

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert David Nicholas Bradshaw *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
British Columbia Civil Liberties Association
and Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BRADSHAW

2017 SCC 35

File No.: 36537.

2016: November 3; 2017: June 29.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Principled exception to hearsay rule — Trial judge admitting co-accused's hearsay statement into evidence — When can trial judge rely on corroborative evidence to conclude that threshold reliability of hearsay statement is established.

Two people were shot to death. Suspected by police, T became the target of a Mr. Big investigation, during which he told an undercover officer that he shot both victims. He then told Mr. Big that he had shot one victim and that B had shot the other. T was arrested. When he later re-enacted the murders for police, he implicated B in both. T and B were charged with two counts of first degree murder and T pled guilty to second degree murder. Because T refused to give sworn testimony at B's trial, the Crown sought to admit into evidence T's re-enactment, which had been video-recorded. Following a *voir dire*, the trial judge admitted the re-enactment, under the principled exception to the hearsay rule. A jury convicted B on two counts of first degree murder. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside B's convictions and ordered a new trial.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Robert David Nicholas Bradshaw *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
British Columbia Civil Liberties Association
et Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BRADSHAW

2017 CSC 35

N° du greffe : 36537.

2016 : 3 novembre; 2017 : 29 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Preuve — Oui-dire — Admissibilité — Exception raisonnée à la règle du oui-dire — Déclaration relatée d'un co-accusé admise en preuve par le juge du procès — Dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée est établi?

Deux personnes ont été abattues. Soupçonné par les policiers, T est devenu la cible d'une opération Monsieur Big au cours de laquelle il a dit à un agent banalisé qu'il avait abattu les deux victimes. Il a ensuite dit à Monsieur Big qu'il avait abattu une victime et que B avait abattu l'autre. T a été arrêté. Lorsqu'il a ensuite reconstitué les meurtres pour les policiers, il a impliqué B dans les deux meurtres. T et B ont été accusés de deux chefs de meurtre au premier degré et T a plaidé coupable à une accusation de meurtre au second degré. Puisque T a refusé de témoigner sous serment au procès de B, le ministère public a tenté de faire admettre en preuve la vidéo de la reconstitution faite par T. À la suite d'un *voir-dire*, le juge du procès a admis en preuve la vidéo de la reconstitution en vertu de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. Un jury a reconnu B coupable sous deux chefs de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre B et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Held (Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ.: Hearsay evidence is presumptively inadmissible because it is often difficult for the trier of fact to assess its truth. However, it can be admitted under the principled exception if the criteria of necessity and threshold reliability are met on a balance of probabilities.

In this case, the necessity of the hearsay evidence is established because T refused to testify. Thus, its admissibility rests on whether threshold reliability is met. Threshold reliability is established when the hearsay is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it. The hearsay dangers relate to the difficulties of assessing the declarant's perception, memory, narration or sincerity. These dangers can be overcome by showing that (1) there are adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability) or (2) that there are sufficient circumstantial or evidentiary guarantees that the statement is inherently trustworthy (substantive reliability). Substantive reliability is established when the statement is unlikely to change under cross-examination. To determine whether substantive reliability is established, the trial judge can consider the circumstances in which the statement was made and evidence (if any) that corroborates or conflicts with the statement.

A trial judge can only rely on corroborative evidence to establish substantive reliability if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement.

First, corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the material aspects of the hearsay statement. Since hearsay is tendered for the truth of its contents, corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the content of the statement that the moving party seeks to rely on.

Second, corroborative evidence must assist in overcoming the specific hearsay dangers raised by the tendered statement. Corroborative evidence does so if its combined effect, when considered in the circumstances of the case, shows that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about,

Arrêt (les juges Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner et Brown : La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible parce qu'il est souvent difficile pour le juge des faits d'en évaluer la véracité. Cependant, elle peut être admise en vertu de l'exception raisonnée si les critères de la nécessité et du seuil de fiabilité sont respectés selon la prépondérance des probabilités.

En l'espèce, la nécessité de la preuve par ouï-dire est établie car T a refusé de témoigner. Ainsi, son admissibilité repose sur la question de savoir s'il a été satisfait au seuil de fiabilité. Le seuil de fiabilité est atteint lorsque la preuve est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier. Les dangers que pose le ouï-dire se rapportent au fait qu'il est difficile d'évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait ou sa sincérité. Ces dangers peuvent être écartés s'il est démontré (1) qu'il existe d'autres façons adéquates de vérifier la vérité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural), ou (2) qu'il existe des garanties circonstancielles ou relatives à la preuve conférant une fiabilité inhérente à la déclaration relatée (fiabilité substantielle). La fiabilité substantielle est établie si la déclaration n'est pas susceptible de changer lors d'un contre-interrogatoire. Pour décider si la fiabilité substantielle est établie, le juge du procès peut prendre en compte les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et la preuve (le cas échéant) qui corrobore ou contredit la déclaration.

Pour établir le seuil de fiabilité, le juge du procès ne peut se fonder sur la preuve corroborante que si celle-ci, considérée globalement dans les circonstances de l'espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ceux-ci.

D'abord, la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude des aspects importants de la déclaration relatée. Comme le ouï-dire est présenté pour établir la véracité de son contenu, la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude du contenu de la déclaration relatée sur lequel la partie requérante veut s'appuyer.

Ensuite, la preuve corroborante doit aider à écarter les dangers spécifiques du ouï-dire que pose la déclaration présentée. La preuve corroborante parvient à le démontrer si son effet conjugué, considéré eu égard aux circonstances de l'espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du

or the accuracy of, the material aspects of the statement. Otherwise, alternative explanations for the statement that could have been elicited or probed through cross-examination, and the hearsay dangers, persist. Corroborative evidence is of assistance in establishing substantive reliability if it shows that alternative explanations for the statement are unavailable. In contrast, corroborative evidence that is equally consistent with the truthfulness and accuracy of the statement as well as another hypothesis is of no assistance. To be relied on for the purpose of rejecting alternative hypotheses, corroborative evidence must itself be trustworthy.

In sum, to determine whether corroborative evidence is of assistance in the substantive reliability inquiry, a trial judge should: (1) identify the material aspects of the hearsay statement that are tendered for their truth; (2) identify the specific hearsay dangers raised by those aspects of the statement in the particular circumstances of the case; (3) based on the circumstances and these dangers, consider alternative, even speculative, explanations for the statement; and (4) determine whether, given the circumstances of the case, the corroborative evidence led at the *voir dire* rules out these alternative explanations such that the only remaining likely explanation for the statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement.

The trial judge erred in relying significantly on corroborative evidence that was of no assistance in establishing substantive reliability to deem the re-enactment statement admissible. The material aspect of the statement was T's assertion that B participated in the murders. The specific danger raised by T's statement was the inability of the trier of fact to assess whether T lied about B's participation in the murders. T gave inconsistent statements about B's participation. He also had a significant motive to lie to reduce his own culpability. Furthermore, T was a *Vetrovec* witness, a witness who cannot be trusted due to his unsavoury character. Given the hearsay dangers presented by the re-enactment statement, an alternative explanation is that T lied about B's participation in the murders. Therefore, corroborative evidence will only assist in establishing the substantive reliability of the re-enactment statement if it shows, when considered in the circumstances of the case, that the only likely explanation is that T was truthful about B's participation. Considered as a whole, the corroborative evidence relied on by the trial judge did not meet this standard. For example, while the weather evidence and forensic evidence showed that T accurately described the

déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ceux-ci. Autrement, d'autres explications de la déclaration, qui auraient pu être obtenues ou vérifiées lors d'un contre-interrogatoire, ainsi que les dangers associés au oui-dire, subsistent. La preuve corroborante est utile pour établir la fiabilité substantielle si elle démontre que d'autres explications de la déclaration ne sont pas disponibles. Par contre, la preuve corroborante qui est également compatible avec la véracité et l'exactitude de la déclaration et avec une autre hypothèse n'est pas utile. Pour que le juge du procès se fonde sur la preuve corroborante pour rejeter d'autres hypothèses, cette preuve doit elle-même être digne de foi.

En somme, pour établir si la preuve corroborante est utile lors de l'examen de la fiabilité substantielle, le juge du procès devrait prendre les mesures suivantes : (1) cerner les aspects importants de la déclaration relatée qui sont présentés pour établir la véracité de leur contenu; (2) cerner les dangers spécifiques du oui-dire que posent ces aspects de la déclaration dans les circonstances particulières de l'affaire; (3) en fonction des circonstances et de ces dangers, envisager d'autres explications de la déclaration, qui peuvent même être conjecturales; et (4) décider si, compte tenu des circonstances de l'affaire, la preuve corroborante présentée au voir-dire écarte ces autres explications, de sorte que la seule explication plausible de la déclaration est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ces aspects.

Le juge du procès a fait erreur en se fondant en grande partie sur des éléments de preuve corroborants qui ne permettaient pas d'établir la fiabilité substantielle pour considérer la déclaration de reconstitution admissible. L'aspect important de la déclaration était l'affirmation de T selon laquelle B avait participé aux meurtres. Le danger spécifique que posait la déclaration de T tenait à l'incapacité du juge des faits d'évaluer si T avait menti au sujet de la participation de B aux meurtres. T a fait des déclarations incompatibles concernant la participation de B. Il avait également une bonne raison de mentir pour réduire sa propre culpabilité. De plus, T était un témoin visé par l'arrêt *Vetrovec*, soit un témoin qui ne peut être présumé dire la vérité en raison de son honnêteté douteuse. Compte tenu des dangers du oui-dire que présentait la déclaration de reconstitution, une autre explication veut que T ait menti au sujet de la participation de B aux meurtres. Par conséquent, la preuve corroborante contribuera uniquement à établir la fiabilité substantielle de la déclaration de reconstitution si elle démontre, au vu des circonstances de l'espèce, que la seule explication plausible veut que T ait dit la vérité au sujet de la participation de B. Considérée

way the murders unfolded and the weather on the nights of the murders, this evidence does not mitigate the danger that T lied about B's participation. Furthermore, while there are recordings of B admitting that he participated in the murders, there are concerns about the trustworthiness of these admissions. Much of the corroborative evidence relied on by the trial judge was probative of B's guilt, and thus could be considered by the trier of fact in the trial on the merits, but none of it was of assistance in establishing the threshold reliability of the re-enactment statement.

The threshold reliability of the hearsay statement is not otherwise established. Jury warnings about the dangers of hearsay evidence or *Vetrovec* testimony do not provide a satisfactory basis for the trier of fact to rationally evaluate the truth and accuracy of the hearsay statement. Instructing a jury on how to evaluate a statement that it lacks the means to evaluate does not address the hearsay dangers that underlie the exclusionary rule. Given that the trier of fact could not adequately test the trustworthiness of T's statement, and there were no circumstances or corroborative evidence showing that this statement was inherently trustworthy, it should not have been admitted into evidence.

Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting): The trial judge did not err in admitting T's re-enactment. His ruling was amply supported by the record and is entitled to deference.

The principled approach to hearsay recognizes that threshold reliability can be met in three ways: (1) where a statement has sufficient features of substantive reliability; (2) where the statement has adequate features of procedural reliability; or (3) where the statement does not satisfy either of the first two ways, but incorporates features of both which, in combination, justify its admission. Under this third way, where a statement has a sufficient level of trustworthiness, relative to the strength of the procedural safeguards for the trier of fact to evaluate its ultimate reliability, the statement is safe to admit.

globalement, la preuve corroborante sur laquelle s'est appuyé le juge du procès ne respectait pas cette norme. Par exemple, bien que la preuve des conditions météorologiques et la preuve médico-légale démontraient que T avait décrit avec exactitude la façon dont les meurtres ont été accomplis ainsi que les conditions météorologiques qui existaient les nuits des meurtres, ces éléments de preuve n'atténuaient pas le danger qu'il ait menti au sujet de la participation de B. De plus, bien qu'il existe des enregistrements dans lesquels B a avoué avoir participé aux meurtres, la fiabilité de ces aveux soulève des réserves. Une bonne partie de la preuve corroborante sur laquelle s'est fondé le juge du procès avait une valeur probante en ce qui concerne la culpabilité de B, et ainsi le juge des faits pouvait en tenir compte dans le procès sur le fond, mais aucun de ces éléments de preuve ne contribuait à établir le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution.

Le seuil de fiabilité de la déclaration relatée n'est pas par ailleurs établi. Les mises en garde au jury concernant les dangers associés à la preuve par ouï-dire ou les témoignages visés par l'arrêt *Vetrovec* ne fournissent pas au juge des faits une base satisfaisante pour apprécier rationnellement la véracité et l'exactitude de la déclaration relatée. Le fait de donner des directives au jury sur la façon d'évaluer une déclaration qu'il n'a pas les moyens d'évaluer ne réduit pas les dangers associés au ouï-dire qui sous-tendent la règle d'exclusion. Puisque le juge des faits ne pouvait pas vérifier adéquatement si la déclaration de T était digne de foi, et que ni les circonstances ni les éléments de preuve corroborants ne démontraient que cette déclaration était intrinsèquement fiable, celle-ci n'aurait pas dû être admise en preuve.

Les juges Moldaver et Côté (dissidents) : Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant la reconstitution faite par T. Sa décision était amplement étayée par le dossier et elle commande la déférence.

Selon la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire, il existe trois façons de satisfaire au seuil de fiabilité : (1) lorsque la déclaration présente suffisamment de caractéristiques de fiabilité substantielle; (2) lorsque la déclaration présente des caractéristiques adéquates de fiabilité d'ordre procédural; ou (3) lorsque la déclaration ne satisfait à aucune des deux premières façons, mais contient des caractéristiques des deux qui, prises ensemble, justifient son admission. D'après cette troisième façon, lorsqu'une déclaration est suffisamment digne de foi, du point de vue de l'efficacité des garanties procédurales, pour permettre au juge des faits d'évaluer sa fiabilité en dernière analyse, elle peut être admise.

In this case, T's re-enactment was admissible under the third way of establishing threshold reliability. The hearsay dangers at issue — sincerity along with memory and perception — were sufficiently overcome by powerful corroborative evidence indicating the statement's trustworthiness and a number of procedural safeguards that provided the jury with the tools it needed to evaluate its truth and accuracy.

In reaching a different conclusion, the majority has departed from the functional approach to threshold reliability by unduly restricting the extrinsic evidence that a court can consider when assessing a statement's substantive reliability and by adopting a narrow view of the procedural safeguards available at trial that can equip the jury with the tools it needs to assess the ultimate reliability of a statement.

The functional approach emphasizes that there is no bright-line distinction between factors that inform threshold and ultimate reliability. For extrinsic evidence, the inquiry is focused on whether the evidence addresses hearsay dangers by providing information about whether the statement is trustworthy. The majority's approach instead creates a threshold test within the threshold test, which unnecessarily complicates the analysis and discards extrinsic evidence that can be crucial for evaluating threshold reliability. Trial judges should be trusted to limit the scope of extrinsic evidence that can be considered in a hearsay *voir dire* on a case-by-case basis to ensure that the proceedings are not derailed.

In this unusual case, the corroborative evidence included surreptitiously recorded conversations in which B admitted his involvement in the murders, telephone records as circumstantial evidence implicating B in the murders and forensic evidence from the crime scenes confirming T's account of the details of the murders. Considered cumulatively, this evidence provides powerful support for the trustworthiness of T's re-enactment. There was also circumstantial indicia of trustworthiness, including: the fact that the re-enactment was voluntary and free flowing; that it was contrary to T's interest, in that he did not attempt to shift blame to B but instead implicated himself in two counts of first degree murder; and that T's alleged motivation to fabricate was rebutted by his prior consistent statement to Mr. Big. There is no evidence of any inducements or assurances made by the

La reconstitution faite par T en l'espèce était admissible en vertu de la troisième façon d'établir le seuil de fiabilité. Les dangers du oui-dire en l'espèce — la sincérité ainsi que la mémoire et la perception — étaient suffisamment surmontés par une preuve corroborante convaincante donnant à penser que la déclaration était digne de foi et par plusieurs garanties procédurales qui ont donné au jury les outils dont il avait besoin pour évaluer sa véracité et son exactitude.

En arrivant à une conclusion différente, la majorité s'est écartée de l'approche fonctionnelle relative au seuil de fiabilité en restreignant indûment la preuve extrinsèque dont un tribunal peut tenir compte lorsqu'il apprécie la fiabilité substantielle d'une déclaration et en adoptant un point de vue restrictif des garanties procédurales disponibles au procès qui peuvent munir le jury des outils dont il a besoin pour apprécier la fiabilité en dernière analyse d'une déclaration.

L'approche fonctionnelle souligne l'absence d'une distinction nette entre les facteurs qui régissent le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse. Dans le cas de la preuve extrinsèque, l'analyse est axée sur la question de savoir si cette preuve écarte les dangers du oui-dire en fournissant des renseignements sur la fiabilité de la déclaration. L'approche que préconise la majorité crée plutôt un critère du seuil de fiabilité au sein du critère du seuil de fiabilité, ce qui complique inutilement l'analyse et écarte des éléments de preuve extrinsèque susceptibles d'être primordiaux à l'appréciation du seuil de fiabilité. Il faut avoir confiance en la capacité des juges de procès de limiter la portée de la preuve extrinsèque qui peut, dans chaque cas, être prise en compte dans le cadre d'un voir-dire relatif au oui-dire pour veiller à ce que le voir-dire ne fasse pas dériver le procès.

Dans cette affaire inhabituelle, il existait des éléments de preuve corroborants, notamment des conversations enregistrées furtivement dans lesquelles B a admis sa participation aux meurtres, des relevés téléphoniques constituant des éléments de preuve circonstancielle reliant B aux meurtres et des éléments de preuve médico-légale recueillis sur les lieux des crimes qui confirmaient la description des meurtres relatée en détail par T. Examinée cumulativement, cette preuve étaye solidement le caractère digne de foi de la reconstitution faite par T. Il y avait aussi des indices circonstanciels de fiabilité, y compris le fait que la reconstitution a été faite volontairement et de façon fluide; qu'elle allait à l'encontre des intérêts de T en ce qu'il n'a pas tenté de transférer la responsabilité des meurtres à B mais qu'il s'est impliqué lui-même dans deux chefs d'accusation de meurtre au

police prior to T's re-enactment, nor is there any information to suggest that T's plea to second degree murder had anything to do with his participation in the re-enactment.

As for procedural reliability, there is no principled distinction between safeguards in place at the time the hearsay statement was made and safeguards available at trial. Both enhance the ability of the trier of fact to critically evaluate the evidence. As in this case, the latter may include jury cautions, the limited admission of prior inconsistent statements that contradict the hearsay statement, requiring the Crown to call the police officers who took prior inconsistent statements as witnesses so that they can be cross-examined by defence counsel, and permitting enhanced leeway for defence counsel during closing submissions. The trial judge is uniquely positioned to adapt and implement these measures based on the specific circumstances of the case.

The majority's unwillingness to consider these various procedural safeguards relied upon by the trial judge in this case leads it to skirt the third way of establishing threshold reliability — the one applied by the trial judge in this case — in which features of substantive and procedural reliability may, in conjunction, justify the admission of a hearsay statement.

In conjunction, the re-enactment's features of substantive and procedural reliability were capable of satisfying the test for threshold reliability. The trial judge made a difficult call in a close case. He was in the best position to make that call based on his assessment of the trustworthiness of the evidence and the jury's ability to evaluate it. And his analysis discloses no legal error. As a result, his ruling is entitled to deference. It is not the role of the Court to second guess the trial judge's reasonably exercised judgment from a position far removed from the trial setting. Doing so betrays both the deference owed to trial judges and the trust and confidence placed in juries to follow instructions and use their common sense and reason to evaluate evidence.

premier degré; et le fait que le motif qui aurait poussé T à inventer une histoire a été réfuté par la déclaration antérieure compatible faite à Monsieur Big. Rien n'indique que les policiers lui auraient promis des incitatifs ou des garanties avant qu'il ne fasse la reconstitution, et aucun renseignement ne donne à penser que le plaidoyer de culpabilité de T pour meurtre au second degré ait eu quoi que ce soit à voir avec sa participation à la reconstitution.

En ce qui concerne la fiabilité procédurale, il n'existe aucune distinction de principe entre les garanties qui existaient au moment où la déclaration relatée est faite et les garanties offertes au procès. Les deux améliorent la capacité du juge des faits d'évaluer la preuve d'un œil critique. Tout comme en l'espèce, les garanties offertes au procès peuvent comprendre les mises en garde faites au jury, l'admission restreinte de déclarations antérieures incompatibles qui contredisent la déclaration relatée, l'obligation pour le ministère public de citer les policiers qui ont pris les déclarations antérieures incompatibles à comparaître afin qu'ils puissent être contre-interrogés par l'avocat de la défense, et le fait d'accorder à l'avocat de la défense une plus grande latitude dans ses observations finales. Le juge du procès est particulièrement bien placé pour adapter et mettre en œuvre ces mesures en fonction des circonstances précises de l'affaire.

Le refus de la majorité d'examiner les diverses garanties procédurales sur lesquelles s'est fondé le juge du procès en l'espèce l'amène à éluder la troisième façon d'établir le seuil de fiabilité — celle que le juge du procès a appliquée en l'espèce — par laquelle les caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d'ordre procédural peuvent, ensemble, justifier l'admission d'une déclaration relatée.

Considérées ensemble, les caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d'ordre procédural de la reconstitution pouvaient satisfaire au critère du seuil de fiabilité. Le juge du procès a pris une décision difficile dans une affaire difficile à trancher. Il était le mieux placé pour prendre cette décision en se fondant sur son évaluation du caractère digne de foi de la preuve et sur la capacité du jury de l'évaluer. Et son analyse ne révèle aucune erreur de droit. En conséquence, sa décision commande la déférence. N'ayant pas bénéficié du contexte du procès, la Cour n'a pas à reconsidérer le jugement exercé raisonnablement par le juge du procès. En ce faisant, elle trahit tant la déférence à l'égard du juge du procès que la confiance que l'on accorde en la capacité des jurés de suivre les directives et de faire preuve de bon sens et de jugement lorsqu'ils évaluent la preuve.

The trial judge's refusal to admit T's prior inconsistent statement given on May 15, 2010, for the truth of its contents is also entitled to deference. The trial judge applied the correct test and considered the relevant factors in finding this statement to be inadmissible. This included the fact that the statement was not video-recorded, that it was contradicted by extrinsic evidence and that T had a strong incentive to exaggerate his involvement in the murders.

Ultimately, there is no reason to send this case back for a second trial. B had a fair trial before a properly instructed jury that was well positioned to critically evaluate the reliability of the re-enactment. Accordingly, his two convictions for first degree murder should be restored.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; **referred to:** *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *R. v. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373.

By Moldaver J. (dissenting)

R. v. Baldree, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, aff'g (2006), 84 O.R. (3d) 292; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301; *R. v. Carroll*, 2014

Le refus du juge du procès d'admettre une déclaration antérieure incompatible faite par T le 15 mai 2010 et présentée pour établir la véracité de son contenu commande également la déférence. Le juge du procès a appliqué le bon critère et a tenu compte des facteurs pertinents pour conclure que cette déclaration n'était inadmissible, notamment le fait que la déclaration n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, qu'elle a été contredite par des éléments de preuve extrinsèques et que T était fortement incité à exagérer son implication personnelle dans les meurtres.

En fin de compte, il n'existe aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. B a eu droit à un procès équitable devant un jury qui avait reçu des directives appropriées et qui était bien placé pour apprécier d'un œil critique la fiabilité de la reconstitution. Par conséquent, ses deux déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré devraient être rétablies.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; **arrêts mentionnés :** *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *R. c. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

R. c. Baldree, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, conf. (2006), 84 O.R. (3d) 292; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301; *R. c. Carroll*,

ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. v. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481; *R. v. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92; *R. v. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146; *R. v. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328; *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *R. v. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158; *R. v. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173; *R. v. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18.

Authors Cited

Akhtar, Suhail. “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46.
 Lacelle, Laurie. “The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes” (1999), 19 C.R. (5th) 376.
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
 Stewart, Hamish. “*Khelawon*: The Principled Approach to Hearsay Revisited” (2008), 12 *Can. Crim. L.R.* 95.
 Wigmore, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown and Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Neilson, Bennett and Garson J.J.A.), 2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475, 372 B.C.A.C. 77, 640 W.A.C. 77, 20 C.R. (7th) 398, [2015] B.C.J. No. 884 (QL), 2015 CarswellBC 1168 (WL Can.), setting aside the accused’s convictions for first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Moldaver and Côté J.J. dissenting.

Margaret A. Mereigh and David Layton, for the appellant.

Richard S. Fowler, Q.C., Eric Purtzki and Karin Blok, for the respondent.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.

2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252; *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481; *R. c. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92; *R. c. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146; *R. c. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328; *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *R. c. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158; *R. c. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173; *R. c. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18.

Doctrine et autres documents cités

Akhtar, Suhail. « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46.
 Lacelle, Laurie. « The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes » (1999), 19 C.R. (5th) 376.
 Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
 Stewart, Hamish. « *Khelawon* : The Principled Approach to Hearsay Revisited » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 95.
 Wigmore, John Henry. *A treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed., Boston, Little, Brown and Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Garson), 2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475, 372 B.C.A.C. 77, 640 W.A.C. 77, 20 C.R. (7th) 398, [2015] B.C.J. No. 884 (QL), 2015 CarswellBC 1168 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré prononcées contre l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Moldaver et Côté sont dissidents.

Margaret A. Mereigh et David Layton, pour l’appelante.

Richard S. Fowler, c.r., Eric Purtzki et Karin Blok, pour l’intimé.

Michael Bernstein, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Greg J. Allen, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Louis P. Strezos and *Samuel Walker*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and Brown J.J. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] Hearsay is an out-of-court statement tendered for the truth of its contents. It is presumptively inadmissible because — in the absence of the opportunity to cross-examine the declarant at the time the statement is made — it is often difficult for the trier of fact to assess its truth. Thus hearsay can threaten the integrity of the trial's truth-seeking process and trial fairness. However, hearsay may exceptionally be admitted into evidence under the principled exception when it meets the criteria of necessity and threshold reliability.

[2] In this case, the Crown tendered hearsay from Roy Thielen, an accomplice, implicating Robert Bradshaw, the accused, in two murders. The trial judge ruled that this hearsay statement was admissible. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

[3] The following issue arises in this appeal: When can a trial judge rely on corroborative evidence to conclude that the threshold reliability of a hearsay statement is established?

[4] In my view, corroborative evidence may be used to assess threshold reliability if it overcomes the specific hearsay dangers presented by the statement. These dangers may be overcome on the basis of corroborative evidence if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the

Greg J. Allen, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Louis P. Strezos et *Samuel Walker*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner et Brown rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Le ouï-dire est une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu. Il est présumé inadmissible puisqu'en l'absence de la possibilité de contre-interroger le déclarant au moment où il fait sa déclaration, il est souvent difficile pour le juge des faits d'en évaluer la véracité. Ainsi, le ouï-dire peut menacer l'intégrité du processus de recherche de la vérité et l'équité du procès. Cependant, le ouï-dire peut exceptionnellement être admis en preuve suivant l'exception raisonnée à la règle, lorsqu'il respecte les critères de nécessité et le seuil de fiabilité.

[2] Dans le cas qui nous occupe, le ministère public a présenté un ouï-dire provenant d'un complice, Roy Thielen, impliquant l'accusé Robert Bradshaw dans deux meurtres. Le juge du procès a statué que cette déclaration relatée était admissible. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[3] La question suivante se pose dans le présent pourvoi : dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée est établi?

[4] À mon avis, les éléments de preuve corroborants peuvent servir à apprécier le seuil de fiabilité s'ils écartent les dangers spécifiques du ouï-dire que pose la déclaration. Ces éléments de preuve peuvent écartier ces dangers s'ils démontrent, considérés globalement et eu égard aux circonstances de l'affaire,

case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement. The material aspects are those relied on by the moving party for the truth of their contents.

