

Justin Lance Perrier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PERRIER

Neutral citation: 2004 SCC 56.

File No.: 30002.

2004: May 19; 2004: September 30.

Present: Major, Bastarache, Binnie, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Identification — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether evidence linking gang to one crime could be used against one member as similar fact evidence indicative of his participation in other crimes committed by same gang.

Criminal law — Charge to jury — Group similar fact evidence — Similar fact evidence of crimes committed by gang in three separate incidents put to jury for purpose of identifying particular gang member — Membership in gang varying — Whether trial judge erred in directing jury that evidence admitted with respect to each incident admissible in proving guilt of accused with respect to others.

The accused was charged with several offences arising from three separate incidents of gang home invasions that occurred in the same area over a four-week period. The method of operation adopted by the gang on each of these occasions was distinctive. The accused was first convicted of robbery and break and enter relating to the third incident. The charges in this case relate only to his alleged involvement in the first two incidents. The issue at trial was his identity. Although the Crown admitted that membership in the gang rotated, the Crown asserted that the accused was involved in all three incidents. The accused's role was also alleged to have varied. The trial

Justin Lance Perrier *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. PERRIER

Référence neutre : 2004 CSC 56.

N° du greffe : 30002.

2004 : 19 mai; 2004 : 30 septembre.

Présents : Les juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps et Fish.

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Identification — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que la preuve liant le gang à un crime pouvait être utilisée contre un membre du gang en tant que preuve de faits similaires tendant à établir sa participation à d'autres crimes commis par le même gang?

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve de faits similaires concernant un groupe — Présentation au jury aux fins d'identification d'un membre d'un gang d'une preuve de faits similaires de crimes commis par le gang à l'occasion de trois événements distincts — Variations dans la composition du gang — Est-ce que le juge du procès a fait erreur en disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux autres événements?

L'accusé a été inculqué de plusieurs infractions ayant trait à trois invasions de domicile par un gang survenues dans la même région au cours d'une période de quatre semaines. À chacune de ces occasions, le gang a utilisé une méthode de perpétration distinctive. L'accusé a d'abord été accusé et déclaré coupable de vol qualifié et d'introduction par effraction relativement au troisième événement. Les accusations en cause dans le présent pourvoi se rapportent uniquement à sa présumée participation aux deux premiers événements. L'identification était la question en litige au procès. Bien qu'il ait reconnu que la composition du gang variait, le ministère public a

judge instructed the jury that “evidence admitted with respect to each of the three incidents is admissible in proving the guilt of each accused on the others”. The jury convicted the accused on all counts. The majority of the Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence from one incident as similar fact evidence with respect to identification, not of the gang but of the accused, for the other incidents. Similar fact evidence of group activities is admissible in order to identify a group or gang responsible for a particular crime. Where several crimes were committed with a unique *modus operandi*, and the objective improbability of coincidence is high, the trier of fact should be permitted to draw an inference that the same gang committed the acts. However, where evidence of similar offences committed by a gang is being introduced not just to identify the gang itself but to identify a particular member, a sufficient connection between the individual and the crimes of the group must be established. Where, as here, membership in the group is not constant, this additional requirement will be satisfied if (a) the accused’s role was sufficiently distinctive that no other member of the group or other person could have performed it; or (b) there is independent evidence linking the accused to each crime. Without this additional link, the required nexus between the similar fact evidence and the acts of a particular accused is absent, and it will not have sufficient probative value to outweigh the prejudice caused.

In this case, the similar fact evidence was admissible to attach blame to the gang itself but not to an individual member of the rotating gang. To use evidence of one crime as proof of involvement in others is only appropriate where the similarities are so striking as to preclude coincidence. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same gang that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the accused. The independent evidence against him was also insufficient to link him to each of the gang’s crimes. There was therefore no basis upon which this similar fact evidence

prétendu que l’accusé était impliqué dans les trois événements et y avait joué des rôles différents. Dans ses directives au jury, le juge du procès a dit ceci : « la preuve admise relativement à chacun des trois événements peut être utilisée pour établir la culpabilité de chaque accusé quant aux autres événements ». Le jury a déclaré l’accusé coupable de tous les chefs d’accusation. La Cour d’appel a majoritairement confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge du procès a eu tort de dire au jury que la preuve présentée à l’égard d’un événement pouvait être considérée comme une preuve de faits similaires aux fins d’identification, relativement aux autres événements, non pas du gang mais de l’accusé. Une preuve de faits similaires touchant les activités d’un groupe est admissible pour permettre l’identification d’un groupe ou gang responsable d’un crime particulier. Dans les cas où plusieurs crimes ont été commis suivant un *modus operandi* singulier et où l’improbabilité objective d’une coïncidence est grande, le juge des faits devrait être autorisé à inférer que les crimes sont l’œuvre du même gang. Toutefois, lorsque la preuve d’infractions similaires commises par un gang est présentée pour identifier non pas le gang lui-même mais un membre en particulier, la poursuite doit prouver l’existence d’un lien suffisant entre l’individu concerné et les crimes du groupe. Lorsque, comme en l’espèce, la composition du groupe n’est pas constante, cette condition supplémentaire est remplie dans les cas suivants : a) l’accusé jouait un rôle à ce point distinctif qu’aucun autre membre du groupe ou qui que ce soit d’autre n’aurait pu l’accomplir; b) il existe des éléments de preuve indépendants rattachant l’accusé à chaque crime. Sans ce facteur de rattachement supplémentaire, le lien requis entre la preuve de faits similaires et les actes d’un accusé donné n’existe pas et la valeur probante de cette preuve sera insuffisante pour l’emporter sur le préjudice que causerait l’utilisation de la preuve en question.

En l’espèce, la preuve de faits similaires pouvait être utilisée pour établir la responsabilité du gang lui-même mais non celle d’un membre donné de ce gang, dont la composition variait. La preuve relative à un crime donné ne peut être utilisée pour établir la participation à d’autres infractions que si les similitudes sont frappantes au point d’exclure toute coïncidence. Les similitudes entre les événements démontrent que le même gang a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d’identifier l’accusé. De plus, comme il n’existait pas suffisamment d’éléments de preuve indépendants

should have been put to the jury for the purposes of identification.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL); *R. v. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2003), 187 B.C.A.C. 214, 307 W.A.C. 214, 178 C.C.C. (3d) 97, 14 C.R. (6th) 88, [2003] B.C.J. No. 2187 (QL), 2003 BCCA 508 (*sub nom. R. v. Chan*), upholding the accused's convictions. Appeal allowed.

