de cigarettes inhabituel, du fait de l'odeur évidente de tabac brut [et du fait que cela] ne l'ait pas incité à poser des questions à son passager sur le contenu de la fourgonnette. Après examen de l'ensemble de la preuve présentée en l'espèce, la Cour est convaincue hors de tout doute raisonnable que le ministère public a réussi à prouver que M. St. John savait ce que contenaient les boîtes qu'ils transportaient de l'Ontario jusqu'à la Nouvelle-Écosse ou qu'il faisait preuve d'aveuglement volontaire à ce sujet. Comme nous le savons, la connaissance peut être prouvée aussi bien par la preuve de la connaissance réelle que par celle de l'aveuglement volontaire. En ce qui a trait à l'odeur dans la fourgonnette, elle a été facilement détectée par les deux policiers présents sur les lieux, et la prétention de M. St. John selon laquelle autant de cigarettes dans la petite fourgonnette ne dégageaient pas d'odeur n'est tout simplement pas crédible.

[11] Le juge a ensuite traité des éléments constitutifs de l'infraction de possession :

[TRADUCTION]

Contrôle : les deux éléments essentiels de l'infraction de possession sont : un certain contrôle sur l'objet et la connaissance de la présence de ce dernier. [...] En règle

générale, le contrôle sur un objet ne s'infère pas de la simple connaissance de l'existence de l'objet ou de celle du lieu où il se trouve. Il existe plutôt lorsqu'il y a un certain accès à l'objet et un certain pouvoir d'en limiter, d'en permettre, d'en gérer ou d'en empêcher l'utilisation. La possession sans contrôle ne suffit pas pour prouver l'infraction. La seule manipulation d'un objet n'est pas non plus une preuve de contrôle sur l'objet ou d'intention de le posséder. Voir *R. c. Breau*, 1987 CanLII 6811 (NB CA), aussi répertoriée sous 1987 A.N.-B. n° 15. La Cour retient le témoignage de M. St John selon lequel il était – dans une relation employé-employeur avec [P.P.] et y donne foi, de sorte que même s'il – même si la Cour infère que M. St John avait connaissance de la marchandise de contrebande, elle conclut qu'il n'en avait pas le contrôle. [...] [Je souligne.]

[12] M. St John a été déclaré coupable d'avoir transporté du tabac non estampillé, une infraction prévue à l'al. 121.1a) du *Code criminel*, pour laquelle il a obtenu une absolution sous conditions, mais il a été acquitté des trois infractions de possession. Je le répète, le procureur général interjette maintenant appel des verdicts d'acquiescement relatifs à ces infractions.

III. Questions en litige en appel

[13] L'appel du procureur général soulève deux questions :

- (1) Le juge a-t-il commis une erreur de droit dans son appréciation et son application de la définition et des éléments constitutifs de l'infraction de possession?
- (2) Le juge a-t-il commis une erreur de droit dans son appréciation et son application des dispositions sur la responsabilité des participants énoncées à l'art. 21 du *Code criminel*?

IV. Analyse

A. *Autorisation d'interjeter appel des verdicts d'acquittement à l'égard des accusations poursuivies par procédure sommaire*

[14] En l'espèce, le juge a présidé un procès portant à la fois sur une dénonciation quant à deux chefs d'accusation relatifs à des actes criminels et sur une dénonciation quant à deux chefs d'accusation à l'égard d'infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, tous des chefs d'accusation découlant d'une seule découverte de tabac illégal dans une fourgonnette qui circulait sur la Transcanadienne.

[15] La jonction de l'appel d'un verdict d'acquittement à l'égard d'une infraction poursuivie par procédure sommaire et de l'appel d'un verdict d'acquittement à l'égard d'un acte criminel est régie par le par. 676(1.1) du *Code criminel*, qui énonce trois conditions légales auxquelles il est satisfait dans la présente cause. De plus, l'appel quant à chaque chef concerne les mêmes parties et les mêmes questions. Autoriser l'appel favoriserait donc l'économie des ressources judiciaires et éviterait le risque de décisions contradictoires en appel quant à la même question. Je suis donc d'avis d'autoriser le procureur général à interjeter appel des verdicts d'acquittement à l'égard des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire puisqu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire : *R. c. Diabo*, 2018 QCCA 1630, [2018] J.Q. n° 9336 (QL), par. 48-49.