[5] Here, the hearsay statement was tendered for the truth of Thielen's claim that Bradshaw participated in the murders. The specific hearsay danger raised by Thielen's statement was the inability of the trier of fact to assess whether Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders. In addition to the reliability dangers that are inherent in all hearsay statements, there are specific reasons to be concerned that Thielen lied. Thielen had a motive to lie to shift the blame to Bradshaw. Thielen previously said that he had shot both victims, and had not implicated Bradshaw. Furthermore, Thielen was a *Vetrovec* witness, a witness who cannot be trusted to tell the truth due to his unsavoury character (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811).

[6] The trial judge relied significantly on the existence of corroborative evidence to deem Thielen's statement admissible. However, the evidence he relied on did not, when considered in the circumstances of the case, show that the only likely explanation was that Thielen was truthful about Bradshaw's involvement in the murders. It did not substantially negate the possibility that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders. While this corroborative evidence may increase the probative value of the re-enactment statement if admitted, it is of no assistance in assessing the statement's threshold reliability. The trial judge therefore erred in relying on this corroborative evidence.

[7] Given that the trier of fact could not adequately test the trustworthiness of Thielen's statement, and there were no circumstances or corroborative evidence showing that this statement was inherently

que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet des aspects importants de la déclaration, ou l'exactitude de ceux-ci. Les aspects importants de la déclaration sont ceux sur lesquels la partie requérante veut s'appuyer.

[5] En l'espèce, la déclaration relatée a été présentée pour établir la véracité de la prétention de M. Thielen que M. Bradshaw aurait participé aux meurtres. Le danger spécifique du ouï-dire que posait la déclaration de M. Thielen tenait à l'incapacité du juge des faits d'évaluer si M. Thielen avait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Outre les dangers relatifs à la fiabilité inhérents à toutes les déclarations relatées, il existe des raisons précises de craindre que M. Thielen ait menti. Ce dernier avait des raisons de mentir pour jeter le blâme sur M. Bradshaw. M. Thielen avait déjà affirmé avoir abattu les deux victimes, et n'avait pas impliqué M. Bradshaw. De plus, il était un témoin visé par l'arrêt *Vetrovec*, soit un témoin qui ne peut être présumé dire la vérité en raison de son honnêteté douteuse (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811).

[6] Le juge du procès s'est fondé en grande partie sur l'existence d'éléments de preuve corroborants pour considérer la déclaration de M. Thielen admissible. Cependant, les éléments de preuve sur lesquels il s'est fondé, envisagés au regard des circonstances de l'affaire, ne démontraient pas que la seule explication plausible était que M. Thielen disait la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Ils n'écartaient pas considérablement la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Même si ces éléments de preuve corroborants peuvent accroître la valeur probante de la déclaration de reconstitution si elle est admise en preuve, ils ne sont d'aucun secours pour l'appréciation du seuil de fiabilité de cette déclaration. Le juge du procès a donc fait erreur en se fondant sur ces éléments de preuve corroborants.

[7] Puisque le juge des faits ne pouvait pas vérifier adéquatement si la déclaration de M. Thielen était digne de foi, et que ni les circonstances ni les éléments de preuve corroborants ne démontraient

trustworthy, it should not have been admitted into evidence.

[8] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Background

[9] Laura Lamoureux and Marc Bontkes were killed in March 2009, five days apart. The police suspected that Thielen was involved in both murders. They ran a Mr. Big operation targeting Thielen. In a Mr. Big operation, undercover officers recruit a suspect into a fictitious criminal organization for the purpose of eliciting a confession from him (*R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 85). The officers befriend the suspect and demonstrate that membership in the criminal organization provides rewards and friendship. The suspect discovers that his membership is conditional on a confession to the crime boss, Mr. Big (*Hart*, at paras. 1-2).

[10] As part of the Mr. Big operation, Thielen went on a road trip with Cst. B., an undercover agent, in May 2010. During the road trip, Thielen told Cst. B. that he had shot both Lamoureux and Bontkes.

[11] In July 2010, Thielen met an undercover agent posing as the crime boss. During this meeting, Thielen said that he had shot Lamoureux but that “Paulie” and Michelle Motola had shot Bontkes. “Paulie” was Bradshaw’s nickname.

[12] Later that day, Thielen and Bradshaw met up at the Best Western Hotel. Their conversation was recorded, but only the latter part is audible. Bradshaw said that he had shot Bontkes and had participated in both murders.

[13] Two days later, Thielen and Bradshaw met at Bothwell Park. Bradshaw discussed an unsuccessful attempt to kill Bontkes, which preceded Bontkes’s actual murder in March 2009.

que cette déclaration était intrinsèquement fiable, celle-ci n’aurait pas dû être admise en preuve.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[9] Laura Lamoureux et Marc Bontkes ont été assassinés en mars 2009, à cinq jours d’intervalle. Les policiers soupçonnaient M. Thielen d’avoir participé aux deux meurtres. Ils ont mené une opération Monsieur Big ciblant M. Thielen. Dans le cadre d’une opération de ce genre, des agents banalisés amènent un suspect à se joindre à une organisation criminelle fictive dans le dessein de lui soutirer un aveu (*R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 85). Les agents se lient d’amitié avec le suspect et lui font valoir que l’appartenance à l’organisation criminelle offre des avantages et permet de nouer des amitiés. Le suspect découvre qu’il deviendra membre de l’organisation criminelle s’il avoue son crime au chef du gang, Monsieur Big (*Hart*, par. 1-2).

[10] Dans le cadre de l’opération Monsieur Big, M. Thielen et l’agent B., un agent banalisé, ont fait un voyage en voiture en mai 2010. Durant ce voyage, M. Thielen a dit à l’agent B. qu’il avait abattu M^{me} Lamoureux et M. Bontkes.

[11] En juillet 2010, M. Thielen a rencontré un agent banalisé se faisant passer pour le chef du gang, et il lui a dit qu’il avait abattu M^{me} Lamoureux, mais que « Paulie » et Michelle Motola avaient abattu M. Bontkes. « Paulie » était le surnom de M. Bradshaw.

[12] Plus tard ce jour-là, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés à l’hôtel Best Western. Leur conversation a été enregistrée, mais seule la dernière partie est audible. M. Bradshaw a affirmé avoir abattu M. Bontkes et avoir participé aux deux meurtres.

[13] Deux jours plus tard, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés au parc Bothwell. M. Bradshaw a parlé d’une tentative ratée de tuer M. Bontkes, une tentative qui a précédé le meurtre de M. Bontkes en mars 2009.

[14] Thielen was arrested on July 30, 2010. He initially denied his involvement in both murders. However, when the police told Thielen that he had been the target of a Mr. Big operation, he then described the murders and identified unnamed participants. The next day, he made another statement to the police in which he described the murders and directly named Bradshaw. A few days later, Thielen re-enacted the murders for the police officers and implicated Bradshaw in both murders. This re-enactment was recorded in a roughly six-hour video.

[15] Thielen and Bradshaw were initially charged together with two counts of first degree murder. However, Thielen pled guilty to second degree murder before the trial started. Thielen was called as a Crown witness in Bradshaw's trial, but refused to be sworn to give testimony. As a result, he was held in contempt of court. The Crown sought to admit part of the re-enactment video — a hearsay statement — into evidence.

III. Decisions Below

[16] Following a *voir dire*, Greyell J. admitted the re-enactment video into evidence (2012 BCSC 2025). He found that this hearsay statement was necessary and sufficiently reliable to be admitted. In finding that the statement was sufficiently reliable, he noted that the re-enactment was voluntary, incriminating, and was made after Thielen received legal advice. The statement was also corroborated by extrinsic evidence. However, given Thielen's unsavoury character, the trial judge determined that a strong *Vetrovec* warning regarding the re-enactment video was required.

[17] The British Columbia Court of Appeal held that the trial judge erred in admitting the re-enactment video because it was not sufficiently reliable. The court noted that the trial judge relied significantly

[14] M. Thielen a été arrêté le 30 juillet 2010. Il a d'abord nié avoir participé aux deux meurtres. Cependant, lorsque les policiers ont dit à M. Thielen qu'il avait été la cible d'une opération Monsieur Big, il a décrit les meurtres et a identifié des complices sans les nommer. Le lendemain, il a fait aux policiers une autre déclaration dans laquelle il décrivait les meurtres et nommait expressément M. Bradshaw. Quelques jours plus tard, M. Thielen a reconstitué les meurtres pour les policiers et a impliqué M. Bradshaw dans les deux meurtres. Cette reconstitution a été enregistrée sur une bande vidéo qui dure environ six heures.

[15] Initialement, MM. Thielen et Bradshaw ont été accusés ensemble de deux chefs de meurtre au premier degré. Cependant, M. Thielen a plaidé coupable à une accusation de meurtre au second degré avant le début du procès. Au procès de M. Bradshaw, il a été cité comme témoin à charge mais il a refusé d'être assermenté pour témoigner. En conséquence, il a été reconnu coupable d'outrage au tribunal. Le ministère public a tenté de faire admettre en preuve une partie de la vidéo de la reconstitution, qui constitue une déclaration relatée.

III. Décisions des juridictions inférieures

[16] À la suite d'un *voir-dire*, le juge Greyell a admis en preuve la vidéo de la reconstitution (2012 BCSC 2025). Il a conclu que cette déclaration relatée était nécessaire et suffisamment fiable pour être admise. En concluant que la déclaration était suffisamment fiable, il a souligné que la reconstitution était volontaire et incriminante, et que M. Thielen l'avait faite après avoir reçu un avis juridique. La déclaration a également été corroborée par des éléments de preuve extrinsèques. Cependant, compte tenu de l'honnêteté douteuse de M. Thielen, le juge du procès a établi qu'une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* s'imposait à l'égard de la vidéo de la reconstitution.

[17] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès avait eu tort d'admettre en preuve la vidéo de la reconstitution, parce qu'elle n'était pas suffisamment fiable. La cour a souligné

on evidence that did not implicate Bradshaw in the murders as corroboration. Furthermore, in the recorded conversations at the Best Western Hotel and Bothwell Park, Bradshaw did not implicate himself in the murders to the degree that Thielen implicated Bradshaw in the re-enactment. The British Columbia Court of Appeal concluded that the trial judge erred in finding that threshold reliability was established. It allowed the appeal, set aside the guilty verdicts, and ordered a new trial (2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475).

IV. Analysis

A. *Legal Principles*

[18] Hearsay can exceptionally be admitted into evidence if it is necessary and sufficiently reliable. This appeal raises the following question: When can a trial judge rely on corroborative evidence to conclude that the threshold reliability of a hearsay statement is established? To answer, I turn to the rationale for the rule against hearsay and for the principled exception to this rule.

(1) The Principled Exception to the Hearsay Rule

[19] The truth-seeking process of a trial is predicated on the presentation of evidence in court. Litigants make their case by presenting real evidence and *viva voce* testimony to the trier of fact. In court, witnesses give testimony under oath or solemn affirmation. The trier of fact directly observes the real evidence and hears the testimony, so there is no concern that the evidence was recorded inaccurately. This process gives the trier of fact robust tools for testing the truthfulness of evidence and assessing its value. To determine whether a witness is telling the truth, the trier of fact can observe the witness's demeanor and assess whether the testimony withstands testing through cross-examination (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 35).

que le juge du procès s'était considérablement fondé sur des éléments de preuve corroborants qui n'impliquaient pas M. Bradshaw dans les meurtres. De plus, dans les conversations enregistrées à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell, M. Bradshaw ne s'était pas impliqué dans les meurtres dans la mesure décrite par M. Thielen dans la reconstitution. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en estimant que le seuil de fiabilité était établi. Elle a accueilli l'appel, annulé les verdicts de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2015 BCCA 195, 323 C.C.C. (3d) 475).

IV. Analyse

A. *Principes juridiques*

[18] Le oui-dire peut exceptionnellement être admis en preuve s'il est nécessaire et suffisamment fiable. Le pourvoi soulève la question suivante : dans quelles circonstances un juge du procès peut-il se fonder sur une preuve corroborante pour conclure que le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée est établi? Pour résoudre cette question, j'examine le fondement de la règle interdisant le oui-dire et de l'exception raisonnée à cette règle.

(1) L'exception raisonnée à la règle du oui-dire

[19] Le processus de recherche de la vérité d'un procès repose sur la présentation de la preuve en cour. Les parties présentent leur cause en soumettant au juge des faits des preuves matérielles et des témoignages de vive voix. En cour, les témoins font leur déposition sous serment ou affirmation solennelle. Le juge des faits observe directement les preuves matérielles et entend les témoignages, de sorte qu'il n'y a aucun risque que la preuve soit rapportée de manière inexacte. Ce processus procure au juge des faits des outils solides pour apprécier la véracité de la preuve et en évaluer la valeur. Pour savoir si un témoin dit la vérité, le juge des faits peut observer son comportement et juger si le témoignage résiste à l'épreuve d'un contre-interrogatoire (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 35).

[20] Hearsay is an out-of-court statement tendered for the truth of its contents. Because hearsay is declared outside of court, it is often difficult for the trier of fact to assess whether it is trustworthy. Generally, hearsay is not taken under oath, the trier of fact cannot observe the declarant's demeanor as she makes the statement, and hearsay is not tested through cross-examination (*R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 764). Allowing a trier of fact to consider hearsay can therefore compromise trial fairness and the trial's truth-seeking process. The hearsay statement may be inaccurately recorded, and the trier of fact cannot easily investigate the declarant's perception, memory, narration, or sincerity (*Khelawon*, at para. 2). As Fish J. explains in *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520:

First, the declarant may have *misperceived* the facts to which the hearsay statement relates; second, even if correctly perceived, the relevant facts may have been *wrongly remembered*; third, the declarant may have narrated the relevant facts in an *unintentionally misleading manner*; and finally, the declarant may have *knowingly made a false assertion*. The opportunity to fully probe these potential sources of error arises only if the declarant is present in court and subject to cross-examination. [Emphasis in original; para. 32.]

[21] Given the dangers that hearsay evidence presents, “[t]he fear is that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves” (*Khelawon*, at para. 35). Therefore, while all relevant evidence is generally admissible, hearsay is presumptively inadmissible (*Khelawon*, at paras. 2-3).

[22] However, some hearsay evidence “presents minimal dangers and its *exclusion*, rather than its admission, would impede accurate fact finding” (*Khelawon*, at para. 2 (emphasis in original)). Thus, categorical exceptions to the rule excluding hearsay developed through the common law over time. These traditional exceptions are based on admitting types of hearsay statements that were considered

[20] Le ouï-dire est une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu. Puisque la déclaration est faite à l'extérieur du tribunal, il est souvent difficile pour le juge des faits d'apprécier si elle est digne de foi. En général, le ouï-dire n'est pas fait sous serment, le juge des faits ne peut observer le comportement du déclarant au moment où il fait sa déclaration, et le déclarant n'est pas soumis à l'épreuve du contre-interrogatoire (*R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 764). Le fait de permettre au juge des faits de tenir compte du ouï-dire peut donc compromettre l'équité du procès et le processus de recherche de la vérité. La déclaration relatée peut être rapportée de manière inexacte, et le juge des faits ne peut pas facilement mettre à l'épreuve la perception, la mémoire, la relation du fait ou la sincérité du déclarant (*Khelawon*, par. 2). Comme le juge Fish l'a expliqué dans *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520 :

Premièrement, il se peut que le déclarant ait *mal perçu* les faits relatés dans sa déclaration; deuxièmement, même s'il a correctement perçu les faits pertinents, il se peut qu'il ne se les *remémore pas fidèlement*; troisièmement, il est possible qu'en relatant les faits pertinents il *induisse involontairement en erreur*; finalement, il pourrait avoir *sciemment fait une fausse déclaration*. La possibilité de sonder en profondeur ces éventuelles sources d'erreur ne se présente que si le déclarant comparait pour être contre-interrogé. [En italique dans l'original; par. 32.]

[21] Compte tenu des dangers que présente la preuve par ouï-dire, « [o]n craint que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu'elle n'en mérite » (*Khelawon*, par. 35). Par conséquent, même si tout élément de preuve pertinent est généralement admissible, la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible (*Khelawon*, par. 2-3).

[22] Toutefois, certaines preuves par ouï-dire « présente[nt] des dangers minimes et [leur] *exclusion* au lieu de [leur] admission gênerait la constatation exacte des faits » (*Khelawon*, par. 2 (en italique dans l'original)). Par conséquent, les tribunaux ont défini au fil du temps des catégories d'exceptions à la règle d'exclusion du ouï-dire. Ces exceptions traditionnelles sont fondées sur l'admission de certains

necessary and reliable, such as dying declarations (*Khelawon*, at para. 42; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 20; J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2nd ed. 1923), vol. III, at p. 152).

[23] Eventually, a more flexible approach to hearsay developed through the jurisprudence. Under the principled exception, hearsay can exceptionally be admitted into evidence when the party tendering it demonstrates that the twin criteria of necessity and threshold reliability are met on a balance of probabilities (*Khelawon*, at para. 47).

[24] By only admitting necessary and sufficiently reliable hearsay, the trial judge acts as an evidentiary gatekeeper. She protects trial fairness and the integrity of the truth-seeking process (*Youvarajah*, at paras. 23 and 25). In criminal proceedings, the threshold reliability analysis has a constitutional dimension because the difficulties of testing hearsay evidence can threaten the accused's right to a fair trial (*Khelawon*, at paras. 3 and 47). Even when the trial judge is satisfied that the hearsay is necessary and sufficiently reliable, she has discretion to exclude this evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value (*Khelawon*, at para. 49).

[25] In this case, the necessity of the re-enactment evidence is established because Thielen refused to testify. Thus, its admissibility rests on whether threshold reliability is met.

(2) Threshold Reliability

[26] To determine whether a hearsay statement is admissible, the trial judge assesses the statement's *threshold* reliability. Threshold reliability is established when the hearsay "is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it" (*Khelawon*, at para. 49). These dangers arise notably due to the absence of contemporaneous

types de déclarations relatées qui étaient considérées nécessaires et fiables, comme les déclarations de mourants (*Khelawon*, par. 42; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 20; J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2^e éd. 1923), vol. III, p. 152).

[23] Finalement, une approche plus souple relative au ouï-dire est ressortie de la jurisprudence. Selon l'exception raisonnée, le ouï-dire peut exceptionnellement être admis en preuve lorsque la partie qui le produit démontre que le double critère de la nécessité et du seuil de fiabilité est respecté selon la prépondérance des probabilités (*Khelawon*, par. 47).

[24] En admettant seulement le ouï-dire nécessaire et suffisamment fiable, le juge du procès agit à titre de gardien de la preuve. Il protège l'équité du procès et l'intégrité du processus de recherche de la vérité (*Youvarajah*, par. 23 et 25). Dans les poursuites criminelles, l'appréciation du seuil de fiabilité comporte une dimension constitutionnelle, parce que la difficulté de vérifier la preuve par ouï-dire peut compromettre le droit de l'accusé à un procès équitable (*Khelawon*, par. 3 et 47). Même lorsque le juge du procès est convaincu que le ouï-dire est nécessaire et suffisamment fiable, il a le pouvoir discrétionnaire de l'exclure si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante (*Khelawon*, par. 49).

[25] Dans le cas qui nous occupe, la preuve tirée de la reconstitution est nécessaire parce que M. Thielen a refusé de témoigner. Ainsi, son admissibilité repose sur la question de savoir s'il a été satisfait au seuil de fiabilité.

(2) Seuil de fiabilité

[26] Afin d'établir si une déclaration relatée est admissible, le juge du procès apprécie le *seuil* de fiabilité de la déclaration. Le seuil de fiabilité est atteint lorsque la preuve « est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier » (*Khelawon*, par. 49). Ces dangers surviennent notamment en raison de l'impossibilité

cross-examination of the hearsay declarant before the trier of fact (*Khelawon*, at paras. 35 and 48). In assessing threshold reliability, the trial judge must identify the specific hearsay dangers presented by the statement and consider any means of overcoming them (*Khelawon*, at paras. 4 and 49; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 75). The dangers relate to the difficulties of assessing the declarant's perception, memory, narration, or sincerity, and should be defined with precision to permit a realistic evaluation of whether they have been overcome.

[27] The hearsay dangers can be overcome and threshold reliability can be established by showing that (1) there are adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability) or (2) there are sufficient circumstantial or evidentiary guarantees that the statement is inherently trustworthy (substantive reliability) (*Khelawon*, at paras. 61-63; *Youvarajah*, at para. 30).

[28] *Procedural* reliability is established when "there are adequate substitutes for testing the evidence", given that the declarant has not "state[d] the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination" (*Khelawon*, at para. 63). These substitutes must provide a satisfactory basis for the trier of fact to rationally evaluate the truth and accuracy of the hearsay statement (*Khelawon*, at para. 76; *Hawkins*, at para. 75; *Youvarajah*, at para. 36). Substitutes for traditional safeguards include a video recording of the statement, the presence of an oath, and a warning about the consequences of lying (*B. (K.G.)*, at pp. 795-96). However, some form of cross-examination of the declarant, such as preliminary inquiry testimony (*Hawkins*) or cross-examination of a recanting witness at trial (*B. (K.G.)*; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764), is usually required (*R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at paras. 92 and 95). In this respect, I disagree with the Court of Appeal's categorical assertion that safeguards relevant to assessing procedural reliability are only "those in place when the statement is taken" (para. 30). Some safeguards imposed at trial, such as cross-examination of a

de contre-interroger le déclarant devant le juge des faits au moment où il fait sa déclaration (*Khelawon*, par. 35 et 48). En appréciant le seuil de fiabilité, le juge du procès doit cerner les dangers spécifiques du oui-dire que pose la déclaration et envisager des moyens de les écarter (*Khelawon*, par. 4 et 49; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 75). Ces dangers se rapportent au fait qu'il peut être difficile d'évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait ou sa sincérité, et ils devraient être définis avec précision pour qu'on puisse évaluer de façon réaliste s'ils sont écartés.

[27] Les dangers du oui-dire peuvent être écartés et le seuil de fiabilité peut être atteint s'il est démontré (1) qu'il existe d'autres façons adéquates de vérifier la vérité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural), ou (2) qu'il existe des garanties circonstanciées ou relatives à la preuve conférant une fiabilité inhérente à la déclaration relatée (fiabilité substantielle) (*Khelawon*, par. 61-63; *Youvarajah*, par. 30).

[28] La fiabilité *d'ordre procédural* est établie « lorsqu'il existe d'autres façons adéquates de [. . .] vérifier [la preuve] », compte tenu du fait que le déclarant n'a pas témoigné « sous serment devant le tribunal, tout en [subissant] un contre-interrogatoire minutieux » (*Khelawon*, par. 63). Ces autres façons de vérifier la preuve doivent fournir au juge des faits une base satisfaisante pour apprécier rationnellement la véracité et l'exactitude de la déclaration relatée (*Khelawon*, par. 76; *Hawkins*, par. 75; *Youvarajah*, par. 36). Constituent des substituts aux garanties traditionnelles notamment un enregistrement vidéo de la déclaration, l'existence d'un serment et un avertissement au sujet des conséquences liées au fait de mentir (*B. (K.G.)*, p. 795-796). Cependant, une certaine forme de contre-interrogatoire du déclarant, comme le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire (*Hawkins*) ou le contre-interrogatoire d'un témoin qui se rétracte au procès (*B. (K.G.)*; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764), est habituellement nécessaire (*R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 92 et 95). À cet égard, je ne partage pas l'avis catégorique de la Cour d'appel voulant que les garanties pertinentes pour évaluer la fiabilité

recanting witness before the trier of fact, may provide a satisfactory basis for testing the evidence.

[29] However, jury warnings about the dangers of hearsay evidence or *Vetrovec* testimony do not provide adequate substitutes for traditional safeguards. Instructing a jury on *how* to evaluate a statement that it lacks the *means* to evaluate does not address the hearsay dangers that underlie the exclusionary rule. Furthermore, *Vetrovec* warnings are designed to address concerns about a witness who is inherently untrustworthy, despite the opportunity to cross-examine in court. They are not tools for assessing the truth and accuracy of a hearsay statement in the absence of contemporaneous cross-examination.

[30] A hearsay statement is also admissible if *substantive* reliability is established, that is, if the statement is inherently trustworthy (*Youvarajah*, at para. 30; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 929). To determine whether the statement is inherently trustworthy, the trial judge can consider the circumstances in which it was made and evidence (if any) that corroborates or conflicts with the statement (*Khelawon*, at paras. 4, 62 and 94-100; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 55).

[31] While the standard for substantive reliability is high, guarantee “as the word is used in the phrase ‘circumstantial guarantee of trustworthiness’, does not require that reliability be established with absolute certainty” (*Smith*, at p. 930). Rather, the trial judge must be satisfied that the statement is “so reliable that contemporaneous cross-examination of the declarant would add little if anything to the process” (*Khelawon*, at para. 49). The level of certainty required has been articulated in different ways throughout this Court’s jurisprudence. Substantive

d’ordre procédural soient seulement [TRADUCTION] « celles qui sont en place lorsque la déclaration est recueillie » (par. 30). Certaines garanties imposées au procès, comme le contre-interrogatoire devant le juge des faits d’un témoin qui se rétracte, peuvent constituer une base satisfaisante pour vérifier la preuve.

[29] Cependant, les mises en garde au jury concernant les dangers associés à la preuve par ouï-dire ou les témoignages visés par *Vetrovec* n’offrent pas des substituts adéquats aux garanties traditionnelles. Le fait de donner des directives au jury sur la *façon* d’évaluer une déclaration qu’il n’a pas les *moyens* d’évaluer ne réduit pas les dangers associés au ouï-dire qui sous-tendent la règle d’exclusion. De plus, les mises en garde de type *Vetrovec* visent à répondre aux préoccupations concernant les témoins qui sont en soi non dignes de foi, malgré la possibilité qu’ils soient contre-interrogés en cour. Ce ne sont pas des outils d’évaluation de la véracité et de l’exactitude d’une déclaration relatée en l’absence de contre-interrogatoire effectué au moment où la déclaration est faite.

[30] La déclaration relatée est également admissible si la fiabilité *substantielle* est établie, c’est-à-dire si la déclaration est intrinsèquement fiable (*Youvarajah*, par. 30; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 929). Pour établir si la déclaration est intrinsèquement fiable, le juge du procès peut prendre en compte les circonstances dans lesquelles elle a été faite et la preuve (le cas échéant) qui corrobore ou contredit la déclaration (*Khelawon*, par. 4, 62 et 94-100; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 55).

[31] Bien que la norme de la fiabilité substantielle soit élevée, la garantie « qui figure dans l’expression “garantie circonstancielle de fiabilité” n’exige pas qu’on établisse la fiabilité de manière absolument certaine » (*Smith*, p. 930). Le juge du procès doit plutôt être convaincu que la déclaration est « si fiable qu’il aurait été peu ou pas utile de contre-interroger le déclarant au moment précis où il s’est exprimé » (*Khelawon*, par. 49). Au fil de ses décisions, la Cour a exprimé le degré de certitude requis de différentes façons. La fiabilité substantielle

reliability is established when the statement “is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken” (*Smith*, at p. 933); “under such circumstances that even a sceptical caution would look upon it as trustworthy” (*Khelawon*, at para. 62, citing Wigmore, at p. 154); when the statement is so reliable that it is “unlikely to change under cross-examination” (*Khelawon*, at para. 107; *Smith*, at p. 937); when “there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about” (*Khelawon*, at para. 62); when the only likely explanation is that the statement is true (*U. (F.J.)*, at para. 40).

[32] These two approaches to establishing threshold reliability may work in tandem. Procedural reliability and substantive reliability are not mutually exclusive (*Khelawon*, at para. 65) and “factors relevant to one can complement the other” (*Couture*, at para. 80). That said, the threshold reliability standard always remains high — the statement must be sufficiently reliable to overcome the specific hearsay dangers it presents (*Khelawon*, at para. 49). For example, in *U. (F.J.)*, where the Court drew on elements of substantive and procedural reliability to justify the admission of a hearsay statement, both cross-examination of the recanting witness and corroborative evidence were required to meet threshold reliability, though neither on its own would have sufficed (see also *Blackman*, at paras. 37-52). I know of no other example from this Court’s jurisprudence of substantive and procedural reliability complementing each other to justify the admission of a hearsay statement. Great care must be taken to ensure that this combined approach does not lead to the admission of statements despite insufficient procedural safeguards and guarantees of inherent trustworthiness to overcome the hearsay dangers.

est établie lorsque la déclaration « a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur » (*Smith*, p. 933); « dans des circonstances où même un sceptique prudent la considérerait comme très probablement fiable » (*Khelawon*, par. 62, citant Wigmore, p. 154); lorsque la déclaration est si fiable qu’elle « ne serait pas susceptible de changer lors d’un contre-interrogatoire » (*Khelawon*, par. 107; *Smith*, p. 937); lorsqu’« il n’y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite » (*Khelawon*, par. 62); lorsque la seule explication probable est que la déclaration est véridique (*U. (F.J.)*, par. 40).