Peter Leask, Q.C., and *Jeremy Gellis*, for the appellant.

Bruce Johnstone, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

1 On April 21, 2000, the appellant, Justin Lance Perrier and co-accused, Chi Cheong Chan, were convicted of a number of counts of breaking and entering, robbery, unlawful confinement and possession of stolen property. The charges arose from three separate incidents of gang home invasions that occurred in the Vancouver area over a four-week period.

2 The method of operation adopted by the gang was distinctive. The only issue at trial was the identity of the appellant. The theory of the Crown was that membership in the gang rotated, but that the appellant was involved in all three incidents. The trial judge, without objection from counsel, instructed the jury that “evidence admitted with respect to each of the three incidents is admissible in proving the guilt of each accused on the others”, which I take to mean that evidence linking the gang

rattachant ce dernier aux crimes du groupe, rien ne justifiait de soumettre au jury la preuve de faits similaires relativement à la question de l'identification.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL); *R. c. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2003), 187 B.C.A.C. 214, 307 W.A.C. 214, 178 C.C.C. (3d) 97, 14 C.R. (6th) 88, [2003] B.C.J. No. 2187 (QL), 2003 BCCA 508 (*sub nom. R. c. Chan*), qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli.

Peter Leask, c.r., et *Jeremy Gellis*, pour l'appellant.

Bruce Johnstone, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le 21 avril 2000, l'appellant Justin Lance Perrier et un coaccusé, Chi Cheong Chan, ont été déclarés coupables de chefs d'accusation d'introduction par effraction, de vol qualifié, de séquestration et de recel. Les accusations avaient trait à trois invasions de domicile par un gang survenues dans la région de Vancouver au cours d'une période de quatre semaines.

La méthode de perpétration de l'infraction utilisée par le gang possédait un caractère distinctif. L'identification de l'appellant était la seule question en litige au procès. Le ministère public soutenait que, en dépit de la composition changeante du gang, l'appellant avait participé aux trois événements. Dans ses directives au jury, le juge du procès a fait les commentaires suivants, sans objection de la part de l'avocat de la défense : [TRADUCTION] « la preuve admise relativement à chacun des trois

to one offence could be used against the appellant, a member of the gang, as similar fact evidence indicative of his participation in the other offences committed by the same gang.

The jury convicted the appellant of all charges. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, Ryan J.A. dissenting. The issue on this appeal was whether the trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence on each respective count as similar fact evidence on the issue of identification of the appellant on the other counts.

The appeal is allowed. The use of one incident as evidence of others is only applicable where the similarities are so striking as to preclude coincidence. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same gang that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the appellant. I agree with the reasons of Ryan J.A. that the trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence on one count as similar fact evidence on the others as it applied to the appellant. The similar fact evidence was admissible to attach blame to the gang itself but not to an individual member of the rotating gang.

II. Factual Background

On December 15, 1997, a gang of men invaded the home of a family located on East 19th Avenue in Vancouver. On January 2, 1998, a gang of men invaded a family residence located on Osler Street, while on January 14, 1998, a similar incident occurred on Fraserview Drive. The method of operation adopted by the gang on each of these occasions was distinctive.

événements peut être utilisée pour établir la culpabilité de chaque accusé quant aux autres événements ». Selon moi, cette affirmation signifie que la preuve liant le gang à une infraction pouvait être utilisée contre l'appelant — qui était membre du gang — en tant que preuve de faits similaires établissant sa participation aux autres infractions commises par le même gang.

Le jury a déclaré l'appelant coupable de toutes les accusations. La Cour d'appel a majoritairement rejeté l'appel, la juge Ryan étant dissidente. Il s'agit de décider si le juge du procès a fait erreur en disant au jury qu'il pouvait considérer la preuve concernant chaque chef d'accusation comme une preuve de faits similaires aux fins d'identification de l'appelant relativement aux autres chefs.

Le pourvoi est accueilli. Le recours à la preuve relative à un événement donné pour en prouver d'autres n'est permis que dans les cas où les similitudes entre les événements sont frappantes au point d'exclure toute coïncidence. Les similitudes entre les événements démontrent que le même gang a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d'identifier l'appelant. Je souscris aux motifs de la juge Ryan selon lesquels le juge du procès s'est trompé en disant au jury qu'il pouvait, en ce qui concernait l'appelant, considérer la preuve relative à un chef d'accusation comme une preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs. La preuve de faits similaires pouvait être utilisée pour établir la responsabilité du gang lui-même mais non celle d'un membre donné de ce gang, dont la composition variait.

II. Les faits

Le 15 décembre 1997, un groupe d'hommes a envahi le domicile d'une famille situé sur la 19^e avenue Est à Vancouver. Le 2 janvier 1998, une autre résidence familiale, sur la rue Osler cette fois, a été envahie par un groupe d'hommes, puis, le 14 janvier suivant, un événement similaire est survenu sur Fraserview Drive. La méthode de perpétration utilisée par le gang à ces diverses occasions présentait un caractère distinctif.

3

4

5

6 One of the group's members would approach the targeted home disguised as a postman carrying a package. The phoney postman would ring the doorbell, while his two accomplices prepared to overpower the person who answered it. In all three incidents the person who answered the door was an Asian woman. Once inside, the intruders contacted others who then entered the home.

7 In all three incidents the intruders bound the occupant or occupants of the home with duct tape while members of the gang searched the home for valuables. The victims later supplied sketchy and inconsistent descriptions of the intruders, including their number. It was thought that five or six people were involved in each incident.

8 The appellant was first charged and convicted of robbery and break and enter relating to the third incident, on Fraserview Drive. The charges at issue before this Court relate only to his alleged involvement in the first two incidents. His trial on these charges occurred only after his Fraserview conviction.

9 The issue at trial was his identity. The Crown's theory was that two Asians and three or four Caucasians were involved in each incident. Although the Crown admitted that membership in the gang rotated, the Crown asserted that the appellant was involved in all three incidents. The appellant's role was also alleged to have varied. He was said to have dressed as the postman in one incident, and to have assisted in overpowering the victims in the others.

10 The other evidence against the appellant consisted of the testimony of Mr. Wang and the evidence collected upon the appellant's arrest on January 14, 1998.