B. *Norme de contrôle*

[16] L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel* permet au ministère public d'interjeter appel d'un verdict d'acquittement à l'égard d'une procédure sur acte d'accusation quant à une question de droit seulement. Dans le présent appel, le procureur général soutient que le juge a mal interprété en quoi consiste le « contrôle », un élément constitutif de l'infraction de possession, ce qui soulève donc une question de droit seulement.

[17] La norme de contrôle applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte (voir *R. c. Chung*, 2020 CSC 8, [2020] A.C.S. n° 8 (QL), par. 10-11 et 18; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8; *R. c. Sexton*, 2011 NBCA 97, [2011] A.N.-B. n° 372 (QL), par. 2).

C. *Possession : le cadre juridique*

[18] Le présent appel porte essentiellement sur le concept de contrôle comme élément constitutif de l'infraction de possession.

[19] M. St John a été acquitté d'un chef de possession fondé sur la *Loi de 2001 sur l'accise* et de deux chefs de possession fondés sur la *Loi de la taxe sur le tabac*. Le terme « possession » est défini aux par. 5(1) et (2) de la *Loi de 2001 sur l'accise*. Le concept n'est toutefois pas défini dans la *Loi de la taxe sur le tabac*, une loi provinciale. En ne définissant le terme « possession » ni dans cette loi, ni dans la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, ni dans la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, le législateur du Nouveau-Brunswick doit avoir voulu que les infractions de possession visées par la *Loi de la taxe sur le tabac* soient régies par la définition habituelle du terme « possession » ou par sa définition en common law.

[20] Dans la décision de la Cour d'appel de l'Ontario *Rex c. Martin*, [1948] O.J. No. 512 (QL) (C.A.), la Cour s'est penchée sur le sens du terme « possession » dans la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, 1929, S.C. 1929, ch. 49. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que, bien que le sous-al. 5(1)b)(ii) (maintenant son par. 4(3)) ne pouvait être inclus implicitement dans la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques* comme une définition légale du terme « possession », en common law, ce terme comprend les cas relevant du sous-al. 5(1)b)(ii). S'exprimant au nom de la majorité, le juge Laidlaw a affirmé :

[TRADUCTION]

J'estime que le terme « possession », tel qu'il est employé à l'art. 4 de la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques* et dans les modifications qui y ont été apportées, doit avoir le sens qu'il avait en common law. Il y était utilisé en lien avec

les biens meubles dans trois sens différents : premièrement, pour décrire la simple possession physique; deuxièmement, pour décrire la possession au sens juridique; et troisièmement, pour décrire le droit à la possession. La possession physique a parfois été décrite comme la possession « effective », « en main propre » ou « *de facto* ». La possession au sens juridique peut exister sans possession physique. Il s'agit de la possession attribuée en droit à une personne et qui décrit son lien juridique avec un objet par rapport à d'autres personnes. Elle a parfois été appelée « possession réputée ». [...] Pour le moment, il suffit de dire que, selon moi, avoir la possession d'un objet au sens de la common law comprend les cas relevant du sous-al. 5(1)b(ii) du Code criminel. [...]

[...]

Je conclus qu'en conférant au terme « possession » le sens que lui donne la common law, et indépendamment du sous-al. (1)b(ii) [*sic*] du *Code criminel*, il comprend, comme cela est expressément prévu, [TRADUCTION] « le fait d'avoir [un objet] où que ce soit, qu'il appartienne à soi-même ou qu'il soit utilisé par soi-même ou non, à son usage ou avantage ou à celui d'une autre personne ». [Le soulignement est de moi; par. 10 et 11]