[32] Ces deux approches visant à établir le seuil de fiabilité peuvent aller de pair. La fiabilité d’ordre procédural et la fiabilité substantielle ne sont pas des catégories mutuellement exclusives (*Khelawon*, par. 65) et « les facteurs pertinents à l’égard de l’une peuvent servir à compléter l’autre » (*Couture*, par. 80). Cela dit, la norme du seuil de fiabilité demeure toujours élevée — la déclaration doit être suffisamment fiable pour écarter les dangers spécifiques du oui-dire qu’elle présente (*Khelawon*, par. 49). Par exemple, dans *U. (F.J.)*, lorsque la Cour s’est appuyée sur des éléments de fiabilité d’ordre procédural et de fiabilité substantielle pour accepter l’admission d’une déclaration relatée, le contre-interrogatoire du témoin qui se rétracte et la preuve corroborante étaient nécessaires pour que le seuil de fiabilité soit atteint, mais aucun n’était suffisant à lui seul (voir également *Blackman*, par. 37-52). Je ne connais aucun autre exemple provenant de la jurisprudence de la Cour où la fiabilité d’ordre procédural et la fiabilité substantielle se complètent pour que l’admission d’une déclaration relatée soit acceptée. Il faut prendre bien soin de s’assurer que cette approche combinée ne donne pas lieu à l’admission de déclarations malgré le fait que les mesures de protection procédurales et les garanties de fiabilité inhérentes soient insuffisantes pour écarter les dangers du oui-dire.

(3) Corroborative Evidence and Substantive Reliability

[33] With these principles in mind, I turn to the issue at the heart of this appeal: When and how can a trial judge rely on corroborative evidence to conclude that substantive reliability is established?

[34] The Crown submits that threshold reliability involves a consideration of all the corroborative evidence that supports the truthfulness of a statement, including evidence that does not implicate the accused, or directly confirm the disputed aspect of the statement. The Crown explains that this approach to corroboration is aligned with other areas of the law, including corroboration when assessing the ultimate reliability of hearsay statements, the ultimate reliability of unsavoury witness statements, and the threshold reliability of Mr. Big statements.

[35] In contrast, the respondent Bradshaw submits that the trial judge can only consider evidence that corroborates the *purpose* for which a hearsay statement is tendered, and notes that the re-enactment statement was tendered to implicate him in the murders.

[36] In my view, the Crown's position that "a uniform definition of confirmatory evidence" should be employed "at both the threshold and ultimate reliability stages" is untenable because it misconstrues the relationship between threshold and ultimate reliability (A.F., at para. 96). It also misconstrues the relationship between threshold reliability and probative value.

[37] In *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, this Court held that corroborative evidence could not be considered in assessing the threshold reliability of hearsay. This bright-line rule was created to ensure that the trial judge did not invade the

(3) Éléments de preuve corroborants et fiabilité substantielle

[33] En gardant ces principes à l'esprit, j'aborde la question au cœur du présent pourvoi : dans quelles circonstances et de quelle façon le juge du procès peut-il s'appuyer sur des éléments de preuve corroborants pour conclure que la fiabilité substantielle est établie?

[34] Le ministère public soutient que l'appréciation du seuil de fiabilité suppose un examen de tous les éléments de preuve corroborants qui appuient la véracité d'une déclaration, y compris les éléments de preuve qui n'impliquent pas l'accusé ou qui ne confirment pas directement l'aspect contesté de la déclaration. Il explique que cette approche à l'égard de la corroboration est conforme aux autres domaines du droit, y compris la corroboration lors de l'appréciation de la fiabilité en dernière analyse de déclarations relatées, de la fiabilité en dernière analyse des déclarations de témoins à l'honnêteté douteuse et du seuil de fiabilité de déclarations obtenues dans le cadre d'une opération Monsieur Big.

[35] Par contre, M. Bradshaw, l'intimé, plaide que le juge du procès peut seulement tenir compte des éléments de preuve qui corroborent l'*objet* pour lequel la déclaration relatée est produite, et souligne que la déclaration de reconstitution a été produite pour l'impliquer dans les meurtres.

[36] À mon avis, la position du ministère public voulant qu'une [TRADUCTION] « définition uniforme de la preuve de corroboration » soit employée « tant à l'étape du seuil de fiabilité qu'à celle de la fiabilité en dernière analyse » est indéfendable parce qu'elle repose sur une interprétation erronée du lien entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse (m.a., par. 96). Elle repose également sur une interprétation erronée du lien entre le seuil de fiabilité et la valeur probante.

[37] Dans *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, la Cour a conclu que les éléments de preuve corroborants ne pouvaient pas être pris en considération lors de l'appréciation du seuil de fiabilité du oui-dire. Cette règle de démarcation nette

province of the trier of fact by pre-determining a hearsay statement's ultimate reliability (para. 217).¹

[38] *Khelawon* overturned *Starr* on this point. Charron J. explained that, in appropriate cases, corroborative or conflicting evidence can be considered in assessing threshold reliability (paras. 93-100). *Khelawon* established that “an item of evidence [that] goes to the trustworthiness of the statement . . . should no longer be excluded simply on the basis that it is corroborative in nature” (*Blackman*, at para. 55 (emphasis added)). But “[i]t is important to emphasize that *Khelawon* did not broaden the scope of the admissibility inquiry; it merely refocused it” (*Blackman*, at para. 54). While *Khelawon* overturned the prohibition on considering corroborative evidence in the admissibility inquiry, it reaffirmed the distinction between threshold and ultimate reliability (para. 50; *Blackman*, at para. 56).

[39] The distinction between threshold and ultimate reliability, while “a source of confusion”, is crucial (*Khelawon*, at para. 50). Threshold reliability concerns admissibility, whereas ultimate reliability concerns reliance (*Khelawon*, at para. 3). When threshold reliability is based on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge and the trier of fact may both assess the trustworthiness of the hearsay statement. However, they do so for different purposes (*Khelawon*, at paras. 3 and 50). In assessing ultimate reliability, the trier of fact determines whether, and to what degree, the statement should be believed, and thus relied on to decide issues in the case (*Khelawon*, at para. 50; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 35-36). This determination is made “in the context of the entirety of the evidence” including

¹ This rule was criticized for being antithetical to the flexible nature of the principled exception to hearsay (H. Stewart, “*Khelawon*: The Principled Approach to Hearsay Revisited” (2008), 12 *Can. Crim. L.R.* 95, at p. 105) and for leading to the exclusion of manifestly reliable hearsay evidence (S. Akhtar, “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46).

a été créée pour que le juge du procès n’empiète pas sur la compétence du juge des faits en préjugant de la fiabilité en dernière analyse de la déclaration relatée (par. 217)¹.

[38] À cet égard, l’arrêt *Khelawon* a infirmé l’arrêt *Starr*. Le juge Charron a expliqué que, dans les cas appropriés, les éléments de preuve corroborants ou contradictoires peuvent être pris en compte lors de l’appréciation du seuil de fiabilité (par. 93-100). Suivant l’arrêt *Khelawon*, « un élément de preuve [qui] permet d’établir la véracité d’une déclaration [. . .] ne devrait plus être exclu simplement parce qu’il s’agit d’une preuve corroborante » (*Blackman*, par. 55 (je souligne)). Mais il importe de « souligner que *Khelawon* n’a pas élargi la portée de l’examen de l’admissibilité; il n’a fait que le mettre au point » (*Blackman*, par. 54). Bien que *Khelawon* ait infirmé l’interdiction de tenir compte des éléments de preuve corroborants lors de l’examen de l’admissibilité, il a confirmé la distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse (par. 50; *Blackman*, par. 56).

[39] La distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse, bien qu’elle puisse être « source de confusion », est essentielle (*Khelawon*, par. 50). Le seuil de fiabilité porte sur l’admissibilité de l’élément de preuve, tandis que la fiabilité en dernière analyse est liée au fait de s’y fier (*Khelawon*, par. 3). Lorsque le seuil de fiabilité repose sur la fiabilité intrinsèque de la déclaration, le juge du procès et le juge des faits peuvent tous les deux évaluer si la déclaration relatée est digne de foi. Cependant, ils le font pour des raisons différentes (*Khelawon*, par. 3 et 50). Lorsqu’il apprécie la fiabilité en dernière analyse, le juge des faits établit dans quelle mesure la déclaration est digne de foi et, si elle l’est, dans quelle mesure il devrait s’y fier pour trancher les questions en litige (*Khelawon*, par. 50; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd.

¹ Cette règle a été critiquée parce que jugée antithétique à la nature flexible de l’exception raisonnée à la règle du oui-dire (H. Stewart, « *Khelawon* : The Principled Approach to Hearsay Revisited » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 95, p. 105) et parce qu’elle donnait lieu à l’exclusion de déclarations relatées manifestement fiables (S. Akhtar, « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46).

evidence that corroborates the accused's guilt or the declarant's overall credibility (*Khelawon*, at para. 3).

[40] In contrast, in assessing threshold reliability, the trial judge's preoccupation is whether in-court, contemporaneous cross-examination of the hearsay declarant would add anything to the trial process (*Khelawon*, at para. 49; see also H. Stewart, "Khelawon: The Principled Approach to Hearsay Revisited" (2008), 12 *Can. Crim. L.R.* 95, at p. 106). At the threshold stage, the trial judge must decide on the *availability* of competing explanations (substantive reliability) and whether the trier of fact will be in a position to choose between them by means of adequate substitutes for contemporaneous cross-examination (procedural reliability). For this reason, where procedural reliability is concerned with whether there is a satisfactory basis to rationally *evaluate* the statement, substantive reliability is concerned with whether the circumstances, and any corroborative evidence, provide a rational basis to *reject* alternative explanations for the statement, other than the declarant's truthfulness or accuracy.

[41] In short, in the hearsay context, the difference between threshold and ultimate reliability is qualitative, and not a matter of degree, because the trial judge's inquiry serves a distinct purpose. In assessing substantive reliability, the trial judge does not usurp the trier of fact's role. Only the trier of fact assesses whether the hearsay statement should ultimately be relied on and its probative value.

[42] To preserve the distinction between threshold and ultimate reliability and to prevent the *voir dire* from overtaking the trial, "[t]here must be a distinction between evidence that is admissible on the *voir dire* to determine necessity and reliability, and the evidence that is admissible in the main trial"

(2015), p. 35-36). Il prend cette décision « au regard de l'ensemble de la preuve », ce qui comprend la preuve qui corrobore la culpabilité de l'accusé ou la crédibilité générale du déclarant (*Khelawon*, par. 3).

[40] Par contre, lorsqu'il apprécie le seuil de fiabilité, le juge du procès se demande si un contre-interrogatoire en cour du déclarant au moment où il a fait sa déclaration aurait été utile au processus judiciaire (*Khelawon*, par. 49; voir aussi H. Stewart, « *Khelawon* : The Principled Approach to Hearsay Revisited » (2008), 12 *Rev. can. D.P.* 95, p. 106). À l'étape du seuil de fiabilité, le juge du procès doit déterminer si des explications différentes sont *disponibles* (fiabilité substantielle) et si le juge des faits sera en mesure de choisir parmi celles-ci par des moyens qui se substituent adéquatement au contre-interrogatoire mené au moment où le déclarant fait sa déclaration (fiabilité d'ordre procédural). Pour cette raison, alors que la fiabilité d'ordre procédural porte sur la question de savoir s'il existe une base satisfaisante pour *apprécier* rationnellement la déclaration, la fiabilité substantielle porte sur la question de savoir si les circonstances, et tout élément de preuve corroborant, fournissent une base rationnelle pour *rejeter* les autres explications de la déclaration, hormis la véracité du déclarant ou l'exactitude de sa déclaration.

[41] Bref, dans le contexte du oui-dire, la différence entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse est d'ordre qualitatif et ne tient pas à une question de degré, parce que l'examen du juge du procès sert un objectif distinct. Lorsqu'il apprécie la fiabilité substantielle, le juge du procès n'usurpe pas la fonction du juge des faits. Seul ce dernier détermine s'il y a lieu en dernière analyse de prêter foi à la déclaration relatée et en apprécie la valeur probante.

[42] Pour préserver la distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse et pour empêcher le voir-dire d'occulter le procès, [TRADUCTION] « [i] faut pouvoir distinguer la preuve admissible au voir-dire pour établir la nécessité et la fiabilité et la preuve admissible au procès principal »

(Stewart, at p. 111; see also L. Lacelle, “The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes” (1999), 19 C.R. (5th) 376; *Blackman*, at paras. 54-57). As Charron J. explained in *Khelawon*, “the trial judge must remain mindful of the limited role that he or she plays in determining admissibility — it is crucial to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility *voir dire*” (para. 93). Similarly, she noted in *Blackman*: “The admissibility *voir dire* must remain focused on the hearsay evidence in question. It is not intended, and cannot be allowed by trial judges, to become a full trial on the merits” (para. 57). Limiting the use of corroborative evidence as a basis for admitting hearsay also mitigates the risk that inculpatory hearsay will be admitted simply because evidence of the accused’s guilt is strong. The stronger the case against the accused, the easier it would be to admit flawed and unreliable hearsay against him. The limited inquiry into corroborative evidence flows from the fact that, at the threshold reliability stage, corroborative evidence is used in a manner that is qualitatively distinct from the manner in which the trier of fact uses it to assess the statement’s ultimate reliability. As Lederman, Bryant and Fuerst explain, at the threshold reliability stage,

[t]he use of corroborative evidence should be directed to the reliability of the hearsay. Certain items of evidence can take on a corroborative character and be supportive of the Crown’s theory when considered in the context of the evidence as a whole. Such evidence relates to the merits of the case rather than to the limited focus of the *voir dire* in assessing the trustworthiness of the statement and is properly left to the ultimate trier of fact.

(S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at §6.140)

(Stewart, p. 111; voir également L. Lacelle, « The Role of Corroborating Evidence in Assessing the Reliability of Hearsay Statements for Substantive Purposes » (1999), 19 C.R. (5th) 376; *Blackman*, par. 54-57). Comme l’a expliqué la juge Charron dans *Khelawon*, « le juge du procès doit demeurer conscient du rôle limité qu’il joue lorsqu’il se prononce sur l’admissibilité — il est essentiel pour assurer l’intégrité du processus de constatation des faits que la question de la fiabilité en dernière analyse ne soit pas préjugée lors du voir-dire portant sur l’admissibilité » (par. 93). De même, elle a signalé ce qui suit dans *Blackman* : « Le voir-dire sur l’admissibilité doit demeurer centré sur la preuve par oui-dire en question. Il ne vise pas — et les juges de première instance ne sauraient pas le permettre non plus — à assimiler ce processus à un procès complet sur le fond » (par. 57). Le fait de limiter l’utilisation de la preuve corroborante comme base de l’admission du oui-dire atténue également le risque qu’une déclaration relatée incriminante soit admise simplement parce que la preuve de la culpabilité de l’accusé est forte. Plus la preuve contre l’accusé est forte, plus il serait facile d’admettre contre lui un oui-dire entaché d’un vice et non fiable. L’examen limité de la preuve corroborante découle du fait que, à l’étape du seuil de fiabilité, la preuve corroborante est utilisée d’une manière distincte, au plan qualitatif, de la manière dont le juge des faits l’utilise pour évaluer la fiabilité de la déclaration en dernière analyse. Comme l’expliquent Lederman, Bryant et Fuerst, à l’étape du seuil de fiabilité,

[TRADUCTION] [l]e recours à la preuve corroborante devrait viser la fiabilité du oui-dire. Certains éléments de preuve peuvent servir de preuve corroborante et appuyer la thèse du ministère public lorsqu’ils sont examinés dans le contexte de l’ensemble de la preuve. Ces éléments de preuve se rapportent au fond de l’affaire plutôt qu’au contexte restreint du voir-dire en vue d’évaluer la crédibilité de la déclaration, et il vaut mieux en laisser l’appréciation au juge des faits.

(S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4^e éd. 2014), §6.140)

[43] Thus, the Crown's argument that the approach to corroboration when assessing the ultimate reliability of *Vetrovec* testimony is analogous to the approach for assessing the threshold reliability of hearsay is also fundamentally flawed. Further, an unsavoury witness, unlike a hearsay declarant, is a witness at trial and can be cross-examined. The particular dangers posed by the absence of cross-examination make it necessary to distinguish between the *Vetrovec* and hearsay approaches to corroborative evidence. As a result, I do not accept the Crown's submissions in this regard.

[44] In my view, the rationale for the rule against hearsay and the jurisprudence of this Court make clear that not all evidence that corroborates the declarant's credibility, the accused's guilt, or one party's theory of the case, is of assistance in assessing threshold reliability. A trial judge can only rely on corroborative evidence to establish threshold reliability if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement. If the hearsay danger relates to the declarant's sincerity, truthfulness will be the issue. If the hearsay danger is memory, narration, or perception, accuracy will be the issue.

[45] First, corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the *material aspects* of the hearsay statement (see *Couture*, at paras. 83-84; *Blackman*, at para. 57). Hearsay is tendered for the truth of its contents and corroborative evidence must go to the truthfulness or accuracy of the content of the hearsay statement that the moving party seeks to rely on. Because threshold reliability is about admissibility of evidence, the focus must be on the aspect

[43] Ainsi, l'argument du ministère public voulant que l'approche relative à la corroboration lors de l'appréciation de la fiabilité en dernière analyse d'un témoignage visé par *Vetrovec* s'apparente à celle servant à l'appréciation du seuil de fiabilité du oui-dire est également entaché d'un vice fondamental. De plus, un témoin dont l'honnêteté est douteuse, contrairement à l'auteur d'une déclaration relatée, est un témoin au procès et peut être contre-interrogé. En raison des dangers que pose l'absence de contre-interrogatoire, il est nécessaire de faire la distinction entre l'approche relative à la preuve corroborante dans le cas d'un témoignage visé par *Vetrovec* et l'approche dans le cas d'un oui-dire. Je ne puis donc pas accepter les arguments du ministère public à cet égard.

[44] À mon avis, la raison d'être de la règle d'exclusion du oui-dire et la jurisprudence de la Cour établissent clairement que ce ne sont pas tous les éléments de preuve corroborant la crédibilité du déclarant, la culpabilité de l'accusé ou la thèse d'une des parties, qui seront utiles lors de l'appréciation du seuil de fiabilité. Le juge du procès ne peut, pour établir le seuil de fiabilité, se fonder sur la preuve corroborante que si celle-ci, considérée globalement dans les circonstances de l'espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ceux-ci. Si le danger associé au oui-dire a trait à la sincérité du déclarant, il faudra considérer la véracité de la déclaration. Si le danger associé au oui-dire a trait à la mémoire, à la relation du fait ou à la perception, il faudra déterminer si la déclaration est exacte.

[45] D'abord, la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude des *aspects importants* de la déclaration relatée (voir *Couture*, par. 83-84; *Blackman*, par. 57). Le oui-dire est présenté pour établir la véracité de son contenu, et la preuve corroborante doit porter sur la véracité ou l'exactitude du contenu de la déclaration relatée sur lequel la partie requérante veut s'appuyer. Puisque le seuil de fiabilité est lié à l'admissibilité de la preuve, il faut

of the statement that is tendered for its truth.² The function of corroborative evidence at the threshold reliability stage is to mitigate the need for cross-examination, not generally, but *on the point* that the hearsay is tendered to prove.

[46] A similar approach was taken in restricting the type of corroborative evidence that can be relied on to establish the threshold reliability of Mr. Big statements. In *Hart*, Moldaver J. (writing for the majority) concluded that there was a “complete lack of confirmatory evidence” (para. 143), disregarding corroborative evidence that merely confirmed the accused’s presence at the scene of the crime when it took place, because the Mr. Big statement was tendered to show that the accused killed his daughters, not that he was present at the scene of the crime. As Moldaver J. explained:

The issue has always been whether the respondent’s daughters drowned accidentally or were murdered. There was never any question that the respondent was present when his daughters entered the water. All of the objectively verifiable details of the respondent’s confession (e.g., his knowledge of the location of the drowning) flow from his acknowledged presence at the time the drowning occurred. [para. 143]

Thus, in assessing the threshold reliability of Mr. Big statements, the trial judge considers only corroborative evidence that goes to the truthfulness or accuracy of the material aspects of the statement.

[47] Second, at the threshold reliability stage, corroborative evidence must work in conjunction with

² Ensuring that corroborative evidence goes to the truthfulness or accuracy of the material aspects of the hearsay statement is particularly important when the hearsay statement is lengthy. In this case, for example, a 200-page transcript from the re-enactment video was given to the jury. If the trial judge were entitled to consider any evidence that corroborated *any* part of this statement in assessing its admissibility, the *voir dire* could become a trial within a trial (*Blackman*, at para. 57).

mettre l’accent sur l’aspect de la déclaration qui est présenté pour établir la véracité de son contenu². À l’étape du seuil de fiabilité, la preuve corroborante doit atténuer le besoin d’un contre-interrogatoire, non pas de façon générale, mais *sur le point* que la déclaration relatée vise à prouver.

[46] Une approche semblable a été adoptée pour limiter le type de preuve corroborante pouvant être invoquée dans le but d’établir le seuil de fiabilité de déclarations issues d’opérations Monsieur Big. Dans *Hart*, le juge Moldaver (au nom des juges majoritaires) a conclu qu’il y avait une « absence complète de preuve de corroboration » (par. 143), et il a mis de côté les éléments de preuve corroborants qui confirmaient simplement la présence de l’accusé sur la scène du crime au moment où celui-ci a eu lieu, puisque la déclaration obtenue dans le cadre de l’opération Monsieur Big avait été présentée pour prouver que l’accusé avait assassiné ses filles, et non qu’il était présent sur les lieux du crime. Comme l’a expliqué le juge Moldaver :

La question a toujours été de savoir si les filles de l’intimé s’étaient noyées accidentellement ou si elles avaient été assassinées. La présence de l’intimé lorsque les fillettes se sont retrouvées dans l’eau n’a jamais été contestée. Toutes les données objectivement vérifiables des aveux (p. ex. la connaissance de l’emplacement de la noyade) découlent du fait qu’il a reconnu avoir été présent au moment du drame. [par. 143]

Ainsi, lorsque le juge du procès apprécie le seuil de fiabilité des déclarations issues d’opérations Monsieur Big, il tient seulement compte d’éléments de preuve corroborants qui portent sur la véracité ou l’exactitude des aspects importants de la déclaration.

[47] Ensuite, à l’étape de l’appréciation du seuil de fiabilité, l’effet conjugué des éléments de preuve

² Il est particulièrement important de s’assurer que la preuve corroborante porte sur la véracité ou l’exactitude des aspects importants de la déclaration relatée lorsque celle-ci est longue. En l’espèce, par exemple, une transcription de 200 pages de la vidéo de la reconstitution a été remise au jury. Si le juge du procès était autorisé à tenir compte d’éléments de preuve qui corroborent *toute* partie de cette déclaration lorsqu’il apprécie son admissibilité, le *voir-dire* pourrait devenir un procès à l’intérieur d’un procès (*Blackman*, par. 57).

the circumstances to overcome the *specific hearsay dangers* raised by the tendered statement. When assessing the admissibility of hearsay evidence, “the scope of the inquiry must be tailored to the particular dangers presented by the evidence and limited to determining the evidentiary question of admissibility” (*Khelawon*, at para. 4). Thus, to overcome the hearsay dangers and establish substantive reliability, corroborative evidence must show that the material aspects of the statement are unlikely to change under cross-examination (*Khelawon*, at para. 107; *Smith*, at p. 937). Corroborative evidence does so if its combined effect, when considered in the circumstances of the case, shows that the *only likely explanation* for the hearsay statement is the declarant’s truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement (see *U. (F.J.)*, at para. 40). Otherwise, alternative explanations for the statement that could have been elicited or probed through cross-examination, and the hearsay dangers, persist.

[48] In assessing substantive reliability, the trial judge must therefore identify alternative, even speculative, explanations for the hearsay statement (*Smith*, at pp. 936-37). Corroborative evidence is of assistance in establishing substantive reliability if it shows that these alternative explanations are unavailable, if it “eliminate[s] the hypotheses that cause suspicion” (S. Akhtar, “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46, at p. 56 (emphasis deleted)). In contrast, corroborative evidence that is “equally consistent” with the truthfulness and accuracy of the statement as well as another hypothesis is of no assistance (*R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, at paras. 34-35). Adding evidence that is supportive of the truth of the statement, but that is also consistent with alternative explanations, does not add to the statement’s inherent trustworthiness.

[49] While the declarant’s truthfulness or accuracy must be more likely than any of the alternative explanations, this is not sufficient. Rather, the fact that the threshold reliability analysis takes place on a balance of probabilities means that, based on the circumstances and any evidence led on *voir dire*, the

corroborants et des circonstances doit écarter les *dangers spécifiques du oui-dire* que pose la déclaration présentée. Lors de l’appréciation de l’admissibilité de la déclaration relatée, « l’examen doit être fonction des dangers particuliers que présente la preuve et ne porter que sur la question de l’admissibilité » (*Khelawon*, par. 4). Ainsi, pour écarter les dangers associés au oui-dire et établir la fiabilité substantielle, la preuve corroborante doit démontrer que les aspects importants de la déclaration ne sont pas susceptibles de changer lors d’un contre-interrogatoire (*Khelawon*, par. 107; *Smith*, p. 937). La preuve corroborante parvient à le démontrer si son effet conjugué, considéré eu égard aux circonstances de l’espèce, démontre que la *seule explication plausible* de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l’exactitude de ceux-ci (voir *U. (F.J.)*, par. 40). Autrement, d’autres explications de la déclaration, qui auraient pu être obtenues ou vérifiées lors d’un contre-interrogatoire, ainsi que les dangers associés au oui-dire, subsistent.

[48] Lorsqu’il apprécie la fiabilité substantielle, le juge du procès doit donc envisager d’autres explications, même conjecturales, de la déclaration relatée (*Smith*, p. 936-937). La preuve corroborante est utile pour établir la fiabilité substantielle si elle démontre que ces autres explications ne sont pas disponibles, si elle [TRADUCTION] « élimine les hypothèses qui suscitent des soupçons » (S. Akhtar, « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46, p. 56 (italiques omis)). Par contre, la preuve corroborante qui est « également compatible » avec la véracité et l’exactitude de la déclaration et avec une autre hypothèse n’est pas utile (*R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, par. 34-35). L’ajout d’éléments de preuve qui appuient la véracité de la déclaration, mais qui sont aussi compatibles avec d’autres explications, n’ajoute rien à la fiabilité inhérente de la déclaration.

[49] Même si la véracité du déclarant ou l’exactitude de sa déclaration doivent être plus probables que l’une ou l’autre des autres explications, cela ne suffit pas. Le fait que l’analyse relative au seuil de fiabilité soit faite selon la prépondérance des probabilités signifie plutôt que, compte tenu des circonstances et de

trial judge must be able to rule out any plausible alternative explanations on a balance of probabilities.

[50] To be relied on for the purpose of rejecting alternative hypotheses for the statement, corroborative evidence must itself be trustworthy. Untrustworthy corroborative evidence is therefore not relevant to the substantive reliability inquiry (see *Khelawon*, at para. 108). Trustworthiness concerns are particularly acute when the corroborative evidence is a statement, rather than physical evidence (see *Lacelle*, at p. 390).

[51] The jurisprudence of this Court provides two examples of corroborative evidence that could be relied on to establish threshold reliability.