11 Mr. Wang had previously been convicted of committing offences relating to the East 19th Street and Fraserview Drive incidents, been sentenced to a

L'un des membres du groupe s'approchait de la maison visée déguisé en facteur et portant un colis. Le faux facteur sonnait à la porte de la maison pendant que ses deux complices se préparaient à maîtriser la personne qui répondait à la porte. Dans les trois cas, c'est une femme asiatique qui a répondu à la porte. Une fois à l'intérieur, les complices communiquaient avec les autres membres du groupe, qui pénétraient à leur tour dans la maison.

Les trois fois, les intrus ont ligoté le ou les occupants de la maison avec du ruban adhésif en toile pendant que les autres membres du groupe fouillaient la maison à la recherche d'objets de valeur. Les victimes ont par la suite donné des descriptions sommaires et contradictoires des intrus, y compris quant à leur nombre. On estimait que cinq ou six personnes avaient été impliquées dans chaque événement.

L'appelant a d'abord été accusé et déclaré coupable de vol qualifié et d'introduction par effraction relativement au troisième événement, celui survenu sur Fraserview Drive. Les accusations en cause dans le présent pourvoi se rapportent uniquement à sa présumée participation aux deux premiers événements. Son procès concernant ces accusations s'est tenu après sa condamnation pour l'invasion commise sur Fraserview Drive.

L'identification de l'appelant était la question en litige au procès. Le ministère public a soutenu que deux Asiatiques et trois ou quatre individus de race blanche étaient impliqués dans chaque événement. Bien qu'il ait reconnu que la composition du gang variait, le ministère public a prétendu que l'appelant était impliqué dans les trois événements et y avait joué des rôles différents. Il aurait été déguisé en facteur au cours d'une invasion et il aurait aidé à maîtriser les victimes dans les autres.

Le reste de la preuve contre l'appelant se composait du témoignage de M. Wang et des éléments de preuve recueillis lors de l'arrestation de l'appelant, le 14 janvier 1998.

Monsieur Wang avait auparavant été déclaré coupable d'infractions commises au cours des événements de la 19^e avenue Est et de Fraserview Drive

lengthy period of incarceration and faced deportation to Taiwan. In return for his evidence, Mr. Wang was to receive assistance with both the parole board and immigration authorities, and he was placed in the witness relocation program.

The appellant was arrested two to three blocks away from, and within minutes of, the Fraserview robbery on January 14, 1998. The victim of the robbery had a gash on her forehead. At the time of his arrest he appeared to have blood on his pants as well as on his jacket found nearby. The jacket pockets contained a cell phone, a pager and keys to his apartment suite. A subsequent search of the apartment found stolen speakers belonging to one of the victims of the Osler street robbery. It is important however that the appellant did not have exclusive use of the apartment but shared it with Jesse and Jean Lahn, alleged by Mr. Wang to also be participants in some of the incidents. Identification belonging to both Jesse Lahn and the appellant was found in the bedroom with the stolen property.

There was also evidence of a number of calls between the appellant and Mr. Wang just before and after all three incidents, including an intercepted phone call between Mr. Wang and the appellant, characterized by Ryan J.A. in the Court of Appeal as a conversation from which the jury might infer that the appellant and Mr. Wang were concerned that Michael Braun might be a “snitch” ((2003), 187 B.C.A.C. 214 (*sub nom. R. v. Chan*), 2003 BCCA 508, at para. 9).

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*

The trial proceeded by way of direct indictment. The trial judge, without objection from counsel, instructed the jury that “evidence admitted with respect to each of the three incidents is admissible

et condamné à une longue peine d’emprisonnement. Il risquait en outre d’être expulsé vers Taiwan. En contrepartie de son témoignage, M. Wang devait recevoir de l’aide dans ses démarches auprès de la commission des libérations conditionnelles et des autorités de l’immigration, en plus de bénéficier du programme de réinstallation des témoins.

L’appellant a été arrêté à deux ou trois rues du lieu du vol qualifié survenu sur Fraserview Drive le 14 janvier 1998, et ce quelques minutes seulement après l’événement. La victime du vol avait subi une coupure au front. Au moment de l’arrestation de l’appellant, il semblait y avoir du sang sur ses pantalons ainsi que sur sa veste, trouvée tout près. Les poches de cette veste contenaient un téléphone cellulaire, un téléavertisseur et les clés de l’appartement de l’appellant. La perquisition de cet appartement a permis de découvrir des haut-parleurs appartenant à l’une des victimes du vol qualifié perpétré dans la résidence de la rue Osler. Il importe toutefois de signaler que l’appellant n’était pas l’unique occupant de l’appartement, mais qu’il le partageait avec Jesse et Jean Lahn, qui auraient eux aussi participé à certains des événements, selon M. Wang. Des pièces d’identité appartenant à Jesse Lahn et à l’appellant ont été découvertes dans la chambre à coucher où se trouvaient les biens volés.

De plus, la preuve a révélé qu’un certain nombre d’appels téléphoniques avaient eu lieu entre l’appellant et M. Wang tout juste avant et tout juste après les trois événements, y compris un appel qui avait été intercepté et que la juge Ryan de la Cour d’appel a qualifié de conversation susceptible de permettre au jury d’inférer que l’appellant et M. Wang craignaient que Michael Braun puisse être un [TRADUCTION] « mouchard » ((2003), 187 B.C.A.C. 214 (*sub nom. R. c. Chan*), 2003 BCCA 508, par. 9).

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

L’appellant a été traduit en justice par voie de mise en accusation directe. Dans ses directives au jury, le juge du procès a dit ceci, sans objection de la part de l’avocat de la défense : [TRADUCTION] « la

12

13

14

in proving the guilt of each accused on the others”. The appellant was convicted on all counts.

B. *British Columbia Court of Appeal*

- 15 The majority of the Court of Appeal dismissed the appeals. Ryan J.A., dissenting, would have allowed the appeals on the basis that the trial judge erred in directing the jury that they could consider the evidence of gang activity as similar fact evidence against the appellant.

IV. Issues

- 16 The question in this appeal is whether the trial judge should have directed the jury that they could consider the evidence from one incident as similar fact evidence with respect to identification, not of the gang but of the appellant, for the other incidents. The problem is whether evidence linking the appellant to one crime can be used to infer participation in other crimes, likely committed by the same gang, where membership in that gang is not fixed.

V. Analysis

A. *Admissibility of Similar Fact Evidence for the Purpose of Identification*

- 17 The law governing the admissibility of similar fact evidence is well established. It is presumptively inadmissible as it is propensity reasoning: see *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717.