[21] Par conséquent, bien qu'on ne puisse faire comme si le par. 4(3) du *Code criminel* faisait partie de la *Loi de 2001 sur l'accise* ou de la *Loi de la taxe sur le tabac* comme définition légale du terme « possession », je suis d'avis que tant sa définition énoncée dans la première de ces lois que celle de common law comprennent les cas visés au par. 4(3) du *Code criminel*. Il convient de noter que, devant la Cour, l'avocat du procureur général a convenu qu'il n'y avait essentiellement aucune distinction à faire entre la possession telle qu'elle est définie dans la *Loi de 2001 sur l'accise* et dans le *Code criminel*. Par souci de commodité, le par. 4(3) du *Code criminel* et l'art. 5 de la *Loi de 2001 sur l'accise* sont entièrement reproduits dans l'annexe A de la présente décision.

[22] Il n'est pas allégué que M. St John avait la possession personnelle des biens de contrebande; il est plutôt allégué qu'il en avait la possession réputée, ou possiblement la possession commune. Or, aucune de ces formes de possession, contrairement à la

possession personnelle, n'exige une preuve de la manipulation de l'objet : *Marc c. R.*, 2006 QCCA 57, [2006] J.Q. n° 250 (QL), par. 48, citant le juge Smith dans *R. c. Fisher*, 2005 BCCA 444, [2005] B.C.J. No. 1955 (QL), par. 20.

[23] Il y a possession réputée lorsque l'accusé n'a pas la garde physique de l'objet en question, mais que, en connaissance de cause, il l'a en la possession ou garde effective d'une autre personne ou en un lieu à son propre usage ou avantage ou à celui d'une autre personne (voir *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *Smith c. R.*, 2012 NBCA 99, 396 R.N.-B. (2^e) 367; *Mowry c. R.*, 2016 NBCA 2, [2016] A.N.-B. n° 5 (QL); *R. c. Choudhury*, 2021 ONCA 560, [2021] O.J. No. 4228 (QL); *R. c. Lights*, 2020 ONCA 128, [2020] O.J. No. 677 (QL)).

[24] Toutes les formes de possession requièrent la connaissance et le contrôle de l'objet (voir *R. c. Breau* (1987), 76 R.N.-B. (2^e) 367, [1987] A.N.-B. n° 15 (QL) (C.A.); *R. c. Christie* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 261, [1978] A.N.-B. n° 68 (QL) (C.A.)). Tant la connaissance que le contrôle peuvent être établis au moyen d'une preuve circonstancielle (voir *Smith*, par. 13 et 22; *R. c. Lehner*, 2020 ABCA 248, [2020] A.J. No. 700 (QL), par. 15).

[25] Dans l'arrêt *Smith*, le juge Drapeau, alors juge en chef du Nouveau-Brunswick, qui a rendu la décision au nom de la Cour, a écrit :

Dans l'arrêt *R. c. Wu*, 2010 BCCA 589, [2010] B.C.J. No. 2585 (QL), auquel le juge du procès a fait référence dans ses motifs de décision, le juge Frankel, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, décrit le contrôle en ces termes :

[TRADUCTION]

La règle de droit concernant le contrôle dans le contexte de la possession de droit est bien connue. Le ministère public doit prouver que l'accusé était capable d'exercer un certain pouvoir (à savoir un certain contrôle) sur l'objet en question. Il n'est pas nécessaire pour le ministère public de prouver que ce pouvoir a dans les faits été exercé : *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, aux par. 15 à 17, 137 et 138; *R. c. Webster*, 2008 BCCA 458, 238 C.C.C. (3d) 270, aux par. 42 à 44. [par. 20]

La question qui se pose maintenant est celle de savoir si, compte tenu de la preuve, le juge du procès pouvait raisonnablement conclure que l'appelant était en position d'exercer un contrôle sur les substances désignées qui se trouvaient dans l'appartement de M^{me} Wilson.

La question de savoir si le degré de contrôle requis existe est une question de fait, qui doit être tranchée à la lumière des circonstances particulières de chaque affaire. [...]

[...]