[52] In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, this Court held that a hearsay statement from a child regarding a sexual assault was admissible, notably because it was corroborated by a semen stain on the child's clothes (p. 548). The child alleged that she had been sexually assaulted at the doctor's office. She was only alone in the office for a brief period and "did not come into contact with any other male person during [that] period" (p. 534). Given the semen stain and the circumstances of the case, the only likely hypothesis was that the child had not lied about or misperceived the assault. The semen stain directly responded to the hearsay dangers.

[53] *Khan* can be contrasted with *R. (D.)*, where this Court held that a child's hearsay regarding a sexual assault by her father was inadmissible, although there was evidence that supported her statement: bloodstained underpants. This corroborative evidence was consistent with more than one hypothesis, both the possibility that her brother had assaulted her and the possibility that her father had assaulted her, and thus was of no assistance in assessing threshold reliability (paras. 34-35).

tout élément de preuve présenté au voir-dire, le juge du procès doit pouvoir écarter toute autre explication plausible selon la prépondérance des probabilités.

[50] Pour que le juge du procès se fonde sur la preuve corroborante pour rejeter d'autres hypothèses relatives à la déclaration, cette preuve doit elle-même être digne de foi. La preuve corroborante qui n'est pas digne de foi n'est donc pas utile dans le cadre de l'examen de la fiabilité substantielle (voir *Khelawon*, par. 108). Les préoccupations relatives à la fiabilité sont particulièrement graves lorsque la preuve corroborante est une déclaration plutôt qu'un élément de preuve matériel (voir *Lacelle*, p. 390).

[51] La jurisprudence de la Cour donne deux exemples d'éléments de preuve corroborants sur lesquels on peut se fonder pour établir le seuil de fiabilité.

[52] Dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la Cour a conclu qu'une déclaration relatée d'un enfant concernant une agression sexuelle était admissible, notamment parce qu'elle était corroborée par une tache de sperme sur les vêtements de l'enfant (p. 548). L'enfant a soutenu qu'elle a été agressée sexuellement au bureau du médecin. Elle n'était seule dans le bureau que pendant une courte période et « n'a rencontré aucun autre homme pendant cette période » (p. 534). Compte tenu de la tache de sperme et des circonstances de l'affaire, la seule hypothèse plausible était que l'enfant n'avait pas menti au sujet de l'agression ou ne l'avait pas mal perçue. La tache de sperme contrait directement les dangers associés au oui-dire.

[53] L'arrêt *Khan* peut être mis en apposition avec l'arrêt *R. (D.)*, où la Cour a statué que la déclaration relatée d'un enfant concernant une agression sexuelle par son père était inadmissible, même si un élément de preuve étayait sa déclaration : des sous-vêtements tachés de sang. Cet élément de preuve corroborant était compatible avec plus d'une hypothèse, soit la possibilité qu'elle ait été agressée par son frère ou par son père, et n'était donc pas utile pour apprécier le seuil de fiabilité (par. 34-35).

[54] In *U. (F.J.)*, a hearsay statement was admissible in part because it was corroborated by a strikingly similar statement. The strikingly similar statement was capable of supporting the threshold reliability of the hearsay statement because the Court was able to rule out the possibilities that the similarity was purely coincidental, that the second declarant had heard the first statement and modeled her statement off of it, and that either statement was the result of collusion or outside influence. Importantly, Lamer C.J. was concerned with rejecting, not the hypothesis that the second statement was *in fact* based on the first, but the possibility that it *could have been* based on the first. He concluded that the only likely explanation for the similarity between the two statements was the truthfulness of the hearsay declarant (*U. (F.J.)*, at paras. 40 and 53).

[55] In contrast, the corroborative evidence in *Khelawon*, bruises and garbage bags filled with clothes, was not capable of bolstering the threshold reliability of a hearsay statement regarding an assault. Charron J. explained that the bruises on the complainant's body could have been caused by a fall rather than an assault. And while the complainant had alleged that the accused had put his clothes in garbage bags, Charron J. reasoned that the complainant "could have filled those bags himself" (para. 107). Given that the corroborative evidence was consistent with many hypotheses, it did not show that the only likely explanation was the declarant's truthfulness about the assault.

[56] Clarifying when corroborative evidence can be relied on to establish substantive reliability is not a departure from the functional approach to the admissibility of hearsay. There is no bright-line rule restricting the type of corroborative evidence that a trial judge can rely on to determine that substantive reliability is established. In all cases, the trial judge must consider the specific hearsay dangers raised by the statement, the corroborative evidence as a whole, and the circumstances of the case, to determine whether the corroborative evidence (if any) can be relied on to establish substantive reliability.

[54] Dans *U. (F.J.)*, une déclaration relatée était admissible en partie parce qu'elle était corroborée par une déclaration d'une similitude frappante. Cette dernière déclaration pouvait étayer le seuil de fiabilité de la déclaration relatée parce que la Cour avait réussi à écarter les possibilités que la similitude soit une pure coïncidence, que la deuxième déclarante ait entendu la première déclaration et ait fondé sa déclaration sur celle-ci, et que les déclarations résultent de la collusion ou d'une influence extérieure. Fait important, le juge en chef Lamer craignait de rejeter non pas l'hypothèse voulant que la seconde déclaration soit *en fait* basée sur la première, mais la possibilité qu'elle *puisse avoir été* basée sur la première. Il a conclu que la seule explication probable de la similarité entre les deux déclarations était que le déclarant disait la vérité (*U. (F.J.)*, par. 40 et 53).

[55] Par contre, la preuve corroborante dans *Khelawon*, des ecchymoses et des sacs à ordures pleins de vêtements, ne pouvait pas étayer le seuil de fiabilité d'une déclaration relatée concernant une agression. La juge Charron a expliqué que les ecchymoses sur le corps du plaignant auraient pu être causées par une chute plutôt que par une agression. Et même si le plaignant a soutenu que l'accusé a entassé ses vêtements dans des sacs à ordures, la juge Charron a expliqué que le plaignant « pouvait avoir rempli ces sacs lui-même » (par. 107). Puisque ces éléments de preuve corroborants étaient compatibles avec plusieurs hypothèses, ils ne démontraient pas que la seule explication plausible était que le déclarant disait la vérité au sujet de l'agression.

[56] On ne déroge pas à l'approche fonctionnelle relative à l'admissibilité du oui-dire lorsque l'on précise les cas dans lesquels on peut se fonder sur la preuve corroborante pour établir la fiabilité substantielle. Aucune règle de démarcation nette ne restreint le genre de preuve corroborante sur lequel peut s'appuyer un juge du procès pour déterminer que la fiabilité substantielle est établie. Dans tous les cas, le juge du procès doit examiner les dangers spécifiques du oui-dire que pose la déclaration, l'ensemble de la preuve corroborante et les circonstances de l'espèce pour décider s'il peut se fonder sur la preuve corroborante (s'il en est) pour conclure à l'existence d'une fiabilité substantielle.

[57] In sum, to determine whether corroborative evidence is of assistance in the substantive reliability inquiry, a trial judge should

1. identify the material aspects of the hearsay statement that are tendered for their truth;
2. identify the specific hearsay dangers raised by those aspects of the statement in the particular circumstances of the case;
3. based on the circumstances and these dangers, consider alternative, even speculative, explanations for the statement; and
4. determine whether, given the circumstances of the case, the corroborative evidence led at the *voir dire* rules out these alternative explanations such that the only remaining likely explanation for the statement is the declarant's truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement.

[58] With these principles in mind, I now turn to the trial judge's assessment of the threshold reliability of the re-enactment statement.

B. *Application*

[59] In concluding that the threshold reliability of the re-enactment statement was established, the trial judge relied on the fact that the statement was: (1) voluntary; (2) incriminating; (3) made after Thielen received legal advice; (4) a detailed, free-flowing narrative; and (5) corroborated by extrinsic evidence. As a result, he was satisfied that threshold reliability was established.

[60] I conclude that the trial judge erred in relying significantly on corroborative evidence that did not show, in the circumstances of the case, that the only likely explanation was Thielen's truthfulness about the material aspect of the re-enactment statement. Given this error, the trial judge's admissibility ruling is not entitled to deference. This Court

[57] En somme, pour établir si la preuve corroborante est utile lors de l'examen de la fiabilité substantielle, le juge du procès devrait

1. cerner les aspects importants de la déclaration relatée qui sont présentés pour établir la véracité de leur contenu;
2. cerner les dangers spécifiques du oui-dire que posent ces aspects de la déclaration dans les circonstances particulières de l'affaire;
3. en fonction des circonstances et de ces dangers, envisager d'autres explications de la déclaration, qui peuvent même être conjecturales;
4. décider si, compte tenu des circonstances de l'affaire, la preuve corroborante présentée au voir-dire a écarté ces autres explications, de sorte que la seule explication plausible de la déclaration est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l'exactitude de ces aspects.

[58] En gardant ces principes à l'esprit, j'aborde maintenant l'appréciation par le juge du procès du seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution.

B. *Application*

[59] En concluant que le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution était établi, le juge du procès s'est appuyé sur le fait que la déclaration : (1) était volontaire; (2) était incriminante; (3) a été faite après que M. Thielen eût reçu un avis juridique; (4) constituait un récit détaillé et fluide; et (5) était corroborée par des éléments de preuve extrinsèques. Par conséquent, il était convaincu que le seuil de fiabilité était établi.

[60] Je conclus que le juge du procès a fait erreur en se fondant en grande partie sur des éléments de preuve corroborants qui ne démontraient pas, eu égard aux circonstances de l'affaire, que la seule explication plausible était que M. Thielen disait la vérité au sujet des aspects importants de la déclaration de reconstitution. En raison de cette erreur, la

must therefore determine whether the hearsay re-enactment statement meets the reliability threshold. I conclude that it does not.

(1) Trial Judge's Reliance on Corroborative Evidence

[61] The trial judge relied significantly on the existence of corroborative evidence to find that the re-enactment statement was admissible. In particular, he relied on

- forensic evidence that corroborated Thielen's detailed description of the murders (para. 45);
- Thielen's accurate description of the weather on the nights of the murders (para. 46);
- evidence of a conversation between Bontkes and Motola on the night Bontkes died (para. 47) (Motola was a third accomplice in Bontkes's death and pled guilty to manslaughter in separate proceedings.);
- evidence that Bradshaw may have been present when Motola and Thielen discussed their plan to kill Bontkes (para. 52);
- call records between one of the murder victims and Bradshaw on the night of one of the murders, and between Thielen and Bradshaw on the night of the other murder (para. 51); and
- Bradshaw's admissions at the Best Western and Bothwell Park (paras. 48-49).

[62] As I shall explain, this corroborative evidence is of no assistance in the threshold reliability inquiry.

décision du juge du procès concernant l'admissibilité ne commande aucune déférence. La Cour doit donc déterminer si la déclaration de reconstitution relatée atteint le seuil de fiabilité. Je conclus par la négative.

(1) Le juge du procès s'est appuyé sur des éléments de preuve corroborants

[61] Le juge du procès s'est fortement appuyé sur l'existence d'éléments de preuve corroborants pour conclure que la déclaration de reconstitution était admissible. Plus particulièrement, il s'est fondé sur :

- la preuve médico-légale qui corroborait la description détaillée des meurtres faite par M. Thielen (par. 45);
- la description exacte par M. Thielen des conditions météorologiques qui existaient les nuits des meurtres (par. 46);
- la preuve d'une conversation entre M. Bontkes et M^{me} Motola la nuit où M. Bontkes est mort (par. 47) (M^{me} Motola était une troisième complice dans le meurtre de M. Bontkes et elle a plaidé coupable, dans une instance distincte, à l'accusation d'homicide involontaire coupable.);
- la preuve que M. Bradshaw était possiblement présent lorsque M^{me} Motola et M. Thielen ont discuté de leur projet d'assassiner M. Bontkes (par. 52);
- les relevés d'appel entre une des victimes de meurtre et M. Bradshaw la nuit de l'un des meurtres, et entre MM. Thielen et Bradshaw la nuit de l'autre meurtre (par. 51);
- les aveux de M. Bradshaw à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell (par. 48-49).

[62] Comme je vais l'expliquer, ces éléments de preuve corroborants ne sont pas utiles lors de l'examen du seuil de fiabilité.

[63] The first step in assessing the substantive reliability of a hearsay statement is identifying the material aspects of the statement. The re-enactment statement was tendered for the truth of Thielen's claim that Bradshaw participated in the murders. Given the purpose for which the statement was tendered, the material aspect of the statement was Thielen's assertion that Bradshaw participated in the murders.

[64] As to the specific hearsay dangers presented by the statement, a number of common hearsay dangers were not in play in this case. The accuracy of the statement is not at issue because it was video-recorded. While the difficulties of investigating a hearsay declarant's perception and memory are often dangers associated with hearsay evidence, these dangers are minimal in this case because the statement was not tendered to provide details of how the murders unfolded, but rather to prove that Bradshaw participated in the murders. It is hardly plausible that Thielen would have been mistaken — or wrongly remembered — whether Bradshaw participated in the murders.

[65] Therefore, the specific hearsay danger presented by the re-enactment statement is the difficulty of testing Thielen's sincerity with regards to Bradshaw's participation in the murders. This danger is inherent in all hearsay statements due to the inability to test for and detect the hearsay declarant's insincerity through contemporaneous, in-court cross-examination. Additionally, in this case, there are serious reasons to be concerned that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders.

[66] First, Thielen gave inconsistent statements about Bradshaw's participation in the murders. In May 2010, Thielen told Cst. B. that he shot Lamoureux and Bontkes, and he did not implicate Bradshaw. When he met with the crime boss in July, Thielen implicated Bradshaw in the murders.

[63] L'identification des aspects importants de la déclaration constitue la première étape lors de l'appréciation de la fiabilité substantielle d'une déclaration relatée. La déclaration de reconstitution était produite pour établir la véracité de la prétention de M. Thielen que M. Bradshaw avait participé aux meurtres. Compte tenu de la raison pour laquelle la déclaration a été présentée, l'aspect important de celle-ci était l'affirmation de M. Thielen selon laquelle M. Bradshaw avait participé aux meurtres.

[64] En ce qui a trait aux dangers spécifiques du oui-dire que pose la déclaration, plusieurs dangers courants n'étaient pas en jeu en l'espèce. L'exactitude de la déclaration n'est pas en jeu parce qu'elle a été enregistrée sur bande vidéo. Même si les difficultés liées à l'évaluation de la perception et de la mémoire du déclarant constituent souvent des dangers associés à la preuve par oui-dire, ces dangers sont minimes en l'espèce puisque la déclaration n'a pas été produite pour fournir des détails au sujet de la façon dont les meurtres se sont déroulés, mais plutôt pour prouver que M. Bradshaw avait pris part aux meurtres. Il n'est guère plausible que M. Thielen se soit trompé au sujet du fait que M. Bradshaw ait participé aux meurtres, ou qu'il en ait un souvenir inexact.

[65] Ainsi, le danger spécifique du oui-dire que pose la déclaration de reconstitution tient à la difficulté de vérifier la sincérité de M. Thielen en ce qui a trait à la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Ce danger est inhérent à toutes les déclarations relatées parce qu'il n'est pas possible de vérifier et de constater le manque de sincérité du déclarant au moyen d'un contre-interrogatoire en cour au moment même où il fait sa déclaration. De plus, en l'espèce, il existe de sérieuses raisons de craindre que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[66] Premièrement, M. Thielen a fait des déclarations incompatibles concernant la participation de M. Bradshaw aux meurtres. En mai 2010, M. Thielen a dit à l'agent B. qu'il avait abattu M^{me} Lamoureux et M. Bontkes, et il n'a pas impliqué M. Bradshaw. Lorsqu'il a rencontré le chef du gang

When he was arrested, Thielen initially denied his own involvement in both murders. After the police told Thielen that he had been the target of a Mr. Big operation, he admitted that he had been involved in the murders and he implicated Bradshaw.

[67] Second, Thielen had a significant motive to lie about Bradshaw’s participation in the murders. Like the hearsay declarant in *Youvarajah*, Thielen “had a strong incentive to minimize his role in the crime and to shift responsibility” to his accomplice (para. 33). Thielen had a motive to implicate Bradshaw to reduce his own culpability, particularly given his admissions to Cst. B. Although Thielen was charged with the first degree murder of Lamoureux and Bontkes, he ultimately pled guilty to second degree murder. Thielen’s motive to lie is relevant in assessing the reliability of his hearsay statement (*Blackman*, at para. 42).

[68] Third, Thielen was a *Vetrovec* witness. In the trial judge’s words:

... there is already considerable evidence of Mr. Thielen’s unsavoury character before the jury. He has been described by a number of witnesses as a drug dealer, a thug, an enforcer and a murderer. He is clearly a person about whom a strong *Vetrovec* warning is appropriate. [para. 60 (CanLII)]

[69] Given that a *Vetrovec* witness cannot be trusted to tell the truth, even under oath (*R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 3), establishing that hearsay evidence from a *Vetrovec* witness is inherently trustworthy will be extremely challenging. However, there is no blanket prohibition on admitting hearsay from *Vetrovec* witnesses. In all cases, the trial judge must assess whether the hearsay dangers have been overcome. That said, the strong *Vetrovec* warning indicates that the dangers presented by the hearsay statement here are particularly severe.

en juillet, M. Thielen a impliqué M. Bradshaw dans les meurtres. Lors de son arrestation, il a d’abord nié sa propre participation aux deux meurtres. Après avoir appris des policiers qu’il avait été la cible d’une opération Monsieur Big, il a avoué avoir participé aux meurtres et il a impliqué M. Bradshaw.

[67] Deuxièmement, M. Thielen avait une bonne raison de mentir au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Comme l’auteur des propos rapportés dans *Youvarajah*, M. Thielen « avait de bonnes raisons de minimiser son rôle dans le crime et d’en rejeter la responsabilité » sur son complice (par. 33). Il avait une raison d’impliquer M. Bradshaw afin de réduire sa propre culpabilité, particulièrement en raison de ses aveux à l’agent B. Même si M. Thielen a été accusé du meurtre au premier degré de M^{me} Lamoureux et de M. Bontkes, il a finalement plaidé coupable à des accusations de meurtre au deuxième degré. La raison de mentir qu’avait M. Thielen est pertinente pour apprécier la fiabilité de sa déclaration (*Blackman*, par. 42).

[68] Troisièmement, M. Thielen était un témoin visé par *Vetrovec*. Le juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] ... de nombreux éléments de preuve ont déjà été soumis au jury concernant l’honnêteté douteuse de M. Thielen. Plusieurs témoins l’ont décrit comme un trafiquant de drogue, un gangster, un homme de main et un meurtrier. Une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* est manifestement appropriée dans son cas. [par. 60 (CanLII)]

[69] Puisqu’on ne peut faire confiance à un témoin visé par *Vetrovec* pour dire la vérité, même sous serment (*R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 3), il sera extrêmement difficile de prouver que la déclaration relatée d’un tel témoin est intrinsèquement fiable. Cependant, l’admission d’un oui-dire d’un témoin visé par *Vetrovec* n’est pas catégoriquement interdite. Dans tous les cas, le juge du procès doit évaluer si les dangers du oui-dire ont été écartés. Cela dit, la sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* indique que les dangers que pose la déclaration relatée en l’espèce sont particulièrement graves.

[70] The third step in assessing a hearsay statement's substantive reliability is considering alternative explanations for the hearsay statement that arise from the particular circumstances of the case. Given the hearsay dangers presented by the re-enactment statement, an alternative explanation is that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders.

[71] With this in mind, corroborative evidence will only assist in establishing the substantive reliability of the re-enactment statement if it shows, when considered in the circumstances of the case, that the only likely explanation is that Thielen was truthful about Bradshaw's involvement in the murders. When the hearsay danger is sincerity, substantive reliability is only established when the circumstances and corroborative evidence show that the possibility that the declarant lied is substantially negated, that "even a sceptical caution would look upon [the statement] as trustworthy" (Wigmore, at p. 154; *Khelawon*, at para. 62; *Couture*, at para. 101). Corroborative evidence or circumstances showing that the statement is inherently trustworthy are required to rebut the presumption of inadmissibility.

[72] The forensic evidence, weather evidence, and evidence of a conversation between Bontkes and Motola did not implicate Bradshaw in the murders. This evidence is of no assistance in determining whether Thielen was being truthful about Bradshaw's involvement in the murders. The fact that Thielen accurately described the way the murders unfolded and the weather on the nights of the murders does not mitigate the danger that he lied about Bradshaw's participation. As an accomplice, Thielen was present at the scenes of the crimes and was well positioned to fabricate a story implicating Bradshaw (see *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146, at para. 15; *R. v. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373, at para. 116).

[70] Dans l'évaluation de la fiabilité substantielle d'une déclaration relatée, la troisième étape consiste à envisager d'autres explications pour la déclaration relatée que révèlent les circonstances particulières de l'affaire. Compte tenu des dangers du ouï-dire que présentait la déclaration de reconstitution, une autre explication veut que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[71] Dans ce contexte, la preuve corroborante contribuera uniquement à établir la fiabilité substantielle de la déclaration de reconstitution si elle démontre, au vu des circonstances de l'espèce, que la seule explication plausible veut que M. Thielen ait dit la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Lorsque le danger du ouï-dire a trait à la sincérité, la fiabilité substantielle n'est établie que lorsque les circonstances et la preuve corroborante démontrent que la possibilité que le déclarant ait menti est essentiellement écartée, que [TRADUCTION] « même un sceptique prudent [. . .] considérerait [la déclaration] comme très probablement fiable » (Wigmore, p. 154; *Khelawon*, par. 62; *Couture*, par. 101). Pour réfuter la présomption d'inadmissibilité, des éléments de preuve corroborants ou les circonstances doivent démontrer que la déclaration est intrinsèquement fiable.

[72] La preuve médicolégale, la preuve des conditions météorologiques ainsi que la preuve d'une conversation qu'ont eue M. Bontkes et M^{me} Motola n'impliquaient pas M. Bradshaw dans les meurtres. Ces éléments de preuve ne permettent pas de déterminer si M. Thielen disait la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Le fait que M. Thielen ait décrit avec exactitude la façon dont les meurtres ont été accomplis ainsi que les conditions météorologiques qui existaient les nuits des meurtres n'atténue pas le danger qu'il ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw. En tant que complice, M. Thielen était présent sur les lieux des crimes et il était bien placé pour inventer une histoire impliquant M. Bradshaw (voir *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146, par. 15; *R. c. Salah*, 2015 ONCA 23, 319 C.C.C. (3d) 373, par. 116).

[73] The remaining corroborative evidence relied on by the trial judge was probative of Bradshaw's involvement in the murders. It will be for the trier of fact to determine whether or not this evidence increases the likelihood that Bradshaw is guilty. The call records show that Bradshaw may have spoken to Lamoureux and Thielen on the evenings in question, and the evidence of Bradshaw's presence when the plan to kill Bontkes was discussed shows that Bradshaw may have been aware of this plan. However, this evidence, viewed in the circumstances, did not assist in effectively ruling out the alternative explanation for the re-enactment statement — the danger that Thielen lied about Bradshaw's involvement in the murders.

[74] Finally, the recorded conversations at the Best Western Hotel and Bothwell Park provide direct evidence of Bradshaw's involvement in the murders. However, as I shall explain, there are concerns about the trustworthiness of these statements. As mentioned above, corroborative evidence must itself be trustworthy to be relied on to establish the threshold reliability of a hearsay statement (see *Khelawon*, at para. 108).

[75] When Thielen was the target of a Mr. Big operation, undercover officers encouraged him to meet up with Bradshaw to clarify their respective roles in the murders. On July 21, 2010, Thielen and Bradshaw met in a room at the Best Western Hotel. Their conversation was recorded. The first eight minutes of the recorded conversation are inaudible because Bradshaw and Thielen were in the bathroom, while the tap was running. Cst. B. called Thielen to get him to leave the bathroom so the conversation could be captured. Once Bradshaw and Thielen moved into the main room, Bradshaw said that he had shot Bontkes and participated in both murders.

[76] A few days later, Thielen and Bradshaw met at Bothwell Park. Their conversation was recorded again. During their meeting, Bradshaw discussed

[73] Les autres éléments de preuve corroborants sur lesquels s'est appuyé le juge du procès avaient une valeur probante quant à la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Il appartiendra au juge des faits de déterminer si ces éléments de preuve renforcent la probabilité que M. Bradshaw soit coupable. Les relevés d'appel indiquent que M. Bradshaw a peut-être parlé à M^{me} Lamoureux et à M. Thielen les soirs en question, et la preuve de la présence de M. Bradshaw lorsque le projet de tuer M. Bontkes a été discuté montre que M. Bradshaw était peut-être au courant de ce projet. Toutefois, ces éléments de preuve, envisagés dans les circonstances, ne contribuaient pas à écarter efficacement ce qui pouvait aussi expliquer la déclaration de reconstitution — le danger que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[74] Enfin, les conversations enregistrées à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell fournissent une preuve directe de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Toutefois, comme je vais l'expliquer, la fiabilité de ces déclarations soulève des réserves. Je le répète, un élément de preuve corroborant doit lui-même être digne de foi pour servir de fondement à l'établissement du seuil de fiabilité d'une déclaration relatée (voir *Khelawon*, par. 108).

[75] Lorsque M. Thielen faisait l'objet d'une opération Monsieur Big, des agents banalisés l'ont incité à rencontrer M. Bradshaw pour clarifier leurs rôles respectifs dans les meurtres. Le 21 juillet 2010, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés dans une chambre de l'hôtel Best Western. Leur conversation a été enregistrée. Les huit premières minutes de la conversation enregistrée sont inaudibles parce que MM. Bradshaw et Thielen se trouvaient dans la salle de bain et que l'eau du robinet coulait. L'agent B. a appelé M. Thielen pour le faire sortir de la salle de bain afin que l'on puisse entendre la conversation. Lorsque MM. Bradshaw et Thielen se sont rendus dans la pièce principale, M. Bradshaw a dit avoir abattu M. Bontkes et avoir participé aux deux meurtres.

[76] Quelques jours plus tard, MM. Thielen et Bradshaw se sont rencontrés au parc Bothwell. Leur conversation a encore été enregistrée. Pendant

their unsuccessful attempt to kill Bontkes, before Bontkes was actually murdered in March 2009.

[77] While this evidence provides some evidence of guilt, it does not assist, for several reasons, in effectively ruling out the possibility that Thielen lied about Bradshaw's involvement in the murders.

[78] The Best Western and Bothwell Park evidence was collected in a Mr. Big operation. Undercover officers were orchestrating the circumstances to obtain an admission from Thielen and then from Bradshaw. As the trial judge explained, the Best Western and Bothwell Park "meetings were set up by Constable B. with Mr. Thielen's cooperation, during the course of the Mr. Big operation, in an endeavour to elicit evidence of Mr. Bradshaw's possible participation in the murders of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes" (para. 43). Indeed, Cst. B. explained that he "wanted Mr. Thielen to get . . . the truth from Mr. Bradshaw" (examination in chief, A.R., vol. V, at p. 134) and that he gave Thielen instructions on what was required during his conversation with Bradshaw at the Best Western Hotel.

[79] In Mr. Big operations, parties believe they are dealing with a criminal organization. They are often induced and threatened. As this Court noted in *Hart*: "Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions" (para. 5). The Mr. Big operation raises concerns about Thielen's motivation and role in these conversations, and the trustworthiness of Bradshaw's statements at the Best Western and Bothwell Park.

[80] As well, the initial part of the Best Western conversation was inaudible because Thielen and Bradshaw were in the bathroom and a tap was running. This raises questions about what followed.

cette rencontre, M. Bradshaw a parlé de leur tentative ratée de tuer M. Bontkes, une tentative qui a précédé le meurtre de ce dernier en mars 2009.