- 18 The onus falls on the prosecution to satisfy the trial judge, on a balance of probabilities, that the probative value of the evidence in relation to a particular issue outweighs its prejudicial effect. Where the similar fact evidence is relevant only to support the prohibited inference (that the accused is the type

preuve admise relativement à chacun des trois événements peut être utilisée pour établir la culpabilité de chaque accusé quant aux autres événements ». L'appelant a été déclaré coupable de tous les chefs d'accusation.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

La Cour d'appel a majoritairement rejeté les appels. Dissidente, la juge Ryan aurait accueilli les appels pour le motif que le juge du procès aurait fait erreur en disant au jury qu'il pouvait considérer la preuve des activités du gang comme une preuve d'actes similaires opposable à l'appelant.

IV. Les questions en litige

En l'espèce, notre Cour doit décider si le juge du procès a eu raison de dire au jury que la preuve présentée à l'égard d'un événement pouvait être considérée comme une preuve de faits similaires aux fins d'identification, relativement aux autres événements, non pas du gang mais de l'appelant. Il s'agit de se demander si la preuve rattachant l'appelant à un crime donné peut être utilisée pour conclure à sa participation à d'autres crimes, vraisemblablement commis par le même gang, alors que la composition du gang varie.

V. Analyse

A. *Admissibilité de la preuve de faits similaires aux fins d'identification*

Les règles de droit régissant l'admissibilité de la preuve de faits similaires sont bien établies. Une telle preuve est présumée inadmissible puisqu'elle tend à étayer un raisonnement fondé sur la propension : voir *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717.

C'est à la poursuite qu'il incombe de convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de cette preuve à l'égard d'une question donnée l'emporte sur son effet préjudiciable. Lorsque la preuve de faits similaires ne sert qu'à étayer l'inférence interdite (à

of person who, because of past conduct or character, is predisposed to commit the type of crime for which he is being tried), it will not outweigh the prejudice caused.

The rationale for the admission and use of similar fact evidence where identity is in issue is the improbability that two persons would display the same configuration of matching characteristics in committing a crime. Thus a jury is not being asked to infer that the accused is the type of person who would commit the offence but to conclude that he is exactly the person who did commit the offence. This inference is made possible only if the high degree of similarity between the acts renders the likelihood of coincidence objectively improbable. See *Arp*, *supra*, at para. 45, *per* Cory J.:

Where, as here, similar fact evidence is adduced on the issue of identity, there must be a high degree of similarity between the acts for the evidence to be admitted. For example, a unique trademark or signature will automatically render the alleged acts “strikingly similar” and therefore highly probative and admissible. In the same way, a number of significant similarities, taken together, may be such that by their cumulative effect, they warrant admission of the evidence.

In *Arp*, Cory J. stated that a high degree of similarity was required in order to establish the objective improbability that the accused’s involvement in the alleged acts was the product of coincidence. This point was considered in *Handy*, *supra*, at para. 91, where Binnie J. equated the possibility of coincidence with mistaken identity or a mistake in the character of the act. The point is that we must be cautious when using propensity evidence in the context of identity. We want to be sure, on a balance of probabilities, that the same person committed the acts in question such that we can safely say it is not a coincidence nor a case of mistaken identity.

In determining whether the acts are similar enough to admit, the focus should first be on the acts themselves and not on evidence of the accused’s

savoir que, à cause de ses antécédents ou de sa personnalité, l’accusé est prédisposé à commettre le genre de crimes pour lequel il est jugé), l’effet préjudiciable de cette preuve ne peut être surmonté.

Selon le raisonnement invoqué pour justifier l’admission et l’utilisation de la preuve de faits similaires en matière d’identification, il est improbable que deux personnes commettent un même crime suivant un même ensemble de caractéristiques. Ainsi, le jury n’est pas invité à inférer que l’accusé est le genre de personne susceptible de commettre l’infraction, mais plutôt à conclure qu’il est précisément la personne qui a commis cette infraction. Cette conclusion n’est possible que si les faits présentent un degré de similitude si élevé qu’il est objectivement improbable que cela soit dû à une coïncidence. Voir *Arp*, précité, le juge Cory, par. 45 :

Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, une preuve de faits similaires est produite à l’égard de la question de l’identité, il doit exister un haut degré de similitude entre les faits pour que la preuve soit admise. Par exemple, la présence d’une marque ou signature singulière donnera automatiquement aux faits reprochés une « similitude frappante » et les rendra, par conséquent, extrêmement probants et admissibles. De même, il est possible que, considérées ensemble, un certain nombre de similitudes importantes soient telles que leur effet cumulatif justifie l’admission de la preuve.

Dans l’arrêt *Arp*, le juge Cory a affirmé qu’un degré élevé de similitude était nécessaire pour établir l’improbabilité objective que la participation de l’accusé aux actes reprochés soit le fruit du hasard. Ce point a été examiné dans l’arrêt *Handy*, précité, par. 91, où le juge Binnie a assimilé la possibilité d’une coïncidence à une erreur sur l’identité ou sur la nature de l’acte. Cela signifie que les tribunaux doivent faire montre de prudence lorsqu’ils utilisent une preuve de propension en matière d’identification. Le tribunal doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la même personne a commis les actes en cause et qu’il peut sans risque affirmer qu’il ne s’agit pas d’une coïncidence ou d’une erreur sur l’identité.

Pour déterminer si la similitude suffit pour justifier l’admission de la preuve, il faut d’abord s’attacher aux faits eux-mêmes et non à la preuve de la

19

20

21

involvement in those acts. A high degree of similarity between the acts is required in order to be admissible. The greater the similarity between the acts, the greater the probative value of the similar fact evidence.

22 The similarity between the acts must be determined on a case-by-case basis after considering all relevant factors. Such factors include, but are not limited to: proximity in time and place, number of occurrences of the similar acts and similarities in detail and circumstances: see *Handy*, *supra*, at para. 82.

23 Once the trial judge has determined that the crime charged and the similar act were likely committed by the same person, the judge must then consider whether there is evidence linking the accused to the similar act. A link between the accused and the similar acts is a precondition to admissibility: see *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 954, as cited with approval in *Arp*, *supra*, at para. 54:

Before evidence may be admitted as evidence of similar facts, there must be a link between the allegedly similar facts and the accused. In other words there must be some evidence upon which the trier of fact can make a proper finding that the similar facts to be relied upon were in fact the acts of the accused for it is clear that if they were not his own but those of another they have no relevance to the matters at issue under the indictment.