Dans ses motifs, le juge du procès a exposé l'ensemble des circonstances dont l'effet cumulatif l'a amené à conclure que le ministère public avait établi de façon satisfaisante que l'appelant était en mesure d'exercer un certain contrôle sur les drogues qui se trouvaient dans l'appartement de M^{me} Wilson. [Le soulignement et le gras sont de moi; par. 15-16]

D. *La conclusion du juge du procès quant au « contrôle »*

[26] Tous conviennent que la question de savoir si les faits étaient une conclusion qu'il y avait contrôle afin d'établir la possession est une question de droit, ce qui permet au ministère public de faire entendre son appel en vertu de l'al. 676(1)a). En revanche, selon M. St John, le procureur général faisait principalement valoir qu'il était déraisonnable que, sur le fondement des faits de la présente cause, le juge conclue à une absence de contrôle. Or, toujours selon M. St John, le procureur général n'a pas le droit d'interjeter appel d'un [TRADUCTION] « verdict d'acquiescement déraisonnable » et il n'y a aucune possibilité d'intervention en appel dans la présente affaire.

[27] Dans l'arrêt *Chung*, la juge Martin, qui a rendu le jugement au nom des juges majoritaires, a écrit :

Selon l'al. 676(1)a), la Couronne ne peut interjeter appel d'un acquiescement que pour une « question de droit

seulement ». Un lien doit pouvoir être établi entre l'erreur susceptible d'appel et une question de droit, plutôt qu'une question sur la manière d'apprécier la preuve et de vérifier si celle-ci satisfait à la norme de preuve (*R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 25-27; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 15-17). La Couronne ne peut donc pas interjeter appel simplement parce qu'un acquittement est déraisonnable (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 33).

Les erreurs de droit sont commises, par exemple, lorsque « [l]’effet juridique des conclusions de fait ou des faits incontestés soulève une question de droit » et lorsqu’il y a « [u]ne appréciation de la preuve fondée sur un mauvais principe juridique » (*J.M.H.*, par. 28-30). Ces deux types d'erreurs sont quelque peu semblables; dans les deux cas, il s'agit de situations où l'application des principes juridiques à la preuve, par les juges de première instance, révèle une compréhension erronée du droit, soit parce que les juges concluent à l'existence de tous les faits nécessaires pour satisfaire au critère mais commettent une erreur de droit dans son application, soit parce que les juges apprécient la preuve d'une manière qui indique autrement une mauvaise compréhension du droit. [Le soulignement est de moi; par. 10-11]

[28] Le procureur général soutient que le juge a mal interprété en quoi consiste le [TRADUCTION] « contrôle ». Il fait valoir : (1) que M. St John exerçait un [TRADUCTION] « certain » contrôle sur la fourgonnette et son contenu puisqu'il était le seul détenteur d'un permis lui permettant de conduire le véhicule et celui qui a permis le transport de la marchandise de contrebande sur l'autoroute; et (2) que M. St John aurait pu choisir d'arrêter de conduire ou bien de conduire la fourgonnette jusqu'à un poste de police et la remettre avec son contenu aux autorités.

[29] Pour sa part, M. St John soutient : (1) que le juge n'a commis aucune erreur de droit et a cerné comme il se doit les éléments de la possession, à savoir la connaissance et le contrôle; (2) que le juge a déterminé à juste titre que la question du contrôle devait être tranchée en l'espèce; (3) que le juge a appliqué le critère juridique relatif au

[TRADUCTION] « contrôle » sur le fondement [TRADUCTION] « des faits » de la cause et a conclu que M. St John n'avait pas le contrôle [de la marchandise de contrebande]; et (4) que l'affirmation du procureur général selon laquelle il avait eu d'autres choix que de conduire la fourgonnette fait fi de sa réalité au moment des faits.