[77] Cet élément de preuve offre une preuve de culpabilité, mais, pour plusieurs raisons, il ne contribue pas à écarter efficacement la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[78] Les conversations à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell ont été recueillies dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Les agents banalisés ont orchestré les circonstances favorables à l'obtention d'un aveu de M. Thielen et ensuite de M. Bradshaw. Comme le juge du procès l'a expliqué, les [TRADUCTION] « rencontres [à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell] ont été organisées par l'agent B. avec la collaboration de M. Thielen, dans le cadre de l'opération Monsieur Big, dans le but d'obtenir des éléments de preuve de la participation possible de M. Bradshaw aux meurtres de M^{me} Lamoureux et de M. Bontkes » (par. 43). En fait, l'agent B. a expliqué qu'il [TRADUCTION] « voulait [. . .] que M. Thielen obtienne la vérité de M. Bradshaw » (interrogatoire principal, d.a., vol. V, p. 134) et qu'il avait donné à M. Thielen des instructions sur les renseignements que celui-ci devait obtenir au cours de sa conversation avec M. Bradshaw à l'hôtel Best Western.

[79] Dans les opérations Monsieur Big, les parties croient qu'elles ont affaire à une organisation criminelle. Elles font souvent l'objet d'incitations et de menaces. Comme la Cour l'a noté dans *Hart*, « [l]e suspect se confie à Monsieur Big au cours d'un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d'un aveu non digne de foi » (par. 5). L'opération Monsieur Big soulève des préoccupations au sujet de la motivation de M. Thielen et de son rôle dans ces conversations, et au sujet de la fiabilité des déclarations faites par M. Bradshaw à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell.

[80] De même, la première partie de la conversation à l'hôtel Best Western était inaudible parce que MM. Thielen et Bradshaw se trouvaient dans la salle de bain et que l'eau du robinet coulait. Cela

As I have said, the trial judge is required to consider alternative, even speculative, explanations that could account for the hearsay statement (*Smith* (1992), at pp. 936-37). Indeed, while this evidence was not before the trial judge at the time of his ruling, Bradshaw subsequently testified that, while the tap was running, Thielen asked him to lie and say that he had been involved in Lamoureux and Bontkes's murders.

[81] Furthermore, in the Bothwell Park conversation, Bradshaw primarily implicated himself in the attempted murder of Bontkes, rather than in Bontkes's actual murder.

[82] Of course, as the accused's admissions, the recording of Bradshaw's own words are admissible against him quite independently of whether Thielen's re-enactment video is admitted. Indeed, Bradshaw's admissions at the Best Western and Bothwell Park were admitted into evidence for the jury's consideration. That is not challenged on appeal.

[83] However, these admissions are not of such a nature to justify the admission of Thielen's highly suspect hearsay statements implicating Bradshaw. They do not, when considered in the circumstances and with the other evidence led at the *voir dire*, "substantially negate the possibility that the [hearsay] declarant was untruthful" about Bradshaw's involvement in the murders (*Smith* (1992), at p. 933). Bradshaw's Best Western admission does not, in the circumstances, demonstrate that Thielen's statement would be unlikely to change under cross-examination (*Khelawon*, at para. 107; *Smith* (1992), at p. 937).

[84] In *U. (F.J.)*, this Court held that "instances of statements so strikingly similar as to bolster their reliability will be rare" (para. 45). Lamer C.J. explained that a similar statement cannot bolster the reliability of a hearsay statement unless it is unlikely that "[t]he second declarant knew of

soulève des questions concernant ce qui a suivi. Comme je l'ai dit, le juge du procès doit envisager d'autres explications, même conjecturales, susceptibles de rendre compte de la déclaration relatée (*Smith* (1992), p. 936-937). En fait, même si cet élément de preuve n'avait pas été présenté au juge du procès au moment de sa décision, M. Bradshaw a par la suite témoigné que, pendant que l'eau du robinet coulait, M. Thielen lui a demandé de mentir et de dire qu'il avait participé aux meurtres de M^{me} Lamoureux et de M. Bontkes.

[81] De plus, lors la conversation au parc Bothwell, M. Bradshaw a essentiellement avoué sa participation à la tentative de meurtre de M. Bontkes, plutôt qu'au meurtre lui-même.

[82] Évidemment, l'enregistrement des propos de M. Bradshaw est admissible contre lui à titre d'aveux de l'accusé, indépendamment de l'admission en preuve de la vidéo de la reconstitution de M. Thielen. En fait, les aveux de M. Bradshaw à l'hôtel Best Western et au parc Bothwell ont été admis en preuve et soumis à l'appréciation du jury. Cela n'est pas contesté en appel.

[83] Cependant, ces aveux ne sont pas de nature à justifier l'admission des déclarations relatées extrêmement suspectes de M. Thielen impliquant M. Bradshaw. Lorsqu'ils sont pris en considération dans les circonstances et avec les autres éléments de preuve présentés au voir-dire, ces aveux n'ont pas pour effet d'écarter « considérablement la possibilité que le déclarant [des propos relatés] ait menti » au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres (*Smith* (1992), p. 933). L'aveu qu'a fait M. Bradshaw à l'hôtel Best Western ne démontre pas, dans les circonstances, que la déclaration de M. Thielen ne serait pas susceptible de changer lors d'un contre-interrogatoire (*Khelawon*, par. 107; *Smith* (1992), p. 937).

[84] Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, la Cour a indiqué que seront « rares les cas de déclarations dont la similitude est frappante au point d'étayer leur fiabilité » (par. 45). Le juge en chef Lamer a expliqué qu'une déclaration similaire ne peut appuyer la fiabilité d'une déclaration relatée à moins qu'il soit

the contents of the first statement, and based his or her statement in whole or in part on this knowledge” and unlikely that the similarity is due to outside influence (para. 40). Thielen was present for Bradshaw’s Best Western and Bothwell Park admissions, and could have based his re-enactment statement on this knowledge. Furthermore, outside influence cannot be rejected as a possible explanation for Bradshaw’s Best Western and Bothwell Park admissions. Indeed, according to Cst. B.’s testimony, he played a role in orchestrating the admissions. The Best Western and Bothwell Park statements were therefore of no assistance in establishing the inherent trustworthiness of the re-enactment statement.

[85] The evidence led at the admissibility *voir dire* as corroborative of Thielen’s statement is unlike the semen stain in *Khan*, or the strikingly similar statement in *U. (F.J.)*. When considered in the circumstances of the case, this evidence does not show that the only likely explanation for the statement was Thielen’s truthfulness about Bradshaw’s involvement in the murders. Taken as a whole, this evidence therefore did not assist in establishing threshold reliability. While much of the evidence relied on by the trial judge was probative of Bradshaw’s guilt, and thus could be considered by the trier of fact in the trial on the merits, none of it was of assistance in establishing the threshold reliability of the re-enactment statement. Furthermore, as noted above, the evidence and circumstances here showed that there were serious reasons to be concerned that Thielen lied.

(2) Threshold Reliability of the Re-enactment Statement

[86] Given the trial judge’s flawed approach to corroborative evidence, this Court must determine whether the threshold reliability of the hearsay re-enactment statement is nonetheless established. Are

improbable que « [l]’auteur de la seconde déclaration connaissait le contenu de la première déclaration et a fondé sa déclaration en tout ou en partie sur cette connaissance », et qu’il soit improbable que la similitude soit due à une influence extérieure (par. 40). M. Thielen était présent lorsque M. Bradshaw a fait des aveux à l’hôtel Best Western et au parc Bothwell, et aurait pu baser sur cette connaissance la déclaration de reconstitution. En outre, l’influence extérieure ne peut être écartée comme une explication possible des aveux que M. Bradshaw a faits à l’hôtel Best Western et au parc Bothwell. De fait, selon le témoignage de l’agent B., ce dernier a joué un rôle en orchestrant les aveux. Les déclarations à l’hôtel Best Western et au parc Bothwell ne sont d’aucune utilité pour établir la fiabilité inhérente de la déclaration de reconstitution.

[85] La preuve présentée au voir-dire relatif à l’admissibilité pour corroborer la déclaration de M. Thielen est différente de la tache de sperme dans *Khan*, ou de la déclaration d’une similitude frappante dans *U. (F.J.)*. Lorsqu’on l’examine dans les circonstances de l’espèce, la preuve ne démontre pas que la seule explication plausible de la déclaration était que M. Thielen avait dit la vérité au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Considérée dans son ensemble, cette preuve n’était d’aucune utilité pour établir le seuil de fiabilité. Bien qu’une bonne partie de la preuve sur laquelle s’est fondé le juge du procès avait une valeur probante en ce qui concerne la culpabilité de M. Bradshaw, et ainsi le juge des faits pouvait en tenir compte dans le procès sur le fond, aucun de ces éléments de preuve ne contribuait à établir le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution. De plus, je le répète, la preuve et les circonstances de l’espèce montraient qu’il existait de sérieuses raisons de craindre que M. Thielen ait menti.

(2) Seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution

[86] Compte tenu de l’approche erronée retenue par le juge du procès à l’égard de la preuve corroborante, la Cour doit déterminer si le seuil de fiabilité de la déclaration de reconstitution relatée est

the serious hearsay dangers presented by the re-enactment statement overcome?

[87] To respect the role of the trier of fact in assessing trustworthiness, I consider first the statement's procedural reliability (*Khelawon*, at para. 92). There were few means for the trier of fact to determine whether Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders. While the accuracy of the reporting of the statement is not at issue in this case because it was video-taped, Thielen was not cross-examined at the time the statement was taken or subsequently. Thielen's statement was not taken under oath and he was not warned of the consequences of lying before the statement was taken. Most importantly, he was not available to be cross-examined at trial. The trier of fact evidently did not possess a "sufficient substitute basis for testing the evidence" in the absence of cross-examination (*Khelawon*, at para. 105).

[88] The trial judge considered "possible safeguards that [could] be put in place by the Crown and the court to overcome [the hearsay] dangers" (para. 19). He explained that Thielen's inconsistencies could be put into evidence and that the Crown had agreed to call the police officers to whom Thielen gave the different statements, in order to allow the defence to cross-examine them on these inconsistencies (para. 59). He also noted that a strong *Vetrovec* warning would be given (para. 60).

[89] Putting Thielen's inconsistencies into evidence did not provide the jury with a sufficient substitute basis for evaluating the truth of the re-enactment statement. And while cross-examining the recipient of a hearsay statement may be helpful if there are concerns about the recipient's credibility or reliability (*Blackman*, at para. 50), there were no such concerns in this case. As the Criminal Lawyers' Association of Ontario (an intervener) notes, "where there is no doubt about what was actually said or under what circumstances — if the

néanmoins établi. Les graves dangers du oui-dire que posait la déclaration de reconstitution sont-ils écartés?

[87] Afin de respecter le rôle du juge des faits lorsqu'il apprécie la fiabilité, j'examine d'abord la fiabilité d'ordre procédural de la déclaration (*Khelawon*, par. 92). Le juge des faits disposait de peu d'outils pour déterminer si M. Thielen avait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. Si nul ne conteste que la déclaration a été rapportée de manière exacte en l'espèce, puisqu'elle a été enregistrée sur bande vidéo, M. Thielen n'a pas été contre-interrogé au moment où la déclaration a été faite ni par la suite. Il n'a pas fait sa déclaration sous serment et il n'a pas été averti, avant de faire sa déclaration, des conséquences liées au fait de mentir. Et surtout, il n'était pas disponible pour un contre-interrogatoire lors du procès. De toute évidence, en l'absence d'un contre-interrogatoire, le juge des faits ne disposait pas d'« un autre motif suffisant de [...] vérifier [la preuve] » (*Khelawon*, par. 105).

[88] Le juge du procès a examiné les [TRADUCTION] « garanties possibles que le ministère public et la cour pourraient mettre en place pour écarter les dangers [du oui-dire] » (par. 19). Il a expliqué la possibilité que des déclarations antérieures incompatibles de M. Thielen soient mises en preuve, et que le ministère public avait accepté de citer les policiers qui avaient recueilli les différentes déclarations de M. Thielen, afin de permettre au procureur de la défense de les contre-interroger au sujet de ces déclarations incompatibles (par. 59). Il a également indiqué qu'il ferait une sérieuse mise en garde de type *Vetrovec* (par. 60).

[89] La mise en preuve des déclarations antérieures incompatibles de M. Thielen n'a pas procuré au jury un autre moyen suffisant pour évaluer la véracité de la déclaration de reconstitution. Et bien que le contre-interrogatoire de la personne qui recueille une déclaration relatée puisse s'avérer utile si la crédibilité ou la fiabilité de cette dernière soulève des préoccupations (*Blackman*, par. 50), il n'y avait en l'espèce aucune préoccupation de la sorte. Comme le fait remarquer l'intervenante Criminal Lawyer's Association of Ontario, [TRADUCTION] « lorsque le

statement is video-taped, for instance — then cross-examination of the recipient does nothing to help assess whether the *content* of the hearsay is true” (I.F., at para. 32 (emphasis in original)). Furthermore, as explained above, jury warnings about the dangers of hearsay evidence and *Vetrovec* testimony do little to support the statement’s procedural reliability. Jury warnings do not provide an adequate substitute for the traditional safeguards. They are no substitute for other conditions of admissibility. Rules of evidence, such as the rule against hearsay, protect trial fairness and the integrity of the trial process by deeming certain types of evidence presumptively inadmissible.

[90] Because there were few tools available for testing the truth and accuracy of the re-enactment statement, it could only be admitted if the circumstances in which it was made and corroborative evidence, if any, “substantially negate[d] the possibility that the declarant was untruthful” (*Smith* (1992), at p. 933).

[91] The trial judge found that the statement was reliable because it was voluntary, made after Thielen had received legal advice, and was a “free-flowing narrativ[e]”. He also relied on the fact that it was in-criminating. He reasoned that Thielen put himself at risk, even in the prison system, by implicating himself and others in the murders (para. 40).

[92] However, these circumstances “while relevant, in essence simply point to an absence of factors that, if present, would detract from an otherwise trustworthy statement” (*Couture*, at para. 101). They do not provide a circumstantial guarantee of trustworthiness. Furthermore, while Thielen incriminated himself in the murders in the re-enactment video, he had already done so in his statements to police following his arrest, and during the Mr. Big operation. And while he may have put himself at risk in the prison system by implicating Bradshaw, he nonetheless

contenu de la déclaration ou les circonstances dans lesquelles elle a été faite ne laissent aucun doute — si elle est enregistrée sur bande vidéo, par exemple — alors le contre-interrogatoire de la personne qui recueille la déclaration ne contribue aucunement à évaluer si le *contenu* du ouï-dire est véridique » (m.i., par. 32 (en italique dans l’original)). De plus, comme je l’ai déjà expliqué, les mises en garde faites au jury au sujet des dangers de la preuve par ouï-dire et les témoignages visés par *Vetrovec* appuient fort peu la fiabilité d’ordre procédural de la déclaration. Les mises en garde faites au jury n’offrent pas une solution de rechange adéquate aux garanties traditionnelles. Elles ne remplacent pas les autres conditions d’admissibilité. Les règles de preuve, telle la règle d’exclusion du ouï-dire, protègent l’équité et l’intégrité du procès en présumant que certains types de preuve sont inadmissibles.

[90] Puisque peu d’outils permettaient de vérifier la véracité et l’exactitude de la déclaration de reconstitution, celle-ci ne pouvait être admise que si les circonstances dans lesquelles elle a été faite et les éléments de preuve corroborants, le cas échéant, « écart[ai]ent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti » (*Smith* (1992), p. 933).

[91] Le juge du procès a conclu que la déclaration était fiable parce que M. Thielen l’avait faite volontairement après avoir reçu un avis juridique, et qu’elle constituait un [TRADUCTION] « récit détaillé et fluide ». Il s’est aussi fondé sur le fait qu’elle était incriminante. Selon lui, M. Thielen s’est exposé à un risque, même dans le système carcéral, en s’incriminant et en impliquant d’autres personnes dans les meurtres (par. 40).

[92] Ces circonstances, toutefois, « quoique pertinentes, révèlent simplement une absence de facteurs qui, s’ils étaient présents, diminueraient la valeur d’une déclaration par ailleurs fiable » (*Couture*, par. 101). Elles n’offrent pas une garantie circonstancielle de fiabilité. De plus, bien que M. Thielen se soit incriminé relativement aux meurtres dans la vidéo de la reconstitution, il l’avait déjà fait dans ses déclarations à la police à la suite de son arrestation, et pendant l’opération Monsieur Big. Et bien qu’il ait pu s’exposer à un risque dans le système carcéral en

benefited from the opportunity of reduced criminal liability: he pled guilty to the lesser charge of second degree murder. Thielen clearly had a significant motive to lie about Bradshaw's involvement in the murders. The Court of Appeal rightfully noted that "[t]he [trial] judge did not sufficiently address the issues that would detract from the truthfulness of Mr. Thielen's statements, including his considerable motive to lie to extricate himself from his admissions to Cst. B. that he committed first degree murder, not once, but twice" (para. 37).

[93] Finally, as discussed above, the corroborative evidence relied on by the trial judge was of no assistance in establishing threshold reliability.

[94] The hearsay danger raised by the re-enactment evidence, namely the inability to investigate Thielen's sincerity about Bradshaw's participation, is particularly difficult to overcome in this case. Thielen had a motive to lie about Bradshaw's involvement in the murders and he initially did not implicate Bradshaw in the murders. Thielen is also a *Vetrovec* witness, a witness who cannot be trusted due to his unsavoury character. There are few tools available to the trier of fact to test Thielen's sincerity. The circumstances in which the statement came about, and the evidence led at the *voir dire*, do not substantially negate the possibility that Thielen lied about Bradshaw's participation in the murders.

[95] This is not a case where the hearsay "presents minimal dangers and its *exclusion*, rather than its admission, would impede accurate fact finding" (*Khelawon*, at para. 2 (emphasis in original)). Rather, admitting the re-enactment statement would undermine the truth-seeking process and trial fairness. Hearsay is presumptively *inadmissible* and the trial judge erred in finding that this presumption was rebutted.

impliquant M. Bradshaw, il a tout de même bénéficié d'une responsabilité criminelle moindre : il a plaidé coupable à l'accusation moins grave de meurtre au second degré. M. Thielen avait manifestement une bonne raison de mentir au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. La Cour d'appel a fait remarquer avec justesse que [TRADUCTION] « [I]e juge [du procès] n'a pas suffisamment exposé les facteurs qui nuiraient à la véracité des déclarations de M. Thielen, y compris la raison sérieuse qu'il avait de mentir pour revenir sur les aveux faits à l'agent B., selon lesquels il aurait commis pas seulement un, mais deux meurtres au premier degré » (par. 37).

[93] Enfin, comme je l'ai expliqué, la preuve de corroboration sur laquelle le juge du procès s'est fondé n'était d'aucune utilité pour établir le seuil de fiabilité.

[94] Le danger du oui-dire que posait la déclaration de reconstitution, soit le fait de ne pas pouvoir vérifier la sincérité de M. Thielen au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres, est particulièrement difficile à écarter en l'espèce. M. Thielen avait une raison de mentir au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres et il n'a pas impliqué dès le début M. Bradshaw dans les meurtres. M. Thielen est également un témoin visé par *Vetrovec*, soit un témoin qui ne peut être présumé dire la vérité en raison de son honnêteté douteuse. Le juge des faits disposait de bien peu d'outils pour évaluer la sincérité de M. Thielen. Les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et la preuve présentée au voir-dire n'écartent pas considérablement la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres.

[95] Il ne s'agit pas d'un cas où le oui-dire « présente des dangers minimes et [où] son *exclusion* au lieu de son admission gênerait la constatation exacte des faits » (*Khelawon*, par. 2 (en italique dans l'original)). L'admission de la déclaration de reconstitution nuirait plutôt au processus de recherche de la vérité et à l'équité du procès. Le oui-dire est présumé *inadmissible*, et le juge du procès a commis une erreur en concluant que cette présomption a été réfutée.

V. Conclusion

[96] I conclude that the trial judge erred in admitting the re-enactment statement into evidence. The Crown failed to establish the threshold reliability of this statement on a balance of probabilities.

[97] I would dismiss the appeal. I agree with the British Columbia Court of Appeal that the convictions be set aside and a new trial ordered.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

I. Overview

[98] At issue in this appeal is the admissibility of a video re-enactment³ of the events surrounding the murders of Laura Lamoureux and Marc Bontkes in March 2009. In the re-enactment, which occurred in August 2010, some 17 months after the murders, Roy Thielen describes for the police how he and the respondent, Robert Bradshaw, carried out the murders together. After Mr. Thielen refused to testify at Mr. Bradshaw's trial, the trial judge admitted the re-enactment under the principled approach to hearsay evidence.

[99] My colleague, Karakatsanis J., concludes that the trial judge erred in doing so. She reaches this conclusion on the basis of a restrictive new test that departs from the functional approach to threshold reliability which this Court has endorsed in its modern jurisprudence.

[100] With respect, I disagree with my colleague's approach and her conclusion. I acknowledge that

³ In these reasons, Mr. Thielen's hearsay re-enactment refers to both the visual demonstrations and verbal statements he made in the video to describe how the murders and related events took place.

V. Conclusion

[96] Je conclus que le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve la déclaration de reconstitution. Le ministère public n'a pas réussi à établir le seuil de fiabilité de cette déclaration selon la prépondérance des probabilités.

[97] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je partage la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

I. Aperçu

[98] Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité d'une vidéo de la reconstitution³ des faits ayant conduit aux meurtres de Laura Lamoureux et de Marc Bontkes en mars 2009. Dans la reconstitution, qui a eu lieu en août 2010, environ 17 mois après les meurtres, Roy Thielen décrit pour les policiers comment l'intimé Robert Bradshaw et lui ont commis les meurtres ensemble. Comme M. Thielen a refusé de témoigner au procès de M. Bradshaw, le juge du procès a admis la reconstitution selon la méthode d'analyse raisonnée de l'admissibilité de la preuve par oui-dire.

[99] Ma collègue, la juge Karakatsanis, conclut qu'en ce faisant, le juge du procès a commis une erreur. Elle parvient à cette conclusion en se fondant sur un nouveau critère restrictif qui écarte l'approche fonctionnelle relative au seuil de fiabilité que la Cour a retenue dans sa jurisprudence moderne.

[100] Soit dit en tout respect, je ne puis accepter la démarche et la conclusion de ma collègue.

³ Dans les présents motifs, la reconstitution relatée de M. Thielen renvoie aux démonstrations visuelles et aux déclarations verbales qu'il a faites dans la vidéo pour décrire les meurtres et les circonstances entourant ceux-ci.

Mr. Thielen's re-enactment was not problem-free and that hearsay dangers are generally more pronounced when a declarant is not available to be cross-examined. However, this was an unusual case, in that there was exceptionally powerful corroborative evidence, including surreptitiously recorded conversations in which Mr. Bradshaw admitted his involvement in the two murders. In addition, the trial judge adopted a number of procedural safeguards which placed the jury in a position to critically evaluate the impugned evidence. These included the limited admission of prior inconsistent statements taken by police officers along with the opportunity to cross-examine them, strict cautionary instructions to the jury and wide latitude given to defence counsel to canvass the same points in his closing submissions that he would have canvassed had he been able to cross-examine Mr. Thielen.

[101] In conjunction, these factors — powerful corroborative evidence and procedural safeguards — were capable of satisfying the test for threshold reliability. The principled approach to hearsay should not stand in the way of the truth-seeking function of a trial where the impugned evidence is shown to be trustworthy and the jury has the tools it needs to critically evaluate its ultimate reliability. This was the conclusion of the trial judge, who was uniquely positioned to make this determination. In my view, his ruling admitting the video re-enactment was amply supported by the record and error-free. I see no basis in fact or law to interfere with it.

[102] The trial judge's decision to reject a defence application to tender another hearsay statement by Mr. Thielen which did not implicate Mr. Bradshaw is also entitled to deference. I would uphold it.

[103] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia

Je reconnais que la reconstitution de M. Thielen n'était pas sans problèmes et que les dangers du oui-dire sont généralement plus prononcés lorsque le déclarant ne peut être contre-interrogé. Il s'agit toutefois d'une affaire inhabituelle, vu l'existence d'éléments de preuve corroborants convaincants, notamment des conversations enregistrées furtivement dans lesquelles M. Bradshaw a admis sa participation aux deux meurtres. De plus, le juge du procès a adopté plusieurs garanties procédurales qui ont permis au jury d'apprécier d'un œil critique l'élément de preuve contesté. Ces garanties comportaient notamment l'admission restreinte de déclarations antérieures incompatibles prises par les policiers et la possibilité de contre-interroger ces derniers, des mises en garde sévères faites au jury et la grande latitude laissée au procureur de la défense d'exposer dans ses observations finales les mêmes points que ceux qu'il aurait exposés s'il avait été en mesure de contre-interroger M. Thielen.

[101] Considérés ensemble, ces facteurs — les éléments de preuve corroborants convaincants et les garanties procédurales — pouvaient satisfaire au critère du seuil de fiabilité. La méthode d'analyse raisonnée en matière de oui-dire ne devrait pas faire obstacle à la fonction de recherche de la vérité du procès lorsqu'il est démontré que les éléments de preuve contestés sont dignes de foi et que le jury dispose des outils nécessaires pour en apprécier d'un œil critique la fiabilité en dernière analyse. Telle était la conclusion du juge du procès, qui était particulièrement bien placé pour prendre cette décision. À mon avis, sa décision d'admettre la vidéo de la reconstitution était amplement étayée par le dossier et exempte d'erreurs. Je ne vois aucune raison, en fait ou en droit, de la modifier.

[102] La déférence s'impose également à l'égard de la décision du juge du procès de rejeter une demande de la défense visant à produire une autre déclaration relatée par M. Thielen qui n'impliquait pas M. Bradshaw. Je suis d'avis de confirmer cette décision.

[103] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement par lequel la Cour

Court of Appeal ordering a new trial and restore Mr. Bradshaw's convictions for the first degree murders of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes.

II. Analysis

[104] The modern approach governing the admissibility of hearsay evidence is the principled approach. Under this approach, hearsay evidence can be admitted where it is necessary and where it meets the test for threshold reliability. It is uncontested that Mr. Thielen's refusal to testify at trial satisfies the necessity criterion. The focus of this appeal is on whether Mr. Thielen's re-enactment meets the test for threshold reliability.

The Test for Threshold Reliability

[105] Hearsay evidence is presumptively inadmissible primarily because of the difficulty in testing its reliability. There is always a risk that a witness may misperceive the facts, wrongly remember them, narrate events in a misleading or incomplete manner, or make an intentionally false assertion. When a statement is made in court, traditional safeguards — such as the presence of the declarant in the courtroom and cross-examination — protect against the danger of falsehoods or inaccuracies going undetected by the trier of fact. Without the declarant being present in court and subjected to contemporaneous cross-examination, the trier of fact may be unable to detect mistakes, exaggerations or deliberate falsehoods: *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520, at paras. 31-32; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 2.

[106] The extent to which the reliability of hearsay evidence may be difficult to assess varies according to context. In certain circumstances, the challenges in assessing the declarant's perception, memory, narration or sincerity and the dangers arising from this will be sufficiently overcome to

d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la tenue d'un nouveau procès, et de rétablir les déclarations de culpabilité de M. Bradshaw pour les meurtres au premier degré de M^{me} Lamoureux et M. Bontkes.

II. Analyse

[104] De nos jours, l'admissibilité de la preuve par ouï-dire est régie par la méthode d'analyse raisonnée. Selon cette méthode, la preuve par ouï-dire peut être admise lorsqu'elle est nécessaire et lorsqu'elle satisfait au critère du seuil de fiabilité. Nul ne conteste que le refus de M. Thielen de témoigner au procès satisfait au critère de la nécessité. Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si la reconstitution de M. Thielen satisfait au critère du seuil de fiabilité.

Le critère du seuil de fiabilité

[105] La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible, principalement parce qu'il est difficile d'en vérifier la fiabilité. Il y a toujours un risque que le témoin perçoive mal les faits, qu'il se les remémore incorrectement, qu'il relate les événements d'une manière trompeuse ou incomplète, ou qu'il fasse sciemment une fausse déclaration. Lorsqu'une déclaration est faite en cour, des garanties traditionnelles — comme la présence du déclarant dans la salle d'audience et le contre-interrogatoire — permettent au juge des faits de déceler les faussetés ou les inexactitudes dans la déclaration. Sans la présence du déclarant en cour et la possibilité de le contre-interroger au moment même où il fait sa déclaration, le juge des faits peut ne pas être en mesure de détecter des erreurs, des exagérations ou des faussetés délibérées : *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520, par. 31-32; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 2.