If the similar facts relied upon were not in fact the acts of the accused, then they have no probative value.

24 The threshold is not particularly high. The trial judge must determine whether there is “some evidence” linking the accused to the similar acts. However, evidence of mere opportunity or possibility is not sufficient.

25 In the group context, the link between an accused and the similar acts of a group is particularly important. Where a group commits a series of crimes with a distinct *modus operandi*, such as in the case before the Court, the “signature” of the offence is the

participation de l’accusé à ces faits. Il faut que les faits présentent un degré élevé de similitude pour que la preuve de ceux-ci soit admissible. Plus la similitude entre les faits est grande, plus la valeur probante de la preuve de faits similaires est élevée.

L’existence de similitudes entre les actes doit être déterminée au cas par cas, après examen de tous les facteurs pertinents. Voici certains de ces facteurs : proximité dans le temps et dans l’espace, nombre de cas d’actes similaires et existence de similarités du point de vue des détails et des circonstances : voir *Handy*, précité, par. 82.

Une fois que le juge du procès a conclu que le crime en cause et les faits similaires sont vraisemblablement l’œuvre de la même personne, il doit se demander s’il existe des éléments de preuve rattachant l’accusé aux faits similaires. Ce lien entre l’accusé et les faits similaires est un préalable à l’admissibilité de la preuve : voir les propos suivants tirés de l’arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, p. 954, cités et approuvés dans *Arp*, précité, par. 54 :

Pour que des éléments de preuve soient reçus comme preuve d’actes similaires, il doit y avoir un lien entre les actes que l’on prétend similaires et l’accusé. En d’autres termes, il doit exister des éléments de preuve qui permettent au juge des faits de conclure à bon droit que les actes similaires que l’on veut invoquer sont effectivement les actes de l’accusé, car il est évident que, s’il ne s’agit pas de ses propres actes mais plutôt de ceux d’une autre personne, ceux-ci n’ont aucun rapport avec les questions soulevées par l’acte d’accusation.

Si les faits similaires invoqués ne sont pas des actes de l’accusé, ils sont alors dépourvus de toute valeur probante.

Le critère applicable n’est pas très exigeant. Le juge du procès doit déterminer s’il existe « des éléments de preuve » rattachant l’accusé aux faits similaires. Toutefois, la preuve d’une simple opportunité ou possibilité ne suffit pas.

Dans une affaire où un groupe est impliqué, le lien entre l’accusé et les actes similaires du groupe est particulièrement important. Lorsqu’un groupe commet une série de crimes caractérisés par un *modus operandi* distinctif, comme c’est le cas en

“signature” of the group only. If the Crown can prove that membership in the gang never changed and that all members were present and participating in all offences, then the signature of the group will be the signature of the accused such that a similar fact instruction will likely be justified (provided that the overall probative value of the evidence outweighs its prejudice). However, where group membership was not constant, the fact that an individual may have been a member of the gang on one occasion proves nothing more than a mere possibility that he was a member on another occasion. In this case the evidence of group activity must be accompanied by evidence linking the individual to each of the group’s offences for which he has been charged, either by virtue of the distinctiveness of his role or by other independent evidence. Without this additional link, the required nexus between the similar fact evidence and the acts of a particular accused is absent, and the similar fact evidence will not have sufficient probative value to outweigh the prejudice caused.

B. Application of Similar Fact Evidence to Crimes Committed by Groups

Where it is highly improbable that two different groups employing the same *modus operandi* committed the crimes at issue, the evidence may be used to support the inference that the same gang committed all the acts. As pointed out by Ryan J.A., at para. 23 of her reasons in this case: “With gang activity, however, while it may be possible to identify several crimes as the work of one group, it does not follow with any degree of certainty that membership in the group is the same from crime to crime.” It would be illogical to infer individual liability without further evidence of individual participation.

The respondent Crown relied on a series of English cases to support its submission that similar fact evidence could be used in the context of crimes

l’espèce, la « signature » caractérisant l’infraction est uniquement la « signature » du groupe. Si la Couronne peut prouver que la composition du gang n’a jamais varié et que, lors de la perpétration de toutes les infractions, tous les membres du gang étaient présents et y ont participé, la signature du groupe devient alors celle de l’accusé et des directives concernant les faits similaires seront vraisemblablement justifiées (pourvu que la valeur probante globale de cette preuve l’emporte sur son caractère préjudiciable). Toutefois, lorsque la composition du groupe variait, le fait qu’un individu ait pu en être membre à une occasion ne prouve rien d’autre que la simple possibilité qu’il en ait été membre à une autre occasion. En l’espèce, la preuve des activités du groupe doit être accompagnée d’éléments de preuve rattachant l’individu à chacune des infractions du groupe dont il est accusé, qu’il s’agisse de la preuve du caractère distinctif de son rôle ou d’autres preuves indépendantes. Sans ce facteur de rattachement supplémentaire, le lien requis entre la preuve de faits similaires et les actes d’un accusé donné n’existe pas et la valeur probante de cette preuve sera insuffisante pour l’emporter sur le préjudice que causerait l’utilisation de celle-ci.

B. Application de la preuve de faits similaires à des crimes commis par des groupes

Lorsqu’il est très improbable que les crimes en cause soient l’œuvre de deux groupes différents employant le même *modus operandi*, on peut avoir recours à une preuve de faits similaires pour étayer l’inférence que tous les actes ont été commis par le même groupe. Comme l’a signalé la juge Ryan dans ses motifs, au par. 23, [TRADUCTION] « [d]ans le cas d’activités imputables à un gang, toutefois, bien qu’il puisse être possible d’identifier plusieurs crimes comme étant l’œuvre d’un groupe, il ne s’en suit pas de façon certaine que la composition de ce groupe reste la même d’un crime à l’autre. » Il serait illogique de conclure à la responsabilité d’une personne sans disposer de preuves supplémentaires de sa participation aux faits reprochés.

Le ministère public intimé a invoqué une série d’arrêts anglais à l’appui de son argument voulant que la preuve de faits similaires soit

committed by groups. In particular, it relied on *R. v. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL) (C.A.), and *R. v. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59 (QL), where, in both cases, the England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) admitted evidence linking an appellant to one group crime as evidence against him on the other.

28 In *Lee*, *supra*, the England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) held that

... what may be called “group identification evidence” was admissible against each of the defendants whether or not there was other evidence against them individually on count 2.