[30] Par souci de commodité, il vaut la peine de répéter la conclusion du juge quant à la question du [TRADUCTION] « contrôle » :

[TRADUCTION]

Contrôle : les deux éléments essentiels de l'infraction de possession sont : un certain contrôle sur l'objet et la connaissance de la présence de ce dernier. [...] En règle générale, le contrôle sur un objet ne s'infère pas de la simple connaissance de l'existence de l'objet ou de celle du lieu où il se trouve. Il existe plutôt lorsqu'il y a un certain accès à l'objet et un certain pouvoir d'en limiter, d'en permettre, d'en gérer ou d'en empêcher l'utilisation. La possession sans contrôle ne suffit pas pour prouver l'infraction. La seule manipulation d'un objet n'est pas non plus une preuve de contrôle sur l'objet ou d'intention de le posséder. Voir *R. c. Breau*, 1987 A.N.-B. n° 6811 (NB CA), aussi répertoriée sous 1987 A.N.-B. n° 15. La Cour retient le témoignage de M. St John selon lequel il était – dans une relation employé-employeur avec [P.P.] et y donne foi, de sorte que même s'il – même si la Cour infère que M. St John avait connaissance de la marchandise de contrebande, elle conclut que M. St John n'en avait pas le contrôle. [...] [Le soulignement est de moi.]

[31] Il convient de noter que, au procès, les deux parties aient précisé que la question à trancher était celle de la connaissance. En fait, l'avocat de la défense est même allé jusqu'à dire, ses propos étant consignés au dossier, que la question du contrôle n'était pas en litige.

[32] Accepter que le juge ait appliqué correctement le critère juridique relatif au [TRADUCTION] « contrôle » sur le fondement des [TRADUCTION] « faits » de la cause pose un problème. Le seul [TRADUCTION] « fait » sur lequel s'est fondé le juge est celui de la relation employé-employeur entre M. St John et P.P., du fait qu'il a retenu le

témoignage de M. St John en ce sens. Or, le seul élément de preuve fournit par ce dernier sur la question a été son affirmation selon laquelle il [TRADUCTION] « aurait considéré » P.P. comme un ami, [TRADUCTION] « mais qu'il était davantage un patron, un employeur ».

[33] Selon l'avocat de M. St John, le fait que le juge se soit fié à la relation employé-employeur constitue une reconnaissance implicite du déséquilibre de pouvoir entre son client et P.P. et le choix de soudainement arrêter la fourgonnette et de faire des demandes à son employeur aurait placé M. St John dans une position intenable, et possiblement dangereuse. Pour l'avocat, l'affirmation du procureur général selon laquelle M. St John disposait d'autres choix que de conduire la fourgonnette fait fi de sa réalité au moment des faits : elle ne reconnaît pas qu'il a acquis la connaissance requise seulement quelque part entre l'Ontario et la Nouvelle-Écosse, plus particulièrement lorsque P.P. lui a remis [TRADUCTION] « un paquet de cigarettes inhabituel », soit le moment où l'aveuglement volontaire de M. St John s'est [TRADUCTION] « cristallisé ». L'avocat soutient que, dans un monde idéal, au moment de cette [TRADUCTION] « cristallisation » de la connaissance, M. St John aurait peut-être pu disposer d'autres choix, mais la preuve n'a pas établi combien de temps avant le contrôle routier la connaissance de M. St John [TRADUCTION] « s'est cristallisée ». En conséquence, l'affirmation du procureur général selon laquelle M. St John avait le choix d'agir de plusieurs façons ne tient pas compte de la réalité de sa situation.

[34] Le dossier ne comporte aucun élément de preuve qualifiant la relation qu'entretenaient M. St John et P.P., outre l'affirmation de M. St John selon laquelle il aurait considéré P.P. comme un ami, mais qu'il était davantage un patron ou un employeur. Le juge n'a pas analysé pourquoi cette relation – ni aucune autre relation employé-employeur d'ailleurs – a une incidence sur l'application du critère juridique servant à déterminer l'existence, ou l'absence, de contrôle durant le transport de la marchandise de contrebande.

[35] La conclusion du juge selon laquelle M. St John avait fait preuve d'aveuglement volontaire quant aux circonstances est fondée sur une constellation de faits qui ne sont ni spécifiques quant au moment où ils se sont déroulés ni déterminés par lui. Selon le juge, la réception des soi-disant [TRADUCTION] « cigarettes inhabituelles » n'est qu'un des faits dont M. St John a choisi de faire fi. Le juge a aussi conclu que M. St John a fait preuve d'aveuglement volontaire quant au chargement de la fourgonnette qui a précédé son réveil et quant à l'odeur de tabac brut, tous des faits qui auraient dû éveiller ses soupçons.