[106] La mesure dans laquelle la fiabilité de la preuve par ouï-dire peut être difficile à évaluer varie selon le contexte. Dans certaines circonstances, les difficultés à évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait ou sa sincérité et les dangers qui en découlent seront suffisamment

meet the test for threshold reliability: *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283, at para. 22; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 35; *Khelawon*, at para. 61.

[107] The principled approach to hearsay recognizes that threshold reliability can be met in three ways: (1) where the statement has sufficient features of substantive reliability; (2) where the statement has adequate features of procedural reliability; or (3) where the statement does not satisfy either of the first two ways, but incorporates features of both which, in combination, justify its admission. As I will explain, this case engages the third way and provides this Court with an opportunity to clarify its operation for the first time.

[108] First, substantive reliability in this context refers to a statement's degree of trustworthiness. Features of substantive reliability include the circumstances in which the statement was made and the existence of extrinsic evidence capable of corroborating or contradicting it: *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 30; *Khelawon*, at para. 62; *Blackman*, at para. 35; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 80. In the absence of procedural safeguards, these features of substantive reliability will, on their own, satisfy the threshold reliability requirement where they show that there is "no real concern about a statement's truth and accuracy": *Couture*, at paras. 98 and 100; *Devine*, at para. 22; *Khelawon*, at para. 62.⁴ For example, in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, features of substantive reliability justified the admission of a three-and-a-half-year-old child's hearsay statement describing a sexual act, in that the statement was made spontaneously and was powerfully corroborated by a semen stain found on her clothing.

⁴ While this is clearly a high standard, it does not require the trial judge to be convinced to a point of certainty that the statement is true, otherwise the difference between threshold and ultimate reliability, which this Court has consistently maintained, would be lost (see paras. 113-16 below).

écartés pour satisfaire au critère du seuil de fiabilité : *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283, par. 22; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 35; *Khelawon*, par. 61.

[107] Selon la méthode d'analyse raisonnée en matière de ouï-dire, il existe trois façons de satisfaire au seuil de fiabilité : (1) lorsque la déclaration présente suffisamment de caractéristiques de fiabilité substantielle; (2) lorsque la déclaration présente des caractéristiques adéquates de fiabilité d'ordre procédural; ou (3) lorsque la déclaration ne satisfait à aucune des deux premières façons, mais contient des caractéristiques des deux qui, prises ensemble, justifient son admission. Comme je l'expliquerai, la présente affaire fait intervenir la troisième façon et offre à la Cour une première occasion d'en préciser l'application.

[108] Premièrement, la fiabilité substantielle dans ce contexte a trait au caractère digne de foi de la déclaration. Les caractéristiques de la fiabilité substantielle comprennent les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et l'existence d'éléments de preuve extrinsèques susceptibles de la corroborer ou de la contredire : *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 30; *Khelawon*, par. 62; *Blackman*, par. 35; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 80. En l'absence de garanties procédurales, ces caractéristiques de fiabilité substantielle satisferont, à elles seules, à l'exigence du seuil de fiabilité lorsqu'elles démontrent qu'il n'y a « pas vraiment lieu de s'interroger sur la véracité et l'exactitude d'une déclaration » : *Couture*, par. 98 et 100; *Devine*, par. 22; *Khelawon*, par. 62⁴. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, des caractéristiques de fiabilité substantielle ont justifié l'admission d'une déclaration relatée par une enfant de trois ans et demi qui décrivait un acte sexuel, car la déclaration avait été faite spontanément et était corroborée de manière convaincante par une tache de sperme sur ses vêtements.

⁴ Bien que cette norme soit manifestement élevée, elle n'exige pas que le juge du procès soit convaincu avec certitude de la véracité de la déclaration car, autrement, la distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse, que notre Cour a systématiquement maintenue, serait perdue (voir les par. 113-116 ci-après).

[109] Second, threshold reliability may be established where there are adequate features of procedural reliability, namely, procedural safeguards in place when the statement is made or at trial that permit the trier of fact to assess the statement's ultimate reliability: *Youvarajah*, at para. 30; *Khelawon*, at para. 63; *Blackman*, at para. 35; *Couture*, at para. 80. In the absence of features of substantive reliability indicating a statement's trustworthiness, threshold reliability will be satisfied if these procedural safeguards, on their own, demonstrate that without contemporaneous cross-examination of a witness in court, a hearsay statement's "truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested" by the trier of fact: *Khelawon*, at para. 63; *Devine*, at para. 22; *Couture*, at para. 80. Where features of procedural reliability *alone* are relied on, some form of cross-examination of the declarant has generally been required to satisfy the test for threshold reliability. For example, courts have held that adequate substitutes for testing truth and accuracy are present in preliminary hearing testimony (see *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043) and prior inconsistent statements that are video-taped and taken under oath where the declarant has recanted but remains available to be cross-examined at trial (see *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740).

[110] As Charron J. explained in *Khelawon*, characterizing these procedural safeguards as factors which indicate a statement's threshold *reliability* is "somewhat of a misnomer" (para. 80). These tools for testing hearsay evidence do not enhance the reliability of the statement, but rather ensure that the trier of fact is sufficiently equipped to evaluate the ultimate reliability of the statement: see also D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 138.

[111] Finally, threshold reliability may be established where the statement has adequate features of *both* substantive and procedural reliability.

[109] Deuxièmement, le seuil de fiabilité peut être établi lorsque, au moment où la déclaration est faite ou au procès, des caractéristiques de fiabilité d'ordre procédural adéquates, à savoir des garanties procédurales, sont présentes et permettent au juge des faits d'évaluer la fiabilité de la déclaration en dernière analyse : *Youvarajah*, par. 30; *Khelawon*, par. 63; *Blackman*, par. 35; *Couture*, par. 80. En l'absence de caractéristiques de fiabilité substantielle qui portent à croire que la déclaration est digne de foi, il sera satisfait au seuil de fiabilité si ces garanties procédurales, à elles seules, démontrent que, sans le recours au contre-interrogatoire d'un témoin en cour au moment même où il fait sa déclaration, la « véricité et [l']exactitude [de la déclaration relatée] peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées » par le juge des faits : *Khelawon*, par. 63; *Devine*, par. 22; *Couture*, par. 80. Lorsque *seules* des caractéristiques de fiabilité d'ordre procédural sont invoquées, une certaine forme de contre-interrogatoire du déclarant est généralement requise pour satisfaire au critère du seuil de fiabilité. Par exemple, les tribunaux ont conclu que d'autres moyens adéquats de vérifier la véricité et l'exactitude de la preuve sont assurés par un témoignage reçu à l'enquête préliminaire (voir *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043) et par des déclarations antérieures incompatibles qui sont enregistrées sur bande vidéo et faites sous serment, lorsque le déclarant s'est rétracté mais demeure disponible pour être contre-interrogé au procès (voir *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740).

[110] Comme la juge Charron l'a expliqué dans l'arrêt *Khelawon*, « [i]l n'est pas tout à fait juste » de considérer ces garanties procédurales comme des facteurs qui établissent le seuil de *fiabilité* d'une déclaration (par. 80). Ces outils, qui servent à vérifier la preuve par oui-dire, ne renforcent pas la fiabilité de la déclaration, mais permettent plutôt au juge des faits d'être suffisamment outillé pour en évaluer la fiabilité en dernière analyse : voir également D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 138.

[111] Enfin, le seuil de fiabilité peut être établi lorsque la déclaration présente *à la fois* des caractéristiques adéquates de fiabilité substantielle et de

These two categories that inform threshold reliability are not mutually exclusive: *Youvarajah*, at para. 30; *Khelawon*, at para. 66; *Devine*, at para. 22; *Blackman*, at para. 35; *Couture*, at paras. 80 and 99. Rather, features of procedural reliability and substantive reliability may, in combination, satisfy threshold reliability: *Couture*, at para. 99; *R. v. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208, at para. 156. In *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the Court applied this approach, drawing on features of both substantive and procedural reliability to justify the admission of a hearsay statement (para. 53).

[112] Thus, a statement that is not admissible under the first two principal ways of establishing threshold reliability may still be admitted under this third way. Where a statement has a sufficient level of trustworthiness, relative to the strength of the procedural safeguards for the trier of fact to evaluate its ultimate reliability, the statement is safe to admit. Put another way, “[s]o long as [the hearsay statement] can be assessed and accepted by a reasonable trier of fact, then the evidence should be admitted”: *Paciocco and Stuesser*, at p. 134.

[113] It is important to keep in mind that threshold reliability is distinct from ultimate reliability. The trial judge does not need to be satisfied that the hearsay statement is true for it to meet the threshold reliability requirement under any of the three ways set out above. As with the common law tests for *Mr. Big* statements and expert evidence, the reliability of a hearsay statement need not be established *to a point of certainty* before it can be admitted: *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 98; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301, at para. 89. Otherwise, the trier of fact’s role of determining the ultimate reliability of a hearsay statement will have been usurped.

[114] On several occasions, this Court has discussed the danger of conflating threshold and

fiabilité d’ordre procédural. Ces deux catégories qui permettent d’établir le seuil de fiabilité ne s’excluent pas mutuellement : *Youvarajah*, par. 30; *Khelawon*, par. 66; *Devine*, par. 22; *Blackman*, par. 35; *Couture*, par. 80 et 99. En fait, les caractéristiques de fiabilité d’ordre procédural et de fiabilité substantielle peuvent, prises ensemble, satisfaire au seuil de fiabilité : *Couture*, par. 99; *R. c. Hamilton*, 2011 ONCA 399, 271 C.C.C. (3d) 208, par. 156. Dans l’arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, la Cour a appliqué cette méthode, en se fondant sur des caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d’ordre procédural pour justifier l’admission d’une déclaration relatée (par. 53).

[112] Ainsi, une déclaration qui n’est pas admissible selon les deux premières façons principales d’établir le seuil de fiabilité peut tout de même être admise en vertu de cette troisième façon. Lorsqu’une déclaration est suffisamment digne de foi, du fait de l’efficacité des garanties procédurales permettant au juge des faits d’évaluer sa fiabilité en dernière analyse, elle peut être admise sans risque. Autrement dit, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où [la déclaration relatée] peut être évaluée et acceptée par un juge des faits raisonnable, la preuve devrait être admise » : *Paciocco et Stuesser*, p. 134.

[113] Il importe de se rappeler que le seuil de fiabilité se distingue de la fiabilité en dernière analyse. Il n’est pas nécessaire que le juge du procès soit convaincu de la véracité de la déclaration relatée pour qu’elle satisfasse à l’exigence du seuil de fiabilité en vertu de l’une ou l’autre des trois façons énoncées précédemment. À l’instar des critères de common law relatifs aux déclarations issues d’une opération *Monsieur Big* et aux témoignages d’expert, la fiabilité d’une déclaration relatée ne doit pas forcément être établie *avec certitude* avant d’être admise : *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 98; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 246 C.C.C. (3d) 301, par. 89. Autrement, le rôle du juge des faits consistant à déterminer la fiabilité en dernière analyse d’une déclaration relatée aura été usurpé.

[114] À plusieurs reprises, la Cour a analysé le danger de confondre le seuil de fiabilité et la

ultimate reliability. In *Khelawon*, Charron J. stated, at para. 50:

It is important that the trier of fact's domain not be encroached upon at the admissibility stage. If the trial is before a judge and jury, it is crucial that questions of ultimate reliability be left for the jury — in a criminal trial, it is constitutionally imperative. If the judge sits without a jury, it is equally important that he or she not prejudge the ultimate reliability of the evidence before having heard all of the evidence in the case. Hence, a distinction must be made between “ultimate reliability” and “threshold reliability”. Only the latter is inquired into on the admissibility voir dire. [Emphasis added.]

This cautionary note was echoed in *Blackman*, at para. 56: “It is essential to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be pre-determined on the admissibility voir dire: see *Khelawon*, at para. 93.”

[115] In this regard, I agree with the observations of Watt J.A. in *R. v. Carroll*, 2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252, at para. 111, that the party tendering hearsay

need not eliminate all possible sources of doubt about the perception, memory or sincerity of the declarant. All that was required in this case was that the circumstances in which the statements were made and any relevant extrinsic evidence provided the trier of fact with the means to critically evaluate the honesty and accuracy of the declarant [Citations omitted.]

[116] In other words, as with expert evidence and Mr. Big confessions, the trial judge is simply tasked with deciding “the threshold question of ‘whether the evidence is worthy of being heard by the jury’”: *Hart*, at para. 98, quoting *Abbey*, at para. 89.

[117] I am satisfied that the re-enactment in the present case was admissible under the third way of establishing threshold reliability. As I will explain, there was powerful corroborative evidence indicating the statement's trustworthiness and a number of

fiabilité en dernière analyse. Dans l'arrêt *Khelawon*, la juge Charron a affirmé ce qui suit au par. 50 :

Au stade de l'admissibilité, il importe de ne pas empiéter sur la compétence du juge des faits. Si le procès a lieu devant un juge et un jury, il est essentiel que les questions de fiabilité en dernière analyse soient laissées au jury — dans un procès criminel, c'est un impératif constitutionnel. Si le juge siège sans jury, il importe tout autant qu'il ne préjuge pas de la fiabilité en dernière analyse de la preuve avant d'avoir entendu l'ensemble de la preuve au dossier. Il faut donc établir une distinction entre « fiabilité en dernière analyse » et « seuil de fiabilité ». Lors d'un voir-dire portant sur l'admissibilité, l'examen se limite au seuil de fiabilité. [Je souligne.]

Cette mise en garde a été reprise dans l'arrêt *Blackman*, par. 56 : « Il est essentiel pour assurer l'intégrité du processus de constatation des faits de ne pas préjuger la question de la fiabilité en dernière analyse lors du voir-dire sur l'admissibilité : voir *Khelawon*, par. 93. »

[115] À cet égard, je souscris aux observations du juge Watt dans l'arrêt *R. c. Carroll*, 2014 ONCA 2, 304 C.C.C. (3d) 252, par. 111, selon lesquelles la partie qui présente une preuve par ouï-dire

[TRADUCTION] n'a pas besoin d'éliminer toutes les sources possibles de doute quant à la perception, à la mémoire ou à la sincérité du déclarant. En l'espèce, il suffisait que les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été faites et tout élément de preuve extrinsèque pertinent fournissent au juge des faits les moyens d'évaluer d'un œil critique l'honnêteté du déclarant et l'exactitude de sa déclaration [Références omises.]

[116] Autrement dit, comme dans le cas du témoignage d'expert et des aveux issus d'une opération Monsieur Big, le juge du procès doit simplement trancher « la question préliminaire qui consiste à déterminer [TRADUCTION] “si la preuve vaut d'être entendue par le jury” » : *Hart*, par. 98, citant *Abbey*, par. 89.

[117] Je suis convaincu que la reconstitution en l'espèce était admissible en vertu de la troisième façon d'établir le seuil de fiabilité. Comme je vais l'expliquer, une preuve corroborante convaincante donnait à penser que la déclaration était digne de

procedural safeguards that provided the jury with the tools it needed to evaluate its truth and accuracy. With respect, I believe that in reaching a different conclusion, my colleague has departed from the functional approach to threshold reliability by: (1) unduly restricting the extrinsic evidence that a court can consider when assessing a statement's substantive reliability; and (2) adopting a narrow view of the procedural safeguards available at trial that can equip the jury with the tools it needs to assess the ultimate reliability of a statement.

(1) The Extrinsic Evidence That a Court Can Consider When Assessing Substantive Reliability

[118] My colleague maintains that “at the threshold reliability stage, corroborative evidence is used in a manner that is qualitatively distinct from the manner in which the trier of fact uses it to assess the statement’s ultimate reliability” (para. 42). In her view, “[a] trial judge can only rely on corroborative evidence to establish threshold reliability if it shows, when considered as a whole and in the circumstances of the case, that the only likely explanation for the hearsay statement is the declarant’s truthfulness about, or the accuracy of, the material aspects of the statement” (para. 44).

[119] Respectfully, my colleague’s test gives rise to two difficulties. First, her test would replace the functional approach that this Court has repeatedly endorsed, with a restrictive test that unnecessarily complicates the analysis and discards crucial information for evaluating threshold reliability. The functional approach emphasizes that there is no bright-line distinction between factors that inform threshold and ultimate reliability. Rather, the inquiry is focused on whether the extrinsic evidence addresses hearsay dangers by providing information about whether the statement is trustworthy:

In each case, the scope of the inquiry must be tailored to the particular dangers presented by the evidence and limited to determining the evidentiary question of admissibility.

foi et plusieurs garanties procédurales ont donné au jury les outils dont il avait besoin pour évaluer sa véracité et son exactitude. Soit dit avec respect, j’estime qu’en arrivant à une conclusion différente, ma collègue s’est écartée de l’approche fonctionnelle relative au seuil de fiabilité : (1) en restreignant indûment la preuve extrinsèque dont un tribunal peut tenir compte lorsqu’il apprécie la fiabilité substantielle d’une déclaration; et (2) en adoptant un point de vue restrictif des garanties procédurales disponibles au procès qui peuvent munir le jury des outils dont il a besoin pour apprécier la fiabilité en dernière analyse d’une déclaration.

(1) La preuve extrinsèque dont le tribunal peut tenir compte lorsqu’il apprécie la fiabilité substantielle

[118] Ma collègue soutient qu’à « l’étape du seuil de fiabilité, la preuve corroborante est utilisée d’une manière distincte, au plan qualitatif, de la manière dont le juge des faits l’utilise pour évaluer la fiabilité de la déclaration en dernière analyse » (par. 42). Selon elle, « [l]e juge du procès ne peut, pour établir le seuil de fiabilité, se fonder sur la preuve corroborante que si celle-ci, considérée globalement dans les circonstances de l’espèce, démontre que la seule explication plausible de la déclaration relatée est la véracité du déclarant au sujet de ses aspects importants, ou l’exactitude de ceux-ci » (par. 44).

[119] Soit dit en tout respect, le critère que propose ma collègue soulève deux difficultés. Premièrement, son critère remplacerait l’approche fonctionnelle maintes fois entérinée par la Cour par un critère restrictif qui complique inutilement l’analyse et qui écarte des renseignements primordiaux à l’appréciation du seuil de fiabilité. L’approche fonctionnelle souligne l’absence d’une distinction nette entre les facteurs qui régissent le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse. L’analyse est plutôt axée sur la question de savoir si les éléments de preuve extrinsèques écartent les dangers du oui-dire en fournissant des renseignements sur la fiabilité de la déclaration :

Dans chaque cas, l’examen doit être fonction des dangers particuliers que présente la preuve et ne porter que sur la question de l’admissibilité.

. . . Relevant factors should not be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, the court should adopt a more functional approach . . . and focus on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers.

(*Khelawon*, at paras. 4 and 93; see also para. 55.)

[120] My colleague’s approach instead creates a “threshold test within the threshold test”, which is

subject to the same criticisms which arise from the [absolute] exclusion of corroborating or conflicting evidence. The categorizing or labelling of evidence that is suitable for including in the *decision-making process* of hearsay admissibility is neither necessary nor desirable. [Emphasis in original.]

(S. Akhtar, “Hearsay: The Denial of Confirmation” (2005), 26 C.R. (6th) 46, at p. 60)

[121] Second, in applying her approach, my colleague parses the analysis by examining whether each individual piece of corroborative evidence demonstrates that the “only likely explanation” is the declarant’s truthfulness. This ignores the reality that even if an individual piece of extrinsic evidence does not satisfy my colleague’s requirement on its own, it may nonetheless work in conjunction with other extrinsic evidence or features of substantive reliability to satisfy the test for threshold reliability (see *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 278-79, points 4 and 5, on the nature of corroborative evidence in general). Yet according to her test, for a piece of corroborative evidence to make its way onto the evidentiary scale for threshold reliability purposes, it must effectively be independently capable of tipping the scale. This restrictive test fails to look at the picture as a whole and discards corroborative evidence that could play an important role in satisfying threshold reliability.

. . . Les facteurs pertinents ne doivent plus être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Le tribunal devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle [. . .] et se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par oui-dire qu’on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers.

(*Khelawon*, par. 4 et 93; voir aussi le par. 55.)

[120] L’approche que préconise ma collègue crée plutôt un [TRADUCTION] « critère du seuil de fiabilité au sein du critère du seuil de fiabilité », lequel est

[TRADUCTION] l’objet des mêmes critiques que soulève l’exclusion [absolue] de la preuve corroborante ou de la preuve contradictoire. Il n’est ni nécessaire ni souhaitable de catégoriser ou de qualifier les éléments de preuve qui peuvent être pris en compte dans le *processus décisionnel* relatif à l’admissibilité du oui-dire. [Italiques dans l’original.]

(S. Akhtar, « Hearsay : The Denial of Confirmation » (2005), 26 C.R. (6th) 46, p. 60)

[121] Deuxièmement, en appliquant son approche, ma collègue décortique l’analyse en examinant si chacun des éléments de preuve corroborants démontre que la « seule explication probable » est que le déclarant est digne de foi. Cette démarche ne tient pas compte du fait que, même si un élément de preuve extrinsèque particulier ne satisfait pas à lui seul à l’exigence de ma collègue, il peut quand même contribuer, avec d’autres éléments de preuve extrinsèques ou des aspects de la fiabilité substantielle, à satisfaire au critère du seuil de fiabilité (voir *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), p. 278-279, points 4 et 5, au sujet de la nature de la preuve corroborante en général). Pourtant, suivant le critère de ma collègue, pour qu’un élément de preuve corroborant soit pris en compte dans l’analyse du seuil de fiabilité, il doit pouvoir, à lui seul, faire pencher la balance. Ce critère restrictif perd de vue l’ensemble de la preuve et écarte des éléments de preuve corroborants susceptibles de contribuer de façon significative à satisfaire au seuil de fiabilité.

[122] That said, I acknowledge that it may be necessary for the trial judge to limit the scope of extrinsic evidence that can be considered in a hearsay *voir dire*. As Paciocco and Stuesser note (at p. 134): “There is concern, however, that the *voir dire* on the admissibility of the hearsay evidence could well overtake the trial. . . . The difficulty is where to draw the line and the reality [is] that there is no fixed line” (emphasis added). I agree that such concerns must be addressed on a case-by-case basis, which is consistent with the functional approach to the admissibility of hearsay endorsed in *Khelawon*: see *R. v. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481, at para. 19; *R. v. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92, at para. 78. In my opinion, the line should be drawn where the trial judge is of the view that the probative value of certain corroborative evidence is tenuous and outweighed by its prejudicial effect in prolonging and complicating the proceedings — in other words, where the bang is not worth the buck. Trial judges should be trusted to make this determination and exercise restraint when considering extrinsic evidence to ensure the trial proceedings are not derailed by the *voir dire*: *Blackman*, at para. 57.

(2) The Role of Safeguards Implemented at Trial in Establishing Procedural Reliability

[123] As Charron J. held in *Khelawon*, “the optimal way of testing evidence adopted by our adversarial system is to have the declarant state the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination” (para. 63). It follows that where no meaningful cross-examination is possible, trial judges should be particularly cautious when determining the admissibility of a hearsay statement. However, where there are adequate substitutes for these traditional safeguards, “common sense tells us that we should not lose the benefit of the evidence”: *Khelawon*, at para. 63. A trial judge may have procedural safeguards at his or her disposal that can provide the trier of fact with the tools needed to evaluate the ultimate reliability of hearsay evidence.

[122] Cela dit, je reconnais qu’il peut être nécessaire que le juge du procès limite la portée de la preuve extrinsèque qui peut être prise en compte dans le cadre d’un voir-dire relatif au ouï-dire. Comme l’ont souligné Paciocco et Stuesser (p. 134) : [TRADUCTION] « On craint toutefois que le voir-dire relatif à l’admissibilité de la preuve par ouï-dire occulte le procès. [. . .] Il est difficile de savoir où tracer la ligne et, en fait, il n’existe aucune ligne fixe » (je souligne). Je conviens que ces préoccupations doivent être prises en compte au cas par cas, ce qui concorde avec l’approche fonctionnelle relative à l’admissibilité du ouï-dire entérinée dans l’arrêt *Khelawon* : voir *R. c. R. (T.)*, 2007 ONCA 374, 85 O.R. (3d) 481, par. 19; *R. c. Lowe*, 2009 BCCA 338, 274 B.C.A.C. 92, par. 78. À mon avis, il faut tracer la ligne lorsque le juge du procès estime que la valeur probante de certains éléments de preuve corroborants est faible et qu’elle est supplantée par son effet préjudiciable du fait que l’élément de preuve prolonge et complique les procédures — autrement dit, lorsque le jeu n’en vaut pas la chandelle. Il faut avoir confiance en la capacité des juges de procès de prendre cette décision et de faire preuve de retenue lorsqu’ils examinent des éléments de preuve extrinsèques pour veiller à ce que le voir-dire ne fasse pas dériver le procès : *Blackman*, par. 57.

(2) Le rôle des garanties mises en œuvre au procès pour établir la fiabilité d’ordre procédural

[123] Suivant le propos de la juge Charron dans *Khelawon*, « dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve est de faire témoigner le déclarant sous serment devant le tribunal, tout en lui faisant subir au même moment un contre-interrogatoire » (par. 63). Il s’ensuit que lorsqu’aucun contre-interrogatoire utile n’est possible, les juges du procès doivent être particulièrement prudents lorsqu’ils se prononcent sur l’admissibilité d’une déclaration relatée. Toutefois, lorsqu’il existe des substituts adéquats à ces garanties traditionnelles, « le bon sens nous indique qu’il ne faudrait pas perdre l’avantage de cette preuve » : *Khelawon*, par. 63. Le juge du procès peut disposer de garanties procédurales susceptibles de munir le juge des faits des outils dont il a besoin pour évaluer la fiabilité en dernière analyse de la preuve par ouï-dire.

[124] In this case, the Court of Appeal held that the trial judge erred in considering procedural safeguards that were implemented at trial in evaluating the threshold reliability of the re-enactment. According to the Court of Appeal, only safeguards in existence at the time of the statement could be considered:

The guarantee of trustworthiness and accuracy at the threshold test does not arise as a result of anything a judge or the Crown at trial can do. Safeguards are those in place when the statement is taken, for example, placing the person under oath, warning them of the consequences of lying under oath and so on, but that is not the situation here. The judge looked at safeguards that could be imposed at trial, which do not assist in ascertaining threshold reliability. [Emphasis added; para. 30.]

[125] I agree with the Crown that safeguards that support procedural reliability include those which can be implemented at trial. In my view, there is no principled distinction between safeguards in place at the time the hearsay statement was made and safeguards available at trial. Both enhance the ability of the trier of fact to critically evaluate the evidence.

[126] This is well established in the jurisprudence. For example, where a recanting declarant is available to be cross-examined at trial on a prior statement, this significantly enhances the trier of fact's ability to evaluate its reliability: *Khelawon*, at para. 66; *Devine*, at para. 19; *Couture*, at para. 92; *B. (K.G.)*, at pp. 795-96. In addition, the cross-examination of a third party who witnessed the declarant's demeanour may provide an added procedural safeguard implemented at trial: *U. (F.J.)*, at para. 32; *B. (K.G.)*, at p. 792.

[127] There are also other tools that can be implemented at trial to assist the jury in evaluating a hearsay statement. As this case illustrates, jury cautions, the limited admission of prior inconsistent statements that contradict the hearsay statement, requiring the Crown to call the police officers who took prior inconsistent statements as witnesses so that they can be cross-examined by defence counsel,

[124] En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte des garanties procédurales mises en œuvre au procès pour apprécier le seuil de fiabilité de la reconstitution. Selon la Cour d'appel, seules les garanties qui existaient au moment de la déclaration pouvaient être prises en compte :

[TRADUCTION] La garantie que la déclaration est digne de foi et exacte à l'étape du critère du seuil de fiabilité ne découle pas de ce que peut faire un juge ou le ministère public au procès. Les garanties sont celles qui existent lorsque la déclaration est faite, comme assermenter les témoins, les informer des conséquences de mentir sous serment, et ainsi de suite, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Le juge a tenu compte des garanties qui pouvaient être imposées au procès, lesquelles n'aident pas à confirmer le seuil de fiabilité. [Je souligne; par. 30.]