However, the court qualified this statement by adding that:

This would be subject always to any application which might be made on their behalf as individuals which called for an assessment of the overall strength of the cases against them.

29 Similarly, in *Brown*, *supra*, the England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) stated, at para. 82:

The issue for the jury, once they are satisfied that it is the same gang who have committed both groups of offences, will be whether the prosecution have established on all the admissible evidence that the particular defendant was a member of that gang and, where the prosecution say that that defendant was a member of the gang on both occasions, whether the totality of the evidence has established that beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

30 Ryan J.A. reviewed the English case law and concluded that it stood for the proposition that similar fact evidence which identifies a certain group as responsible for a series of crimes may be considered at the trial of a particular member if there is something more in the evidence than the fact that the same gang committed two or more offences. I agree. The English courts were looking at the totality of the evidence against the

utilisable à l’égard de crimes perpétrés par des groupes. Plus particulièrement, il a fait état des arrêts *R. c. Brown*, [1996] E.W.J. No. 2403 (QL) (C.A.), et *R. c. Lee*, [1996] E.W.C.A. Crim. 59 (QL), où la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles (Division criminelle) a dans les deux cas admis des éléments de preuve à charge rattachant l’appelant à un crime commis par un groupe comme éléments de preuve contre l’appelant relativement à une autre infraction.

Dans l’arrêt *Lee*, précité, la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles (Division criminelle) a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] ... ce qu’il est possible d’appeler une « preuve d’identification d’un groupe » était admissible à l’encontre de chacun des défendeurs, qu’il existât ou non d’autres preuves à charge contre eux individuellement à l’égard du deuxième chef d’accusation.

Cependant, la cour a assorti cette affirmation de la réserve suivante :

[TRADUCTION] La validité de cette conclusion demeure toujours subordonnée à la possibilité que soit présentée, pour le compte de l’un ou l’autre des accusés, à titre individuel, une demande d’évaluation de la force probante générale de la preuve présentée contre eux.

De même, la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles (Division criminelle) a déclaré ceci dans l’arrêt *Brown*, précité, par. 82 :

[TRADUCTION] Une fois que le jury est convaincu que le même groupe a commis les deux séries d’infraction, il doit se demander, à la lumière de toute la preuve admissible, si la poursuite a prouvé que le défendeur en cause était membre du gang et, lorsque la poursuite affirme que le défendeur faisait partie du gang aux deux occasions, si l’ensemble de la preuve établit ce fait hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

Après avoir examiné la jurisprudence anglaise, la juge Ryan a conclu que ces arrêts permettaient d’affirmer qu’une preuve de faits similaires identifiant un groupe donné comme étant l’auteur d’une série de crimes peut être prise en compte au procès d’un membre du groupe si la preuve établit davantage que le fait que le même gang a commis deux infractions ou plus. Je souscris à cette conclusion de la juge Ryan. Les tribunaux anglais ont considéré

individual, not solely the similar fact evidence of a group crime.

The proper approach to the case of similar fact evidence as it pertains to groups or gangs is to adopt a framework that goes one step beyond the basic prejudice versus probative value assessment. Similar fact evidence of group activities should be admissible in order to identify a group or gang responsible for a particular crime. Where, as here, you have several crimes committed with a unique *modus operandi*, and the objective improbability of coincidence is high, the trier of fact should be permitted to draw an inference that the same gang committed the acts. At this first stage, identification of the group, the trier of fact may rely on the factors outlined by Binnie J. in *Handy* to assess, according to the test in *Arp*, whether the evidence of one group activity can be used to identify the group responsible for another. Once the trier of fact has determined that the same group was involved, a second step or assessment is needed in order to determine if the evidence has enough probative value with regard to the individual accused to outweigh the prejudice it will cause.

Where evidence of similar offences committed by a gang is being introduced not just to identify the gang itself but to identify a particular member, a sufficient connection between the individual and the crimes of the group must be established. This can be done in two ways:

- (1) If the Crown can prove that group membership never changed, that the gang always remained intact and never committed the criminal acts unless all were present, and that the accused was a member of the group, and present, at the relevant time, that will be sufficient to connect the individual to the crimes of the group, and

l'ensemble de la preuve présentée contre le défendeur en question, pas seulement la preuve de faits similaires relative à un crime commis par un groupe.

Dans les affaires impliquant des groupes ou des gangs, il convient, en matière de preuve de faits similaires, de recourir à une analyse dépassant la simple appréciation de la valeur probante de la preuve par rapport à son effet préjudiciable. Une preuve de faits similaires touchant les activités d'un groupe devrait être jugée admissible pour permettre l'identification d'un groupe ou gang responsable d'un crime particulier. Dans les cas où, comme en l'espèce, plusieurs crimes ont été commis suivant un *modus operandi* singulier et où l'improbabilité objective d'une coïncidence est grande, le juge des faits devrait être autorisé à inférer que les crimes sont l'œuvre du même gang. Lors de la première étape de l'analyse, à savoir l'identification du groupe, le juge des faits peut s'appuyer sur les facteurs énumérés par le juge Binnie dans l'arrêt *Handy* pour déterminer, suivant le critère formulé dans l'arrêt *Arp*, si la preuve touchant les activités d'un groupe peut être utilisée pour identifier le groupe responsable d'un autre acte. Toutefois, lorsque le juge des faits conclut que le même groupe est impliqué, il lui faut alors procéder à la deuxième étape ou évaluation et décider si, en ce qui concerne l'accusé, la force probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

Lorsque la preuve d'infractions similaires commises par un gang est présentée pour identifier non pas le gang lui-même mais un membre en particulier, la poursuite doit prouver l'existence d'un lien suffisant entre l'individu concerné et les crimes du groupe. Ce lien est considéré comme établi dans les deux cas suivants :

- (1) Lorsque la Couronne prouve, d'une part, que la composition du groupe n'a à aucun moment varié, que le gang est toujours resté intact et n'a jamais perpétré d'actes criminels à moins que tous ses membres soient présents, et, d'autre part, que l'accusé était membre de ce groupe et était présent au moment pertinent, ces éléments sont

31

32

the evidence will usually have sufficient probative value to be admitted as similar fact.