[36] En ce qui a trait à l'affirmation de l'avocat de M. St John selon laquelle les choix qui s'offraient à son client n'auraient pu être exercés que dans un monde idéal, je suis d'accord avec le procureur général. Nous ne vivons pas dans un monde idéal; nous vivons dans un monde qui exige de nous que nous fassions des choix parmi ceux qui s'offrent à nous dans des moments où ils peuvent ne pas être idéaux ou optimaux. Dans des circonstances où une personne a connaissance du fait qu'elle participe à la commission d'une infraction, elle doit choisir entre continuer à le faire ou prendre des mesures proactives pour s'extirper de la situation, même s'il n'est pas pratique ou s'il est difficile de le faire.

[37] Compte tenu des faits de la présente cause, la conclusion du juge voulant que l'existence d'une relation employeur-employé équivaille à une absence de contrôle est un énoncé erroné du droit et, selon moi, le juge a mal interprété en quoi consiste le [TRADUCTION] « contrôle ». Cela ne revient pas à dire que l'existence de ce type de relation, combinée à d'autres facteurs, n'est pas pertinente pour juger de la question du contrôle, mais, dans les circonstances de la présente affaire, une simple affirmation que M. St John n'avait pas de contrôle sur la marchandise en raison de la relation d'emploi qu'il entretenait avec P.P. est un énoncé erroné du droit qui justifie une intervention en appel.

[38] L'avocat de M. St John fait valoir que l'appel du procureur général devrait échouer sur le fondement des décisions de la Cour dans les arrêts *Breau* et *Christie*.

[39] Dans l'affaire *Breau*, la question en appel était celle de savoir si le ministère public avait prouvé que M. Breau avait été en possession de la marijuana. En exécutant un mandat de perquisition, la police avait ouvert de force le coffre d'un véhicule, loué à un tiers, où des sacs de marijuana ont été trouvés. La présence des empreintes digitales de M. Breau avait été constatée sur un des sacs, de même que sur le hayon du véhicule. Aucun élément de preuve ne liait M. Breau au véhicule ou à son locataire; aucun élément de preuve n'établissait le droit de propriété quant au lieu où s'est déroulée la fouille. Le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « la preuve a été fournie ici que des stupéfiants ont été trouvés dans la voiture de M. Breau et implicitement en sa possession [...] ». La Cour a conclu que le juge du procès s'était mépris en tirant cette conclusion, puisqu'il n'y avait ni preuve que le véhicule appartenait à M. Breau ni preuve liant ce dernier au locataire du véhicule. La Cour a conclu en outre que le ministère public n'avait pas prouvé la possession réputée, jugeant que le seul fait qu'une personne ait manipulé des biens volés et y ait laissé ses empreintes digitales ne constitue pas une preuve que cette personne en avait la possession en droit, c.-à-d. le contrôle, et qu'il n'est pas possible d'inférer un tel contrôle de la seule présence des empreintes digitales. L'arrêt *Breau* appuie la proposition selon laquelle il ne peut y avoir de déclaration de culpabilité quant à un chef de possession sans preuve hors de tout doute raisonnable que le défendeur a exercé un certain contrôle sur l'objet prohibé.

[40] Dans l'affaire *Christie*, le procureur général a fait appel du verdict d'acquittement de la défenderesse quant à une accusation de possession de marijuana. La Cour a rejeté l'appel du procureur général, jugeant que l'acquittement en cause devait être maintenu et faisant observer que, même s'il y avait amplement d'éléments de preuve pour justifier une déclaration de culpabilité, le juge du procès avait formé une opinion, quant aux faits, qui l'a amené à conclure qu'il existait un doute raisonnable quant à la culpabilité de la défenderesse. Le juge Hughes, alors juge en chef du Nouveau-Brunswick, a déclaré que la Cour devait se demander si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il existait une hypothèse rationnelle d'innocence. Il a conclu que le verdict d'acquittement était fondé sur la croyance du juge du procès que la défenderesse n'avait pas consenti à la possession de la drogue compte tenu de son explication selon laquelle elle n'avait eu aucune intention

d'exercer un contrôle sur la marijuana trouvée dans le coffre de sa voiture et que, au moment de l'accident, elle circulait en ville depuis une heure, à la recherche d'amis à qui elle pourrait demander conseil quant à ce qu'elle devait en faire.