[125] Je suis d'accord avec le ministère public pour dire que les garanties qui étayent la fiabilité d'ordre procédural comprennent celles qui peuvent être mises en œuvre au procès. À mon sens, il n'existe aucune distinction de principe entre les garanties qui existaient au moment où la déclaration relatée est faite et les garanties offertes au procès. Les deux améliorent la capacité du juge des faits d'évaluer la preuve d'un œil critique.

[126] Cette notion est bien établie dans la jurisprudence. Par exemple, lorsqu'un déclarant qui s'est rétracté peut être contre-interrogé au procès au sujet d'une déclaration antérieure, cela améliore grandement la capacité du juge des faits à évaluer sa fiabilité : *Khelawon*, par. 66; *Devine*, par. 19; *Couture*, par. 92; *B. (K.G.)*, p. 795-796. De plus, le contre-interrogatoire d'un tiers qui a été témoin du comportement du déclarant peut fournir une garantie procédurale supplémentaire au procès : *U. (F.J.)*, par. 32; *B. (K.G.)*, p. 792.

[127] D'autres moyens peuvent également être mis en œuvre au procès pour aider le jury à apprécier la déclaration relatée. Comme le démontre la présente affaire, les mises en garde faites au jury, l'admission restreinte de déclarations antérieures incompatibles qui contredisent la déclaration relatée, l'obligation pour le ministère public de citer les policiers qui ont pris les déclarations antérieures

and permitting enhanced leeway for defence counsel during closing submissions may also enable the trier of fact to test a statement's truthfulness and accuracy. The trial judge is uniquely positioned to adapt and implement these measures based on the specific circumstances of the case.

[128] My colleague does not consider or address several safeguards referred to above upon which the trial judge relied. In particular, she rejects the viability of jury instructions as a procedural safeguard, asserting that “[i]nstructing a jury on *how* to evaluate a statement that it [the jury] lacks the *means* to evaluate does not address the hearsay dangers that underlie the exclusionary rule” (para. 29 (emphasis in original)). In my respectful view, this statement oversimplifies the issue.

[129] Jury instructions can be a *means* of assisting the jury with the evaluation of a hearsay statement. Like cross-examination, instructions can draw a jury's attention to evidentiary concerns, which ameliorates hearsay dangers by helping the jury assess the reliability of a statement: see *R. v. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270, at paras. 58 and 92; *R. v. Blackman* (2006), 84 O.R. (3d) 292 (C.A.), at paras. 81-87, aff'd 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298. For example, an instruction cautioning a jury about a declarant's motive to fabricate and a suggestion of a motive to fabricate put to a witness in cross-examination can both alert a jury to a concern regarding sincerity, which helps it assess whether the statement is reliable. Further, jury instructions include a caution to resolve any doubt in favour of the accused.

[130] It goes without saying that cross-examination is a superior means of testing evidence because it allows the jury to observe how a witness responds — be it a denial, an admission or an explanation. However, in setting out the potential dangers of a

incompatibles à comparaître afin qu'ils puissent être contre-interrogés par l'avocat de la défense, et le fait d'accorder à l'avocat de la défense une plus grande latitude dans ses observations finales, peuvent également permettre au juge des faits de vérifier la véracité et l'exactitude d'une déclaration. Le juge du procès est particulièrement bien placé pour adapter et mettre en œuvre ces mesures en fonction des circonstances précises de l'affaire.

[128] Ma collègue n'aborde pas ou n'examine pas plusieurs garanties mentionnées précédemment sur lesquelles le juge du procès s'est fondé. Elle rejette en particulier la viabilité des directives au jury en tant que garantie procédurale en soutenant que « [l]e fait de donner des directives au jury sur la *façon* d'évaluer une déclaration qu'il n'a pas les *moyens* d'évaluer ne réduit pas les dangers associés au oui-dire qui sous-tendent la règle d'exclusion » (par. 29 (en italique dans l'original)). À mon avis, cette affirmation simplifie la question à l'excès.

[129] Les directives au jury peuvent constituer un *moyen* d'aider le jury à évaluer une déclaration relatée. Tout comme le contre-interrogatoire, les directives au jury peuvent attirer son attention sur des préoccupations liées à la preuve, ce qui atténue les dangers du oui-dire en aidant le jury à apprécier la fiabilité d'une déclaration : *R. c. Goodstoney*, 2007 ABCA 88, 218 C.C.C. (3d) 270, par. 58 et 92; *R. c. Blackman* (2006), 84 O.R. (3d) 292 (C.A.), par. 81-87, conf. par 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298. Par exemple, une directive qui met le jury en garde à l'égard d'un motif qu'aurait le déclarant pour inventer une histoire, et le fait de confronter un témoin lors du contre-interrogatoire au sujet d'un motif qu'il aurait pour inventer une histoire peuvent dans les deux cas signaler au jury une préoccupation relative à la sincérité, ce qui l'aide à apprécier la fiabilité de la déclaration. En outre, les directives au jury comportent une mise en garde prévoyant que tout doute doit favoriser l'accusé.

[130] Il va sans dire que le contre-interrogatoire est le moyen par excellence de vérifier la preuve parce qu'il permet au jury d'observer la façon dont un témoin répond — qu'il s'agisse d'une dénégation, d'une admission ou d'une explication. Cependant,

hearsay statement, jury instructions are capable of enhancing, to a limited extent, the procedural reliability of the statement. In this case, to be clear, the instructions were only one feature of a package of safeguards adopted by the trial judge to put the jury in a position whereby it could critically evaluate the ultimate reliability of the re-enactment.

[131] Ultimately, my colleague’s unwillingness to consider the various procedural safeguards relied upon by the trial judge in this case leads her to conclude that, because the hearsay statement does not have sufficient features of substantive reliability, it cannot be admitted. With respect, this skirts the third way of establishing threshold reliability — the one applied by the trial judge in this case — in which features of substantive and procedural reliability may, in conjunction, justify the admission of a hearsay statement.

[132] I now turn to the issue of whether the trial judge erred in admitting the re-enactment under this third way.

III. Application to the August 2, 2010 Re-enactment

A. *The Hearsay Dangers Raised by the Re-enactment*

[133] In this case, the primary hearsay danger raised by the re-enactment was the possibility that Mr. Thielen was lying about Mr. Bradshaw’s involvement in the murders. Mr. Thielen made prior inconsistent statements and he was an accomplice in both murders. The concern that the jury could not assess Mr. Thielen’s sincerity was therefore a particularly acute hearsay danger.

[134] The challenges of testing Mr. Thielen’s memory and perception also created hearsay dangers, given his drug abuse at the time of the events and the nearly 17 months that had elapsed between the murders and the re-enactment. My colleague suggests that Mr. Thielen’s sincerity was the sole

en exposant les dangers que peut poser une déclaration relatée, les directives au jury peuvent renforcer, jusqu’à un certain point, la fiabilité d’ordre procédural de la déclaration. En l’espèce, je le précise, les directives ne constituaient qu’un élément d’un ensemble de garanties adoptées par le juge du procès afin que le jury soit en mesure d’apprécier d’un œil critique la fiabilité en dernière analyse de la reconstitution.

[131] Ultimement, le refus de ma collègue d’examiner les diverses garanties procédurales sur lesquelles s’est fondé le juge du procès en l’espèce l’amène à conclure que, parce que la déclaration relatée ne présente pas suffisamment de caractéristiques de fiabilité substantielle, elle ne peut être admise. Soit dit en tout respect, cela élude la troisième façon d’établir le seuil de fiabilité — celle que le juge du procès a appliquée en l’espèce — par laquelle les caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d’ordre procédural peuvent, ensemble, justifier l’admission d’une déclaration relatée.

[132] J’aborde maintenant la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en admettant la reconstitution en vertu de cette troisième façon.

III. Application à la reconstitution du 2 août 2010

A. *Les dangers du oui-dire que pose la reconstitution*

[133] En l’espèce, le principal danger du oui-dire que posait la reconstitution était la possibilité que M. Thielen ait menti au sujet de la participation de M. Bradshaw aux meurtres. M. Thielen a fait des déclarations antérieures incompatibles et était un complice dans les deux meurtres. La crainte que le jury ne puisse évaluer la sincérité de M. Thielen constituait donc un danger du oui-dire particulièrement important.

[134] Les difficultés de vérifier la mémoire et la perception de M. Thielen constituaient également des dangers du oui-dire compte tenu de sa consommation de drogues au moment des faits et de la période de près de 17 mois qui s’est écoulé entre les meurtres et la reconstitution. Selon ma collègue, la

danger in issue, dismissing Mr. Thielen’s memory and perception concerns as “minimal” (para. 64). In my view, this is not supported by the record. During oral submissions on the *voir dire*, defence counsel specifically referred to memory and perception concerns that he said detracted from the re-enactment’s reliability. In doing so, he did not characterize these as weak or minimal. Rather, he stated:

Now, I also want to highlight to you some of the other overriding factors that you have to consider in assessing threshold reliability, and those are that Mr. Thielen has a long-term substance abuse problem. His statement are replete with references to being foggy, to having no recollection, all of which he attributes to drug use and, I might say, the fact is that he’s giving this video re-enactment 17 months after the fact. [Emphasis added.]

(A.R., vol. VII, at p. 147)

In my view, Mr. Bradshaw’s trial counsel was in a better position than this Court to assess whether it was “plausible” that Mr. Thielen’s memory of Mr. Bradshaw’s role in the killings was inaccurate. In light of defence counsel having raised these concerns, the trial judge can hardly be faulted for responding to them.

[135] As I will explain, however, these hearsay dangers — sincerity along with memory and perception — were sufficiently overcome by features of both substantive and procedural reliability that permitted the trier of fact to evaluate the reliability of the re-enactment.

B. *The Substantive Reliability of the Re-enactment*

[136] The substantive reliability of the re-enactment was significantly enhanced by both powerful extrinsic evidence that corroborated its content and the circumstances in which it took place. I acknowledge that these features of substantive reliability, on their own, were insufficient to justify the admission

sincérité de M. Thielen constituait le seul danger en cause, et elle écarte comme « minime[s] » (par. 64) les préoccupations concernant la mémoire et la perception de M. Thielen. À mon sens, ce point de vue n’est pas étayé par le dossier. Durant les observations orales dans le cadre du voir-dire, l’avocat de la défense a précisément fait mention des préoccupations concernant la mémoire et la perception qui, selon lui, nuisaient à la fiabilité de la reconstitution. Ce faisant, il ne les a pas qualifiées de faibles ou de minimes. Il a plutôt affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Maintenant, je veux aussi souligner quelques-uns des autres facteurs déterminants dont vous devez tenir compte dans l’appréciation du seuil de fiabilité, soit le fait que M. Thielen a un problème de toxicomanie qui dure depuis longtemps. Dans ses déclarations, il a affirmé à plusieurs reprises que sa mémoire était embrouillée, qu’il ne se souvenait pas, ce qu’il attribue à sa consommation de drogues et, si je peux me permettre, au fait qu’il donne cette vidéo de la reconstitution 17 mois après le fait. [Je souligne.]

(d.a., vol. VII, p. 147)

Selon moi, l’avocat de M. Bradshaw au procès était mieux en mesure que la Cour d’évaluer s’il était « plausible » que le souvenir qu’avait M. Thielen du rôle de M. Bradshaw dans les meurtres soit inexact. L’avocat de la défense ayant soulevé ces préoccupations, on peut difficilement reprocher au juge du procès d’y avoir répondu.

[135] Comme je vais l’expliquer, toutefois, ces dangers du oui-dire — la sincérité ainsi que la mémoire et la perception — étaient suffisamment surmontés par des caractéristiques de fiabilité substantielle et de fiabilité d’ordre procédural qui ont permis au juge des faits d’évaluer la fiabilité de la reconstitution.

B. *La fiabilité substantielle de la reconstitution*

[136] La fiabilité substantielle de la reconstitution était sensiblement renforcée tant par des éléments de preuve extrinsèques convaincants qui corroboraient son contenu que par les circonstances dans lesquelles elle a eu lieu. Je reconnais que ces caractéristiques de fiabilité substantielle, à elles

of the re-enactment under the first way of meeting threshold reliability. That said, they went a long way toward establishing the trustworthiness of the re-enactment. In my view, this attenuated the importance of cross-examination and the relative strength of the procedural safeguards needed to meet the third way of establishing threshold reliability.

(1) The Powerful Corroborative Evidence

[137] Mr. Thielen’s re-enactment was corroborated by three separate groups of evidence: (a) surreptitiously recorded conversations with Mr. Bradshaw, in which Mr. Bradshaw admitted his involvement in the murders; (b) circumstantial evidence implicating Mr. Bradshaw in the murders; and (c) forensic evidence from the crime scenes confirming Mr. Thielen’s account of the details of the murders. As stated, this corroborative evidence must be examined as a whole, not assessed on a piecemeal basis. Considered cumulatively, this evidence provides powerful support for the trustworthiness of Mr. Thielen’s re-enactment.

(a) *The Recorded Conversations*

[138] This case is unusual, in that the most compelling corroborative evidence comes from Mr. Bradshaw’s own admissions. As noted by my colleague, two surreptitiously recorded conversations with Mr. Thielen “provide direct evidence of Bradshaw’s involvement in the murders” (para. 74).

(i) The July 21, 2010 Conversation

[139] The first recorded conversation took place approximately 16 months after the two murders at a local hotel on July 21, 2010. It followed Mr. Thielen’s meeting earlier that day with “Mr. Big”, during which Mr. Thielen implicated both himself and Mr. Bradshaw in the two murders. In

seules, ne suffisaient pas pour justifier l’admission de la reconstitution en vertu de la première façon de satisfaire au seuil de fiabilité. Cela dit, elles ont grandement contribué à démontrer que la reconstitution est digne de foi. À mon avis, cela a atténué l’importance du contre-interrogatoire et la valeur relative des garanties procédurales nécessaire pour qu’il soit satisfait à la troisième façon d’établir le seuil de fiabilité.

(1) Les éléments de preuve corroborants convaincants

[137] La reconstitution de M. Thielen a été corroborée par trois groupes distincts d’éléments de preuve : a) des conversations avec M. Bradshaw enregistrées furtivement, dans lesquelles M. Bradshaw a admis sa participation aux meurtres; b) des éléments de preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres; et c) des éléments de preuve médico-légaux recueillis sur les lieux des crimes qui confirment la description des meurtres relatée en détail par M. Thielen. Comme je l’ai indiqué, ces éléments de preuve corroborants doivent être examinés ensemble, et non individuellement. Examinée cumulativement, cette preuve étaye solidement le caractère digne de foi de la reconstitution de M. Thielen.

a) *Les conversations enregistrées*

[138] Il s’agit en l’espèce d’une affaire inhabituelle en ce que la preuve corroborante la plus convaincante provient des propres aveux de M. Bradshaw. Comme l’a indiqué ma collègue, deux conversations avec M. Thielen enregistrées furtivement « fournissent une preuve directe de la participation de M. Bradshaw aux meurtres » (par. 74).

(i) La conversation du 21 juillet 2010

[139] La première conversation a été enregistrée dans un hôtel de la région le 21 juillet 2010, environ 16 mois après les deux meurtres. Elle faisait suite à la rencontre de M. Thielen avec « Monsieur Big » plus tôt le même jour, durant laquelle M. Thielen a affirmé que M. Bradshaw et lui avaient participé

the meeting with Mr. Big, Mr. Thielen was told by undercover officers posing as members of a criminal organization to discuss the murders with Mr. Bradshaw in order to ensure there were no loose ends that needed to be brought to Mr. Big's attention.

[140] The first eight minutes or so of the conversation between Mr. Thielen and Mr. Bradshaw at the hotel were not captured because they were in a washroom together and their discussion was muffled by the sound of running water. After an undercover officer called Mr. Thielen on his phone, Mr. Bradshaw and Mr. Thielen left the washroom and the conversation continued in the hotel room where it could be heard. Neither Mr. Thielen nor Mr. Bradshaw knew they were being recorded. During this conversation, Mr. Bradshaw admitted to being present during the murder of Ms. Lamoureux (who went by the moniker "Double 'D'"):

Thielen: 'Kay, remember like my first one, Double 'D'?

Bradshaw: Uh-hm.

Thielen: Right? When you parked, right. Is there anybody that could have seen me?

Bradshaw: Houses.

Thielen: What?

Bradshaw: The houses around us.

Thielen: Right.

Bradshaw: And they said they saw a white Acura leaving.

Thielen: Exactly.

Bradshaw: Right, we were in the black Cobalt.

Thielen: . . . there's nothing I touched, right?

Bradshaw: No, that's a tactic.

aux deux meurtres. Lors de la rencontre avec Monsieur Big, des agents banalisés se faisant passer pour des membres d'une organisation criminelle ont incité M. Thielen à discuter des meurtres avec M. Bradshaw pour s'assurer qu'il n'avait omis aucun détail qui devait être porté à l'attention de Monsieur Big.

[140] Les huit premières minutes environ de la conversation entre MM. Thielen et Bradshaw à l'hôtel n'ont pas été saisies parce qu'ils étaient dans la salle de bain et leur discussion a été étouffée par le son de l'eau qui coulait. Après qu'un agent banalisé ait appelé M. Thielen sur son téléphone, MM. Bradshaw et Thielen sont sortis de la salle de bain et la conversation s'est poursuivie dans la chambre d'hôtel où on pouvait les entendre. Ni M. Thielen ni M. Bradshaw ne savaient que leur conversation était enregistrée. Durant cette conversation, M. Bradshaw a admis qu'il était présent lors du meurtre de M^{me} Lamoureux (surnommée « Double "D" »):

[TRADUCTION]

M. Thielen : Ok, tu te rappelles mon premier, Double « D »?

M. Bradshaw : Hu-hum.

M. Thielen : Oui? Quand tu t'es stationné. Est-ce que quelqu'un aurait pu me voir?

M. Bradshaw : Des maisons.

M. Thielen : Quoi?

M. Bradshaw : Les maisons autour de nous.

M. Thielen : C'est vrai.

M. Bradshaw : Et ils ont dit qu'ils avaient vu une Acura blanche partir.

M. Thielen : Exactement.

M. Bradshaw : C'est vrai, on était dans la Cobalt noire.

M. Thielen : . . . j'ai rien touché, pas vrai?

M. Bradshaw : Non, c'est une tactique.

- | | | | |
|-----------|---|---------------|---|
| Thielen: | That's a tactic? | M. Thielen : | C'est une tactique? |
| Bradshaw: | Yeah. That's what I think. My personal opinion. 'Cause if they had anything fuckin', (knocking sound) [video shows Bradshaw knocking on wooden table] like that – | M. Bradshaw : | Ouais. C'est ce que je pense. Mon opinion personnelle. Parce que s'ils avaient quelque chose (un cognement se fait entendre) [la vidéo montre que M. Bradshaw frappe la table en bois] comme ça – |
| Thielen: | Yeah. | M. Thielen : | Ouais. |
| Bradshaw: | -pff- | M. Bradshaw : | -pff- |
| Thielen: | There's nothing man. [Emphasis added.] | M. Thielen : | Y'a rien, mon gars. [Je souligne.] |

(A.R., vol. XII, at pp. 51-52)

(d.a., vol. XII, p. 51-52)

[141] Later, Mr. Bradshaw seemingly agreed that he and Mr. Thielen did not have a plan for murdering Ms. Lamoureux. He described how Ms. Lamoureux called him to purchase drugs and he picked up Mr. Thielen before the murder:

[141] Plus tard, M. Bradshaw a semblé convenir que M. Thielen et lui n'avaient pas planifié le meurtre de M^{me} Lamoureux. Il a indiqué que M^{me} Lamoureux l'avait appelé pour acheter des drogues et qu'il était allé chercher M. Thielen avant le meurtre :

[TRADUCTION]

- | | | | |
|-----------|--|---------------|---|
| Bradshaw: | . . . Before I picked you up. I think you were just getting ready weren't you? | M. Bradshaw : | . . . Avant que je vienne te chercher. Je pense que t'étais en train de te préparer, non? |
| Thielen: | Yeah, well we didn't- | M. Thielen : | Ouais, en fait, on n'avait- |
| Bradshaw: | . . . | M. Bradshaw : | . . . |
| Thielen: | -really hatch a plan. | M. Thielen : | -pas vraiment de plan. |
| Bradshaw: | . . . | M. Bradshaw : | . . . |
| Thielen: | We didn't really have that one planned did we? It was just kinda on a whim remember? | M. Thielen : | On n'avait pas vraiment planifié celui-là, non? C'était plus comme un coup de tête, tu t'en souviens? |
| Bradshaw: | Maybe- | M. Bradshaw : | Peut-être- |
| Thielen: | You went- | M. Thielen : | T'es allé |
| Bradshaw: | <u>-and she called me-</u> | M. Bradshaw : | <u>-et elle m'a appelé-</u> |
| Thielen: | -you went, you went and sold her dope and then she wanted to trade it back. | M. Thielen : | -t'es allé, t'es allé et tu lui as vendu la drogue et après, elle voulait l'échanger. |
| Bradshaw: | <u>Yeah.</u> | M. Bradshaw : | <u>Ouais.</u> |

Thielen: And then, 'cause I wasn't with you went and met her and you picked me up from somewhere out in the area.

Bradshaw: Okay. [Emphasis added.]

(A.R., vol. XII, at pp. 60-61)

This was consistent with Mr. Thielen's re-enactment. It was also corroborated by logs on Ms. Lamoureux's phone, which was recovered from the crime scene and showed several calls with Mr. Bradshaw immediately prior to the murder.

[142] Mr. Bradshaw implicated himself in the murder of Mr. Bontkes as well. He described how he and Mr. Thielen had worn gloves and waited for Michelle Motola (Mr. Bradshaw's then girlfriend) to drive up with Mr. Bontkes, which corresponds with Mr. Thielen's re-enactment. He also told Mr. Thielen that Ms. Motola did not see who shot Mr. Bontkes. Ms. Motola thought the shooter was Mr. Thielen, when in fact it was Mr. Bradshaw:

Thielen: On the second one, did we touch the van?

Bradshaw: No, we had gloves on the whole time.

Thielen: 'Kay.

Bradshaw: As soon as got out of the car, gloves. And then we pulled the piece out. Cleaned all the shells off. Put every thing back together and waited. And then there's fuckin' . . .

Thielen: But Michelle didn't do the last . . . did she?

Bradshaw: She was there, but she didn't see shit. She didn't see what happened, she thought it was you. She didn't even know it was me.

Thielen: Okay.

M. Thielen : Puis alors, parce que j'étais pas avec, t'es allé là-bas pour la rencontrer puis t'es venu me chercher quelque part pas loin.

M. Bradshaw : Ok. [Je souligne.]

(d.a., vol. XII, p. 60-61)

Cette conversation concorde avec la reconstitution de M. Thielen. Elle a également été corroborée par l'historique des appels de M^{me} Lamoureux sur son téléphone, qui a été récupéré sur les lieux du crime et qui indiquait qu'elle avait parlé plusieurs fois à M. Bradshaw immédiatement avant le meurtre.

[142] M. Bradshaw a également admis sa participation au meurtre de M. Bontkes. Il a expliqué que M. Thielen et lui avaient porté des gants et avaient attendu que Michelle Motola (la petite amie de M. Bradshaw à l'époque) arrive en voiture avec M. Bontkes, ce qui correspond à la reconstitution de M. Thielen. Il a également dit à M. Thielen que M^{me} Motola n'avait pas vu qui avait tiré sur M. Bontkes. M^{me} Motola pensait que le tireur était M. Thielen, alors qu'en réalité, il s'agissait de M. Bradshaw :

[TRADUCTION]

M. Thielen : Pour le deuxième, est-ce qu'on a touché à la fourgonnette?

M. Bradshaw : Non, on avait des gants tout le long.

M. Thielen : Ok.

M. Bradshaw : Dès qu'on est sorti de l'auto, gants. Puis après, on a sorti le morceau. On a enlevé toutes les balles. On a tout rangé puis on a attendu. Puis après il y a . . .

M. Thielen : Mais Michelle n'a rien fait au dernier [. . .] non?

M. Bradshaw : Elle était là, mais elle n'a rien vu. Elle n'a rien vu de ce qui s'est passé, elle pensait que c'était toi. Elle savait même pas que c'était moi.

M. Thielen : Ok.

Bradshaw: So, she's fuckin', even if she wanted to, she couldn't even tell it straight, because of that advantage because she was (smacking sound) we were over here, right? She's sitting her like this and this . . . everything's going on over here. She doesn't know. She doesn't know anything for sure. [Emphasis added.]

(A.R., vol. XII, at pp. 52-53)

[143] Mr. Bradshaw also discussed their actions after the murders:

Thielen: Where were we before that? Where were we after that?

Bradshaw: My house.

Thielen: And before, at your house, right?

Bradshaw: All my house.

Thielen: Both times?

Bradshaw: Both. Before and after. We stashed the thing in my house, took all the shit, you fuckin' left with it. You walked over to the fuckin' . . .

Thielen: And then I came back and got it later.

Bradshaw: Yeah.

Thielen: . . . got rid of it, right?

Bradshaw: . . . the pieces that were missing were my shoes and I burned them personally. [Emphasis added.]

(A.R., vol. XII, at p. 53)

[144] Finally, the two discussed the investigations and potential sources of evidence regarding the two murders:

Thielen: Have you talked to anybody about it?

M. Bradshaw : Fait que, même si elle voulait, elle pourrait même pas le raconter comme il faut, à cause de cet avantage, parce qu'elle était (son de gifle) on était par là, pas vrai? Elle était assise là comme ça et ça . . . puis tout s'est passé là-bas. Elle ne sait pas. Elle ne sait rien c'est certain. [Je souligne.]

(d.a., vol. XII, p. 52-53)

[143] M. Bradshaw a également discuté de ce qu'ils ont fait après les meurtres :

[TRADUCTION]

M. Thielen : On était où avant ça? On était où après ça?

M. Bradshaw : Chez moi.

M. Thielen : Puis avant, chez toi, oui?

M. Bradshaw : Chez moi tout le temps.

M. Thielen : Les deux fois?

M. Bradshaw : Oui. Avant pis après. On a caché le truc chez moi, on a pris toutes nos affaires, puis t'es parti avec. Tu as marché jusqu'au . . .

M. Thielen : Puis après je suis revenu et je les ai ramassées.

M. Bradshaw : Ouais.

M. Thielen : . . . m'en suis débarrassé, non?

M. Bradshaw : . . . il manquait mes souliers, et je les ai brûlés moi-même. [Je souligne.]

(d.a., vol. XII, p. 53)

[144] Enfin, ils ont tous deux discuté des enquêtes et des sources potentielles de preuve concernant les deux meurtres :

[TRADUCTION]

M. Thielen : As-tu parlé de ça à quelqu'un?

- Bradshaw: Nah. M. Bradshaw : Non.
- Thielen: Nobody? M. Thielen : Personne?
- Bradshaw: Nothing. M. Bradshaw : Rien.
- Thielen: Just absolutely nobody, so if- M. Thielen : Absolument personne, alors si-
- Bradshaw: No. M. Bradshaw : Non.
- Thielen: -it's anybody yapping their gums it's Michelle? M. Thielen : -si quelqu'un jacasse, c'est Michelle?
- Bradshaw: That's it. But people have been saying that I killed Double 'D' since it happened. M. Bradshaw : C'est ça. Mais les gens disent que j'ai tué Double « D » depuis que c'est arrivé.
- Thielen: I know, I know, I've been- M. Thielen : Je sais, je sais, j'ai-
- Bradshaw: . . . M. Bradshaw : . . .
- Thielen: -hearing so many things, I heard- M. Thielen : -entendu tellement d'affaires, j'ai entendu-
- Bradshaw: . . . M. Bradshaw : . . .
- Thielen: -stories about it in jail. M. Thielen : -des histoires à propos de ça en prison.
- Bradshaw: -about me, blah, blah, blah. Fuckin' everybody's saying . . . whatever, that's hearsay. That doesn't make a fuckin' difference . . . to nothing . . . anyone that even has a half fuckin' I know, is Michelle. The only one. Because she knows for a fact who was there, that's it. And it can only be one or the other. M. Bradshaw : -à propos de moi, bla bla bla. Tout le monde en parle . . . peu importe, c'est du oui-dire. Ça ne fait aucune différence . . . à rien . . . si quelqu'un sait quelque chose, c'est Michelle. La seule. Parce qu'elle sait pour sûr qui était là, c'est tout. Puis ça peut juste être l'un ou l'autre.
- Thielen: On the one, on the one, that's it. M. Thielen : Sur celui-là, sur celui-là, c'est tout.
- Bradshaw: Yeah, only on that one. Right? She doesn't know shit about the first one. M. Bradshaw : Oui, juste celui-là. Non? Elle sait absolument rien du premier.
- Thielen: And so after both of them we went to your house? M. Thielen : Puis après les deux, on est allés chez toi?
- Bradshaw: Uh-hm. No, not after the first one. M. Bradshaw : Hu-hum. Non, pas après le premier.
- Thielen: Where'd we go? M. Thielen : On est allés où?
- Bradshaw: I think we went to your house after the first one. M. Bradshaw : Je pense qu'on est allés chez toi après le premier.
- Thielen: And you just dropped me off? And you kept goin' on right? M. Thielen : Puis tu m'as juste déposé? T'as continué ton chemin, non?