(2) Where membership in the group is not constant, as in this case, then an additional “link” or “connection” must be made in order to use evidence of group activity against a particular accused. This additional requirement will be satisfied where (a) the accused’s role was sufficiently distinctive that no other member of the group or person could have performed it; thus he necessarily must have participated in all offences; or (b) there is independent evidence linking the accused to each crime. Without this second stage of analysis, there is a risk that the net will be cast too broadly and members of a group who participated in some crimes will be improperly convicted of other crimes by virtue of their association with the group alone.

suffisants pour rattacher l’individu aux crimes du groupe et la preuve aura généralement une valeur probante suffisante pour être admise comme preuve de faits similaires.

(2) Lorsque la composition du groupe n’est pas constante, comme c’est le cas en l’espèce, il faut alors démontrer l’existence d’un autre « lien » ou « facteur de rattachement » pour justifier l’utilisation contre l’accusé visé de la preuve concernant les activités du groupe. Cette condition supplémentaire est remplie dans les cas suivants : a) l’accusé jouait un rôle à ce point distinctif qu’aucun autre membre du groupe ou qui que ce soit d’autre n’aurait pu l’accomplir, et il a en conséquence nécessairement participé à toutes les infractions; b) il existe des éléments de preuve indépendants rattachant l’accusé à chaque crime. Sans cette deuxième étape dans l’analyse, on risque de tendre le filet trop largement et, ainsi, de faire que des membres du groupe ayant participé à certains crimes soient à tort déclarés coupables d’autres crimes sur la seule base de leur association au groupe.

33 Group similar fact evidence can be used to identify groups, but not to assign liability to particular members. Identifying the group will facilitate prosecution where it can be shown that membership in the group was constant and the individual members can be identified. Identifying the group will not likely facilitate prosecution where membership in the group was not constant, unless the role played by a particular accused was sufficiently distinct that he can be identified as having been involved in all the offences.

Une preuve de faits similaires concernant un groupe peut être utilisée pour identifier un groupe, mais non pour établir la responsabilité de membres donnés. L’identification du groupe facilite les poursuites dans les cas où il peut être démontré que la composition du groupe était constante et où les divers membres peuvent être identifiés. Elle n’aura vraisemblablement pas cet effet lorsque la composition du groupe varie, à moins que le rôle tenu par un accusé donné n’ait été suffisamment distinct pour permettre son identification en tant que personne ayant participé à toutes les infractions.

34 Where, as in this appeal, membership in the group varied, and the roles played by a particular accused were not distinctive, similar fact evidence may only be introduced against this accused once he has been linked to each individual crime. By that point, the utility of the inference may have dissipated, but any other approach generates too much potential prejudice and invites wrongful convictions.

Lorsque, comme en l’espèce, la composition du groupe changeait et les rôles joués par l’accusé n’avaient pas un caractère distinctif, la poursuite ne peut présenter de preuve de faits similaires contre ce dernier que s’il a d’abord été rattaché à chacun des crimes. Dans un tel cas, il est possible que l’inférence ait perdu son utilité, mais toute autre démarche créerait un risque inacceptable de préjudice et ouvrirait la porte aux déclarations de culpabilité erronées.

C. *Application to the Case at Bar*

The circumstances of this case can lead to erroneously relying on what might appear a compelling syllogism:

All the offences were carried out by X gang.

A was a member of X gang.

Therefore A was a party to all the offences.

This syllogism is incomplete. It would apply only if the Crown could prove that membership in the gang was permanent and that all members participated in all the home invasions charged.

There were many points of similarity offered by the Crown as evidence of similar fact in this case. Those included: proximity of time and place between offences; all incidents involved Asian and Caucasian men acting in concert; all attacks were against middle-aged Asian women within their homes; all invasions occurred during the day; the *modus operandi* was the same in all cases (a postman carried a package to the door, the victim was overcome by postman and others, assailants tied residents with duct tape, used violence to subdue, and demanded money); all incidents involved the use of walkie talkies or police scanner radios.

The points of similarity identified by the Crown and described by the trial judge in his charge to the jury only point to how the offence was carried out and not to any individual characteristics particular to the appellant. The striking similarities demonstrate that it was likely the same group that committed the offences. However, membership in the group varied and, short of speculation, there is nothing in the similarities themselves that would allow a juror to infer that any one individual formed part of that group on more than one occasion.

C. *Application à l'espèce*

Les circonstances de la présente espèce pourraient inciter le tribunal à s'appuyer erronément sur ce qui peut sembler un syllogisme convaincant :

Toutes les infractions ont été commises par le gang X.

A était membre du gang X.

Par conséquent, A a été partie à toutes les infractions.

Ce syllogisme reste incomplet. Il ne pourrait s'appliquer que si le ministère public était capable de prouver que la composition du groupe était constante et que tous ses membres ont participé à toutes les invasions de domicile reprochées.

La preuve de faits similaires du ministère public faisait ressortir de nombreuses similitudes, notamment les suivantes : la proximité temporelle et géographique des infractions; dans tous les cas des hommes de race blanche et des Asiatiques agissaient de concert; toutes les attaques étaient perpétrées contre des femmes asiatiques d'âge moyen, dans leur domicile; les attaques avaient lieu dans la journée; le *modus operandi* était identique (un facteur portant un colis se présentait à la porte, le facteur et d'autres membres du groupe maîtrisaient la victime, les assaillants attachaient les occupants avec du ruban adhésif en toile, ils avaient recours à la violence pour maîtriser les victimes et ils exigeaient de l'argent); dans tous les cas des émetteurs-récepteurs portatifs ou des récepteurs à balayage des transmissions de police étaient utilisés.

Les similitudes identifiées par le ministère public et décrites par le juge du procès dans ses directives au jury portent uniquement sur le mode de perpétration de l'infraction et non sur des caractéristiques individuelles propres à l'appelant. Ces similitudes frappantes démontrent que le même groupe a vraisemblablement commis les infractions. Toutefois, la composition du groupe variait et, à moins de se satisfaire d'hypothèses, les similitudes elles-mêmes ne permettaient pas à un juré de déduire qu'un individu donné ait pu faire partie de ce groupe à plus d'une occasion.

35

36

37

38 The appellant's alleged role in the offences also varied. As such, there was nothing distinctive about his alleged involvement that could be characterized as a signature or unique skill that could have assisted the jury in identifying him as a constant or necessary member of the group.

39 Aside from the testimony of the accomplice (Mr. Wang), the only evidence against the appellant was that related to the Fraserview incident, for which he had previously been convicted, the telephone calls to the accomplice and stolen property from the Osler Street incident found in an apartment he shared with two other alleged perpetrators of these crimes.