[41] Contrairement à ce qui s'est produit dans l'affaire *Christie*, en l'espèce, M. St John a fourni une seule explication, soit qu'il ne savait pas ce que contenait la fourgonnette et qu'il n'avait ni chargé cette dernière ni touché à quoi que ce soit qui se trouvait à l'arrière du véhicule. Cela n'est pas surprenant compte tenu de la position de son avocat selon laquelle la question du contrôle n'était pas en litige. L'explication de M. St John quant à l'absence de connaissance a été rejetée par le juge pour des motifs qu'il a exposés dans sa décision. Il a ensuite examiné la question du contrôle et, en se fondant exclusivement sur l'existence d'une relation employé-employeur, il a jugé que le contrôle n'avait pas été établi. Je le répète, selon moi, ce faisant, le juge a mal interprété ce en quoi consiste le [TRADUCTION] « contrôle », ce qui a mené à une interprétation erronée d'un principe juridique. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel du procureur général.

E. *La question de la responsabilité des participants*

[42] Le procureur général a aussi soulevé la question de l'omission par le juge d'envisager l'application de l'art. 21 du *Code criminel* aux circonstances de la présente cause. Compte tenu de ma conclusion sur la question du contrôle, je me contenterai de dire du concept de responsabilité des participants que l'art. 21 du *Code criminel*, qui fait d'un [TRADUCTION] « participant accessoire » à une infraction une partie à cette infraction, s'applique aussi aux infractions de possession. En conséquence, un participant accessoire qui aide le contrevenant principal, auteur réel de l'infraction, qui l'encourage ou qui forme avec lui le projet de poursuivre cette fin illégale, est aussi coupable de la commission de l'infraction comme partie à cette infraction, même s'il n'a pas les biens prohibés en sa possession au sens du par. 4(3) du *Code criminel* : *R. c. Arason*, [1992] B.C.J. No. 2558 (QL) (C.A.), par. 179-183.

F. *La mesure de redressement sollicitée par le procureur général*

[43] Lorsque les motifs du juge du procès démontrent qu'il était convaincu, ou aurait dû être convaincu, hors de tout doute raisonnable de la participation du défendeur à l'infraction, compte tenu des faits, une déclaration de culpabilité peut être substituée à un verdict d'acquiescement erroné : *Arason*, par. 188. En l'espèce, la déclaration de culpabilité de M. St John pour l'infraction de transport d'une marchandise de contrebande indique que le juge était convaincu hors de tout doute raisonnable que M. St John avait participé au transport de cigarettes de contrebande à la date et au lieu précisés dans la dénonciation. En l'espèce, cette conduite a eu pour effet juridique que M. St John a aussi eu la possession des mêmes cigarettes de contrebande à cette date et en ce lieu, et je suis d'avis de substituer des déclarations de culpabilité aux verdicts d'acquiescement erronés quant aux accusations de possession.

[44] Dans son mémoire, le procureur général affirme que, advenant le succès de l'appel, la Cour devrait condamner M. St John à payer les amendes minimales obligatoires prévues par la loi, puisqu'il ne servirait à rien de retourner devant la Cour provinciale.

[45] Un élément crucial des peines sollicitées par le procureur général est le nombre de cigarettes que M. St John avait en sa possession. Selon le dossier, un total de 310 600 cigarettes a été trouvé dans des boîtes et dans deux sacs à dos, dont un appartenait à M. St John. Il y avait aussi des cigarettes dans le paquet et dans le sac de cigarettes que P.P. avait remis à M. St John. Durant les observations finales devant le juge, le ministère public a d'ailleurs lui-même soulevé la question de la nécessité pour le juge de déterminer la quantité de cigarettes que M. St John avait en sa possession.

[46] Or, dans ses motifs, le juge a été incapable de déterminer la quantité de cigarettes qu'il restait dans le sac reçu de P.P. ou dans le sac à dos de M. St John. À tout le moins, M. St John avait en sa possession les cigarettes qui se trouvaient dans le paquet et dans le sac que lui avait remis P.P. ainsi que dans son sac à dos; tout au plus, il avait en sa possession 310 600 cigarettes. Comme la question de la quantité de cigarettes n'a pas été tranchée, je suis d'avis de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il se prononce à ce

sujet sur le fondement de la preuve qu'il a retenu, et ce, aux fins de détermination de la peine.

IV. Conclusion et dispositif

[47] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir la demande d'autorisation d'appel des verdicts d'acquiescement quant aux accusations portées par voie de procédure sommaire présentée par le procureur général en vertu du par. 676(1.1) du *Code criminel*. Je suis en outre d'avis d'accueillir l'appel, de substituer des déclarations de culpabilité aux verdicts d'acquiescement quant aux accusations de possession fondées sur l'al. 216(1)a) de la *Loi de 2001 sur l'accise* et sur le par. 18(1) de la *Loi de la taxe sur le tabac* et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour détermination de la peine.

APPENDIX A / ANNEXE A

Criminal Code, s. 4(3)

Code criminel, par. 4(3)

Possession

Possession

4(3) For the purposes of this Act,

4(3) Pour l'application de la présente loi :

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment :

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(i) ou bien elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne,

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

(ii) ou bien elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne;

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Excise Act, 2001, s. 5

Loi de 2001 sur l'accise, art. 5

Constructive possession

Possession réputée

5(1) For the purposes of section 25.2, subsections 25.3(1), 30(1), 32(1) and 32.1(1), section 61, subsections 70(1) and 88(1), section 158.04, subsections 158.05(1) and 158.11(1) and (2), section 158.37, subsections 158.38(1) and 158.44(1) and (2), sections 230 and 231 and subsection 238.1(1), if one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest of them, has anything in the person's possession, it is deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

5(1) Pour l'application de l'article 25.2, des paragraphes 25.3(1), 30(1), 32(1) et 32.1(1), de l'article 61, des paragraphes 70(1) et 88(1), de l'article 158.04, des paragraphes 158.05(1) et 158.11(1) et (2), de l'article 158.37, des paragraphes 158.38(1) et 158.44(1) et (2), des articles 230 et 231 et du paragraphe 238.1(1), la chose qu'une personne a en sa possession au su et avec le consentement d'autres personnes est réputée être sous la garde et en la

possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

Definition of *possession*

(2) In this section and in section 25.2, subsections 25.3(1), 30(1), 32(1) and 32.1(1), section 61, subsections 70(1) and 88(1), section 158.04, subsections 158.05(1) and 158.11(1) and (2), section 158.37 and subsections 158.38(1), 158.44(1) and (2) and 238.1(1), ***possession*** means not only having in one's own personal possession but also knowingly

(a) having in the actual possession or custody of another person; or

(b) having in any place, whether belonging to or occupied by one's self or not, for one's own use or benefit or that of another person.

Définition de *possession*

(2) Au présent article, à l'article 25.2, aux paragraphes 25.3(1), 30(1), 32(1) et 32.1(1), à l'article 61, aux paragraphes 70(1) et 88(1), à l'article 158.04, aux paragraphes 158.05(1), 158.11(1) et (2), à l'article 158.37 et aux paragraphes 158.38 (1) et 158.44(1) et (2) et 238.1(1), ***possession*** s'entend du fait pour une personne d'avoir une chose en sa possession personnelle ainsi que du fait, pour elle :

a) de savoir qu'une autre personne l'a en sa possession effective ou sous sa garde effective pour son compte;

b) de savoir qu'elle l'a dans un endroit quelconque, à son usage ou avantage, ou à celui d'une autre personne.