40 Given that membership in the gang rotated, the fact that the appellant was a member of the group on one occasion, for which he was convicted, was not sufficient to tie the appellant to all the crimes. An additional link between this particular appellant and the crimes of the group was required. However, since the role played by the appellant was not distinctive, and the independent evidence against the appellant was not sufficient to link him to each of the group's crimes, there was no basis upon which this similar fact evidence should have been put to the jury for the purposes of identification.

41 By instructing the jury that the evidence admitted with respect to each of the three incidents could be used in proving the guilt of each accused on each of the offences, the trial judge failed to properly differentiate between the individuals before the court and the group who committed the offences. The similarities point only to the group, a group whose membership varied from incident to incident. However, the trial judge instructed the jury as follows:

It is for you to decide whether the characteristics of one incident are so similar to the characteristics of another incident that you are considering that they were likely committed by one person. If you find it likely that an accused was one of the persons who committed the offence of robbery and related offences in one incident, you may conclude, though you are not required to do

Le rôle qu'aurait joué l'appellant dans les infractions a varié lui aussi. Par conséquent, la participation qu'on lui attribuait ne présentait aucun élément distinctif pouvant être qualifié de signature ou d'habileté singulière susceptible d'aider le jury à l'identifier comme membre permanent ou indispensable du groupe.

Exception faite du témoignage du complice (M. Wang), les seuls éléments de preuve incriminant l'appellant étaient ceux se rapportant à l'événement de Fraserview Drive (à l'égard duquel il avait été déclaré coupable), les appels téléphoniques au complice et les biens volés au cours de l'événement de la rue Osler et trouvés dans l'appartement qu'il partageait avec deux autres présumés auteurs de ces crimes.

Compte tenu de la composition changeante du gang, le fait que l'appellant ait été un membre du groupe à une occasion, événement à l'égard duquel il a été déclaré coupable, ne suffisait pas pour le rattacher à tous les crimes. Un lien additionnel était requis entre l'appellant et les crimes du groupe. Cependant, comme le rôle joué par l'appellant ne présentait pas un caractère distinctif et qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve indépendants rattachant ce dernier aux crimes du groupe, rien ne justifiait de soumettre au jury la preuve de faits similaires relativement à la question de l'identification.

En disant au jury que la preuve admise relativement à chacun des trois événements pouvait être utilisée pour établir la culpabilité de chacun des accusés à l'égard de chaque infraction, le juge du procès n'a pas fait la distinction requise entre les individus poursuivis et le groupe qui avait commis les infractions. Les similitudes concernaient seulement le groupe, dont la composition variait d'une invasion à l'autre. Toutefois, le juge du procès a donné la directive suivante au jury :

[TRADUCTION] Il vous appartient de décider si les caractéristiques d'un événement sont à ce point similaires à celles d'un autre que vous considérez qu'ils sont vraisemblablement l'œuvre d'une même personne. Si vous estimez probable qu'un accusé faisait partie des auteurs du vol qualifié et des infractions connexes lors d'un événement, vous pouvez conclure, sans toutefois y être

so, that because of the pattern of similar behaviour he is the person who committed robbery and related offences in the other incident you are considering. [Emphasis added.]

Inviting the jury to conclude, based on the similar *modus operandi* employed by the group, that participation in one offence was indicative of participation in the others is inviting the jury to make decisions based on the prohibited inference. There is no logical or evidentiary basis upon which one could conclude that being a member of the group and participating in a crime on one occasion means that you have participated on other occasions. Instead, the inference that is made is that since the appellant participated in one crime and is a member of the group, he is likely the type of person who would participate in crimes on more than one occasion. This is a fragile line of reasoning and should be avoided.

Without the required connection between the appellant and each of the crimes, the similar fact evidence did not have sufficient probative value to outweigh the prejudice caused to this particular appellant. The trial judge erred in putting this evidence to the jury and in instructing them as he did.

VI. Disposition

For the Crown to employ propensity reasoning against an accused, there must be sufficient evidence that the accused was involved. To use evidence of one crime as proof of involvement in others is only appropriate where the similarities are so striking as to preclude coincidence. The similarities between the incidents demonstrate that it was likely the same group that committed the offences but do not point to any individual trademark or characteristic that can serve to identify the appellant. There was no evidentiary basis for a similar fact instruction in this case.

The appeal is allowed and a new trial ordered.

obligés, qu'à cause de la similitude des comportements, il est l'auteur du vol qualifié et des infractions connexes dans l'autre événement soumis à votre examen. [Je souligne.]

Inviter le jury à conclure, sur la base de la similitude du *modus operandi* du groupe, que la participation à une infraction est un indice de la participation aux autres revient à l'inviter à décider sur la base de l'inférence interdite. Il n'existe aucun fondement logique ou probant permettant de conclure que l'appartenance d'une personne à un groupe et la participation de celle-ci à un crime signifie qu'elle a pris part à d'autres crimes. L'inférence qui est alors tirée est plutôt que, comme l'appellant a participé à un crime et qu'il est membre du groupe, il est vraisemblablement le genre de personne susceptible de participer à des crimes à plus d'une occasion. Un tel raisonnement est fragile et doit être évité.

En l'absence du lien nécessaire entre l'appellant et chacun des crimes, la valeur probante de la preuve de faits similaires ne l'emportait pas sur le préjudice causé à l'appellant en l'espèce. Le juge du procès a commis une erreur en soumettant cette preuve au jury et en lui donnant ses directives.

VI. Dispositif

Pour que le ministère public puisse invoquer contre un accusé un raisonnement fondé sur la propension de celui-ci à commettre certains crimes, il doit exister suffisamment d'éléments de preuve de la participation de ce dernier aux infractions reprochées. La preuve relative à une infraction donnée ne peut être utilisée pour établir la participation à d'autres infractions que si les similitudes sont frappantes au point d'exclure toute coïncidence. Les similitudes entre les événements démontrent que le même groupe a vraisemblablement commis les infractions, mais elles ne révèlent aucune marque ou caractéristique personnelle permettant d'identifier l'appellant. Dans la présente affaire, la preuve ne justifiait pas de donner au jury des directives concernant l'utilisation d'une preuve de faits similaires.

Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

42

43

44

45

Appeal allowed and new trial ordered.

*Solicitors for the appellant: Leask Bahen,
Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of
British Columbia, Vancouver.*

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*Procureurs de l'appelant : Leask Bahen,
Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la
Colombie-Britannique, Vancouver.*