Bradshaw:	<u>I think I was working.</u>	M. Bradshaw :	<u>Je pense que je travaillais.</u>
Thielen:	Yeah.	M. Thielen :	Ouais.
Bradshaw:	Yeah.	M. Bradshaw :	Ouais.
Thielen:	Okay. So, we're not gonna say nothing about this? Not gonna talk to nobody about this?	M. Thielen :	Ok. Alors on ne va rien dire à propos de ça? On ne va en parler à personne?
Bradshaw:	I'm not sweating it to be honest. [Emphasis added.]	M. Bradshaw :	Je ne m'en fais pas, à vrai dire. [Je souligne.]

(A.R., vol. XII, at pp. 55-56)

(d.a., vol. XII, p. 55-56)

(ii) The July 23, 2010 Conversation

(ii) La conversation du 23 juillet 2010

[145] The second conversation took place two days later at Bothwell Park on July 23, 2010. Undercover officers posing as members of a criminal organization again instructed Mr. Thielen that he needed to speak to Mr. Bradshaw about the murders, particularly with respect to a “dry run” that had preceded the murder of Mr. Bontkes. This dry run involved Ms. Motola picking up Mr. Bontkes and taking him for a drive, while Mr. Bradshaw pretended to be unconscious in the back seat and Mr. Thielen hid under a jacket across the back seat floor with a firearm. The plan to kill Mr. Bontkes on that occasion failed because, in Mr. Bradshaw’s words, “[i]t was my fault ‘cause I was supposed to string him up and then you were supposed to put the bitch on him And I didn’t do that” (the “bitch” being the gun they had at the time) (A.R., vol. XII, at p. 76).

[145] La deuxième conversation a eu lieu au parc Bothwell deux jours plus tard, le 23 juillet 2010. Des agents banalisés se faisant passer pour des membres d’une organisation criminelle ont encore une fois demandé à M. Thielen de discuter des meurtres avec M. Bradshaw, particulièrement d’un essai à blanc qui a précédé le meurtre de M. Bontkes. Lors de cet essai, M^{me} Motola est passée prendre M. Bontkes et l’a amené faire une promenade en voiture, pendant que M. Bradshaw faisait semblant d’être inconscient sur la banquette arrière et que M. Thielen était caché par terre sous un manteau devant la banquette arrière avec une arme à feu. Le projet de tuer M. Bontkes à cette occasion a échoué parce que, comme l’a dit M. Bradshaw : [TRADUCTION] « C’était ma faute parce que j’étais supposé l’attacher pis après t’étais censé lui donner la chienne. [. . .] Et je ne l’ai pas fait » (la « chienne » étant l’arme à feu en leur possession à ce moment-là) (d.a., vol. XII, p. 76).

[146] Because this conversation centres more on the dry run of the murder of Mr. Bontkes, it is somewhat less compelling in corroborating Mr. Bradshaw’s involvement in the actual murders than the hotel conversation. Nevertheless, Mr. Bradshaw’s admitted participation in the dry run strongly supports his motive for the killing of Mr. Bontkes. In addition, Mr. Bradshaw did refer to the murders themselves, mentioning the ongoing police investigation and suggesting that if the police had any evidence, they would have already acted:

[146] Comme cette conversation porte davantage sur la tentative de meurtre de M. Bontkes, elle est moins convaincante que la conversation à l’hôtel pour corroborer la participation de M. Bradshaw aux meurtres eux-mêmes. Quoiqu’il en soit, la participation, admise par M. Bradshaw, à la tentative indique amplement son motif pour le meurtre de M. Bontkes. De plus, M. Bradshaw a fait référence aux meurtres mêmes, en parlant de l’enquête policière en cours et en supposant que si les policiers possédaient des éléments de preuve, ils auraient déjà agi :

[TRADUCTION]

- Thielen: So, I just, I'm trying to go through everything because how much dope I was on back then, I'm so fuzzy with a lot of shit, man. I thought I was-
- Bradshaw: Even better.
- Thielen: No, it's not even better because I-
- Bradshaw: Why?
- Thielen: -I'm goin' through stuff . . . trying to figure out what the hell needs to be fixed here. So we don't get popped, right.
- Bradshaw: You could fly through a polygraph on that. If you don't know . . .
- Thielen: Yeah, I would never, I would never do a polygraph in my life, obviously I'm uh, I'm just trying to figure what is missing and what can be put against us, right, so that we-
- Bradshaw: Honestly, like I said I think as long as . . . I think the, the rest of it is fuckin' snap shut tight. I think if there was anything left it would have already been done immediately. They wouldn't have waited so long, they're, they're playing the drum, that's all they're doin'. [Emphasis added.]
- M. Thielen : Alors, j'essaie juste, j'essaie de me rappeler de tout, parce que j'étais tellement drogué dans le temps, je suis tout embrouillé, mon gars. Je pensais que j'étais-
- M. Bradshaw : Encore mieux.
- M. Thielen : Non, c'est pas encore mieux, parce que je-
- M. Bradshaw : Pourquoi?
- M. Thielen : -Je repasse les événements . . . j'essaie de comprendre ce qui doit être réglé. Pour pas qu'on se fasse prendre, tu comprends.
- M. Bradshaw : Tu pourrais passer un polygraphe là-dessus sans problème. Si tu sais pas . . .
- M. Thielen : Oui, je passerais jamais, je passerais jamais un polygraphe de ma vie, évidemment, je uh, j'essaie juste de comprendre ce qui manque et ce qu'on pourrait prouver contre nous, tu sais, pour qu'on-
- M. Bradshaw : Honnêtement, comme j'ai dit, en autant que . . . Je pense que le, pour le reste, il n'y a absolument rien. Je pense que s'il restait quelque chose, ça aurait déjà été fait immédiatement. Ils n'auraient pas attendu si longtemps, ils battent le tambour, c'est tout ce qu'ils font. [Je souligne.]

(A.R., vol. XII, at p. 80)

[147] Mr. Bradshaw later added that no one would have seen Ms. Motola pick up Mr. Bontkes prior to the murder and the only witnesses who could have seen them on the night of Mr. Bontkes's murder was a construction crew they drove past after the murder took place:

Bradshaw: And when she went to go see him, it was just her and then you, so . . . no

(d.a., vol. XII, p. 80)

[147] M. Bradshaw a ajouté plus tard que personne n'aurait vu M^{me} Motola passer prendre M. Bontkes avant le meurtre et que les seuls témoins qui auraient pu les voir la nuit du meurtre de M. Bontkes étaient les membres d'une équipe de construction devant laquelle ils sont passés après le meurtre :

[TRADUCTION]

M. Bradshaw : Et quand elle est allée le voir, il y avait juste elle et ensuite toi, alors . . .

	<u>other eyeballs on that one, the only other thing, the only other people that saw us together was a construction crew.</u>		<u>personne d'autre n'a été témoin, la seule autre chose, les seules personnes qui nous ont vus ensemble étaient les membres de l'équipe de construction.</u>
Thielen:	What construction crew?	M. Thielen :	Quelle équipe de construction?
Bradshaw:	Construction crew . . . remember that? You went south on 192, down to 32.	M. Bradshaw :	L'équipe de construction . . . tu t'en souviens? T'es allé au sud sur la 192, jusqu'à la 32.
Thielen:	And there was a construction crew there?	M. Thielen :	Et y'avait une équipe de construction là?
Bradshaw:	There was a construction worker on 32. We came across 32, hit 176, came up 176 and the car died. Remember?	M. Bradshaw :	Y'avait un travailleur de la construction sur la 32. On a traversé la 32, on a pris la 176 puis la voiture s'est arrêtée. Tu t'en souviens?
Thielen:	On that day?	M. Thielen :	Ce jour-là?
Bradshaw:	. . . that was that night.	M. Bradshaw :	. . . c'était cette nuit-là.
Thielen:	No that was the night it all went down. We left and . . . phone call . . . someone . . . sources . . . fuck off. Um . . .	M. Thielen :	Non, ça c'était la nuit où tout s'est passé. On est partis puis . . . appel . . . quelqu'un . . . sources . . . tant pis. Hum . . .
Bradshaw:	<u>Personally, I think, like I said, I think it's fuckin' smooth. You know if I didn't even know you guys at that time, you know, we met at the bar talking maybe a month or so later, whatever. You know, everybody's fuzzy enough . . . no one can say for sure, right. That's what I'm talking about. (Chuckles) You know, especially with her. [Emphasis added.]</u>	M. Bradshaw :	<u>Personnellement, je pense, comme j'ai dit, je pense qu'on est bien corrects. Tu sais, si je vous avais pas connu à ce moment-là, tu sais, on s'est rencontrés au bar et on s'est parlé environ un mois plus tard, peu importe. Tu sais, tout le monde est pas mal confus . . . personne ne sait pour sûr. C'est ce que je dis. (Petits rires) Tu sais, surtout avec elle. [Je souligne.]</u>

(A.R., vol. XII, at p. 82)

It is apparent that “her” referred to Ms. Motola — who was also present for the killing of Mr. Bontkes — as the two went on to discuss how the police had approached her. The police investigation also confirmed that a construction crew was working in the area at the relevant time.

[148] Reading these two conversations in their entirety, there can be no doubt that Mr. Thielen and Mr. Bradshaw were implicitly — and at times

(d.a., vol. XII, p. 82)

De toute évidence, « elle » fait référence à M^{me} Motola — qui était également présente lors du meurtre de M. Bontkes — alors que les deux ont ensuite discuté de la façon dont les policiers l'avaient abordée. L'enquête policière a également confirmé qu'une équipe de construction travaillait dans le secteur au moment des faits.

[148] À la lecture de ces deux conversations dans leur intégralité, il ne fait aucun doute que MM. Thielen et Bradshaw discutaient implicitement, et parfois

overtly — discussing their joint involvement in the two murders. This provides powerful corroborative evidence that significantly enhances the substantive reliability of the re-enactment by alleviating concerns about Mr. Thielen’s sincerity.

[149] For my colleague, however, these conversations provide “no assistance” in establishing substantive reliability (para. 84) — a remarkable proposition that no one advanced in the proceedings below or before this Court. In her view, Mr. Thielen’s truthfulness is not the only likely explanation for the conversations — a conclusion which rests squarely on her second-guessing the trial judge’s factual assessment of the conversations and speculating about “outside influence” as a “possible explanation” for them (para. 84).

[150] My colleague makes two points in this regard. First, she maintains that the trial judge did not account for the reduced reliability of Mr. Bradshaw’s statements because they were “collected in a Mr. Big operation” (para. 78). With respect, calling these “Mr. Big” statements is a misnomer. Mr. Bradshaw was not the subject of the Mr. Big operation. He believed he was speaking to an accomplice, not to a member of a criminal organization in circumstances involving the type of inducements or implied threats that characterize Mr. Big operations: *Hart*, at paras. 5 and 58-60. The rationales for exercising special caution with Mr. Big confessions therefore simply do not apply. On the contrary, I agree with the trial judge that the fact that these conversations were surreptitiously recorded while both Mr. Thielen and Mr. Bradshaw believed they were privately discussing the details of the murders, as accomplices, significantly enhanced their reliability (ruling on *voir dire* No. 1, 2012 BCSC 2025, at para. 44 (CanLII)). Any motive for Mr. Bradshaw to falsely implicate himself in such circumstances is mere fancy.

ouvertement, de leur participation conjointe aux deux meurtres. Il s’agit là d’une preuve corroborante convaincante qui renforce de manière significative la fiabilité substantielle de la reconstitution en atténuant les préoccupations au sujet de la sincérité de M. Thielen.

[149] Pour ma collègue, cependant, ces conversations ne sont « d’aucune utilité » pour établir la fiabilité substantielle (par. 84) — une proposition remarquable que personne n’a fait valoir devant les tribunaux inférieurs ou devant notre Cour. Selon elle, la sincérité de M. Thielen n’est pas la seule explication plausible de ces conversations — une conclusion qui repose clairement sur le fait que ma collègue remet en question l’appréciation factuelle des conversations par le juge du procès et qu’elle spéculé au sujet d’une « influence extérieure » qui serait une « explication possible » pour ces conversations (par. 84).

[150] Ma collègue fait deux observations à cet égard. Premièrement, elle soutient que le juge du procès n’a pas tenu compte du fait que les déclarations de M. Bradshaw étaient moins fiables parce qu’elles ont été « recueillies dans le cadre d’une opération Monsieur Big » (par. 78). À mon avis, il n’est pas juste de les qualifier de déclarations « issues d’une opération Monsieur Big ». M. Bradshaw n’était pas l’objet de l’opération Monsieur Big. Il croyait parler à un complice, et non à un membre d’une organisation criminelle dans des circonstances faisant intervenir le genre d’incitatifs ou de menaces implicites qui caractérisent les opérations Monsieur Big : *Hart*, par. 5 et 58-60. Par conséquent, les raisons justifiant que l’on fasse preuve d’une plus grande prudence à l’égard des aveux issus d’une opération Monsieur Big ne s’appliquent tout simplement pas. Au contraire, je suis d’accord avec le juge du procès pour dire que le fait que ces conversations aient été enregistrées furtivement alors que MM. Thielen et Bradshaw croyaient tous deux qu’ils discutaient en privé des détails des meurtres, à titre de complices, renforce de manière significative leur fiabilité (décision relative au voir-dire n° 1, 2012 BCSC 2025, par. 44 (CanLII)). Tout motif que M. Bradshaw aurait pu avoir pour mentir sur son implication dans ces circonstances tient de la fantaisie.

[151] Second, my colleague expresses concern that “the initial part [the first eight minutes] of the Best Western conversation was inaudible because Thielen and Bradshaw were in the bathroom and a tap was running” (para. 80). In her opinion, this raises questions about the trustworthiness of the recording.

[152] I disagree. Neither individual knew that they were being recorded. It stretches the bounds of credulity and common sense to think that this initial part of the conversation could explain away the incriminating admissions made by Mr. Bradshaw in the audible part of the conversation. How one could reasonably infer that during these eight minutes, Mr. Bradshaw may have been influenced and prepared to falsely recite his participation in the two murders escapes me. It is clear from the transcript that Mr. Bradshaw was, at times, leading the conversation and volunteering details about the murders without any prompting on Mr. Thielen’s part. Unlike my colleague, I do not believe it is appropriate to consider Mr. Bradshaw’s trial testimony — that, during these eight minutes, Mr. Thielen asked him to pretend that he had been involved in the murders — in assessing the substantive reliability of the re-enactment. Mr. Bradshaw testified after the re-enactment was admitted and therefore his testimony was not before the trial judge at the time of his ruling. Furthermore, the jury clearly rejected Mr. Bradshaw’s testimony that he was lying about his involvement in the murders at Mr. Thielen’s request.

[153] If these conversations do not qualify as corroborative evidence supporting a hearsay statement’s substantive reliability, then I am at a loss to know what would. Even on the basis of my colleague’s restrictive test, they clearly qualify. The only plausible — and certainly the “only likely” — explanation for Mr. Bradshaw’s admissions was that he participated in the two murders. It follows, in my view, that the trial judge did not err in relying on Mr. Bradshaw’s admissions as powerful corroboration of the truthfulness of Mr. Thielen’s re-enactment.

[151] Deuxièmement, ma collègue se dit préoccupée par le fait que « la première partie [les huit premières minutes] de la conversation à l’hôtel Best Western était inaudible parce que MM. Thielen et Bradshaw se trouvaient dans la salle de bain et que l’eau du robinet coulait » (par. 80). Selon elle, cela soulève des questions concernant le caractère digne de foi de l’enregistrement.

[152] Je ne suis pas d’accord. Ni l’un ni l’autre ne savaient qu’ils étaient enregistrés. C’est forcer les limites de la crédulité et du bon sens de penser que cette première partie de la conversation pourrait réfuter les aveux incriminants faits par M. Bradshaw dans la partie audible de la conversation. Je ne sais pas comment on pourrait déduire que durant ces huit minutes, M. Bradshaw puisse avoir été influencé et préparé à mentir en racontant sa participation aux deux meurtres. Il appert clairement de la transcription que parfois, M. Bradshaw menait la conversation et détaillait volontairement les meurtres sans que M. Thielen l’incite à le faire. Contrairement à ma collègue, je ne crois pas qu’il convienne de tenir compte du témoignage de M. Bradshaw au procès — selon lequel, durant ces huit minutes, M. Thielen lui a demandé de faire semblant qu’il avait participé aux meurtres — dans l’appréciation de la fiabilité substantielle de la reconstitution. M. Bradshaw a témoigné après l’admission en preuve de la reconstitution et, par conséquent, le juge du procès ne disposait pas du témoignage de M. Bradshaw au moment où il a rendu sa décision. De plus, le jury a clairement rejeté le témoignage de M. Bradshaw selon lequel il aurait menti au sujet de sa participation aux meurtres à la demande de M. Thielen.

[153] Si l’on ne peut pas dire que ces conversations corroborent la fiabilité substantielle d’une déclaration relatée, je ne sais vraiment pas ce qui pourrait le faire. Même sur le fondement du critère restrictif de ma collègue, ces conversations constituent clairement une preuve corroborante. La seule explication plausible des aveux de M. Bradshaw — et certainement la « seule explication probable » — était qu’il avait participé aux deux meurtres. Il s’ensuit, à mon avis, que le juge du procès n’a pas commis d’erreur en considérant que les aveux de M. Bradshaw corroboraient fortement la véracité de la reconstitution faite par M. Thielen.

(b) *The Circumstantial Evidence Implicating Mr. Bradshaw in the Murders*

[154] The Crown also led circumstantial evidence implicating Mr. Bradshaw in the murders.

[155] Indeed, there are telephone records that connect Mr. Bradshaw to both murders on the nights in question. These records establish a number of calls between Mr. Bradshaw and Ms. Lamoureux on the night she was murdered. Several of these calls took place immediately prior to the murder. This corroborates Mr. Thielen’s account of Mr. Bradshaw luring her into a set-up under the ruse of a drug transaction before Mr. Thielen shot her.

[156] Similarly, on the night Mr. Bontkes was killed, telephone records show a number of calls between Mr. Bradshaw and Mr. Thielen, Mr. Thielen and Ms. Motola, and Ms. Motola and Mr. Bontkes — which was the last call registered on Mr. Bontkes’s cell phone. This is consistent with Mr. Thielen’s account that all three of them participated in the killing.

(c) *The Forensic Evidence From the Crime Scenes Investigation*

[157] In my view, forensic evidence from the crime scenes investigation, which corroborates the details of Mr. Thielen’s description of the murders, provides additional support for the trustworthiness of the re-enactment. The trial judge noted that this forensic evidence included: “. . . where and how the shootings occurred, the number of shots fired, the fact the same gun was used, the positioning of the bodies of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes, the presence and position of the van at High Knoll Park . . .” (ruling on *voir dire* No. 1, at para 45).

[158] This evidence responds to the memory and perception concerns raised by defence counsel. It

b) *Les éléments de preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres*

[154] Le ministère public a également produit des éléments de preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres.

[155] En effet, il existe des relevés téléphoniques qui relient M. Bradshaw aux deux meurtres durant les nuits en question. Ces relevés démontrent que M. Bradshaw et M^{me} Lamoureux se sont téléphoné plusieurs fois la nuit où elle a été assassinée. Plusieurs de ces appels ont eu lieu immédiatement avant le meurtre. Cela corrobore le récit de M. Thielen selon lequel M. Bradshaw aurait tendu un piège à M^{me} Lamoureux au moyen d’une transaction de drogues avant que M. Thielen ne l’abatte.

[156] De même, la nuit où M. Bontkes a été assassiné, les relevés téléphoniques montrent plusieurs appels entre MM. Bradshaw et Thielen, entre M. Thielen et M^{me} Motola et entre M^{me} Motola et M. Bontkes — qui a été le dernier appel enregistré sur le téléphone cellulaire de M. Bontkes. Ces appels concordent avec le récit de M. Thielen selon lequel tous les trois ont participé au meurtre.

c) *Les éléments de preuve médico-légaux recueillis lors de l’enquête sur les lieux des crimes*

[157] À mon sens, les éléments de preuve médico-légaux recueillis lors de l’enquête sur les lieux des crimes, qui corroborent les détails de la description des meurtres faite par M. Thielen, appuient eux aussi le caractère digne de foi de la reconstitution. Le juge du procès a signalé que les éléments de preuve médico-légaux comprenaient : [TRADUCTION] « . . . l’endroit où la fusillade a eu lieu et la façon dont elle s’est déroulée, le nombre de coups de feu tirés, le fait que la même arme à feu a été utilisée, la position des corps de M^{me} Lamoureux et de M. Bontkes, la présence de la fourgonnette au parc High Knoll et l’endroit où elle était située . . . » (décision relative au voir-dire n° 1, par. 45).

[158] Ces éléments de preuve répondent aux préoccupations soulevées par l’avocat de la défense

alleviated the risk that Mr. Thielen's drug abuse and/or the passage of time made his account inaccurate.

[159] In my view, this evidence also addressed Mr. Thielen's overall sincerity. Assessing a declarant's sincerity in a hearsay statement, like assessing the credibility of a witness, is not a mathematical exercise. Where extrinsic evidence corroborates or contradicts the contents of a statement, this affects the statement's overall reliability. If the details of Mr. Thielen's account were belied by the forensic evidence, this would cast further doubt on his sincerity. On the other hand, the corroboration of the details of his account by forensic evidence enhances the substantive reliability of the re-enactment.

[160] I acknowledge that in view of Mr. Thielen's status as an accomplice, the forensic evidence is not as compelling in this case as the corroborative evidence which directly implicated Mr. Bradshaw in the murders: see *Youvarajah*, at para. 62; *R. v. Smith*, 2009 SCC 5, [2009] 1 S.C.R. 146, at para. 15. However, I agree with counsel for the intervener British Columbia Civil Liberties Association that this forensic evidence is relevant and should not be taken off the table.

(2) The Circumstances of the Re-enactment

[161] Beyond the powerful corroborative evidence, there are also other features of the re-enactment that enhance its substantive reliability. The statement was voluntary and detailed, and it was provided after Mr. Thielen received legal advice. It was also delivered in a free-flowing narrative, without any leading questions from the police (ruling on *voir dire* No. 1, at paras. 40-41). Although not under oath, it was made to police officers while Mr. Thielen was under arrest in circumstances which, viewed objectively, would have underscored the importance of telling the truth: *B. (K.G.)*, at p. 792; *R. v. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328, at para. 45.

quant à la mémoire et à la perception. Ils atténuent le risque que la consommation de drogue de M. Thielen ou le passage du temps aient rendu sa version inexacte.

[159] À mon avis, ces éléments de preuve portaient également sur la sincérité de M. Thielen dans son ensemble. L'évaluation de la sincérité du déclarant dans une déclaration relatée, tout comme l'évaluation de la crédibilité d'un témoin, ne constitue pas un exercice mathématique. La preuve extrinsèque qui corrobore ou contredit le contenu d'une déclaration a une incidence sur la fiabilité globale de la déclaration. Si les détails du récit de M. Thielen étaient démentis par la preuve médico-légale, cela fournirait une raison supplémentaire de douter de sa sincérité. Par contre, la corroboration des détails de son récit par la preuve médico-légale renforce la fiabilité substantielle de la reconstitution.

[160] Je reconnais que compte tenu de la qualité de complice de M. Thielen, la preuve médico-légale n'est pas aussi convaincante en l'espèce que la preuve corroborante qui a impliqué directement M. Bradshaw dans les meurtres : voir *Youvarajah*, par. 62; *R. c. Smith*, 2009 CSC 5, [2009] 1 R.C.S. 146, par. 15. Toutefois, je suis d'accord avec l'avocat de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association pour dire que cette preuve médico-légale est pertinente et ne devrait pas être écartée.

(2) Les circonstances de la reconstitution

[161] Hormis la preuve corroborante convaincante, d'autres caractéristiques de la reconstitution renforcent sa fiabilité substantielle. La déclaration était volontaire et détaillée, et M. Thielen a reçu des conseils juridiques avant de la faire. Elle a également été rendue dans une narration fluide, sans questions suggestives de la part des policiers (décision relative au *voir-dire* n° 1, par. 40-41). Bien que M. Thielen n'était pas assermenté, il a fait sa déclaration à des policiers alors qu'il se trouvait en état d'arrestation dans des circonstances qui, considérées objectivement, auraient souligné l'importance de dire la vérité : *B. (K.G.)*, p. 792; *R. c. Adjei*, 2013 ONCA 512, 309 O.A.C. 328, par. 45.

[162] In addition, Mr. Thielen’s motives for participating in the re-enactment with police were important to consider because of the concerns regarding his sincerity. As recognized by this Court in *Blackman*, at para. 42:

There is no doubt that the presence or absence of a motive to lie is a relevant consideration in assessing whether the circumstances in which the statements came about provide sufficient comfort in their truth and accuracy to warrant admission. It is important to keep in mind, however, that motive is but one factor to consider in the determining of threshold reliability, albeit one which may be significant depending on the circumstances. The focus of the admissibility inquiry in all cases must be, not on the presence or absence of motive, but on the particular dangers arising from the hearsay nature of the evidence. [Emphasis added.]

[163] In my view, the fact that Mr. Thielen’s re-enactment went against his own interests is significant in this regard. It directly implicated him in both murders and could be used to incriminate him. It also implicated Ms. Motola, whom he considered to be a “sister”. Moreover, he was aware that, in re-enacting the two murders for the police, he was putting himself at risk in the prison system: “. . . what I’m asked to do here is take the biggest step of my life and bring down a whole bunch of people and you know what else, that’s gonna put me at risk for the rest of my life” (A.R., vol. XV, at p. 169). Given the unlikelihood that Mr. Thielen would willingly make a false statement prejudicial to his own interests, this provides further support that the re-enactment is trustworthy.

[164] My colleague takes a different view of Mr. Thielen’s motivations for re-enacting the murders. She asserts that Mr. Thielen’s statement was not actually made against his interests because he had previously incriminated himself to police and in the Mr. Big operation. She also takes the position that Mr. Thielen had a “significant motive to lie” to gain “the opportunity of reduced criminal liability”, citing the fact that he pled guilty to two counts of second degree murder (para. 92).

[162] De plus, il était important d’examiner les motifs qui ont poussé M. Thielen à participer à la reconstitution avec les policiers en raison des préoccupations concernant sa sincérité. Comme l’a reconnu notre Cour au par. 42 de l’arrêt *Blackman* :

Le fait que le déclarant ait ou non un motif pour mentir est sans aucun doute une considération pertinente pour déterminer si les circonstances des déclarations sont suffisamment rassurantes quant à leur véracité et leur exactitude pour que celles-ci soient admises. Il importe toutefois de ne pas perdre de vue que l’existence d’un motif n’est qu’un des facteurs à considérer dans la détermination du seuil de fiabilité, quoique, selon les circonstances, il puisse être important. Lors de l’examen de l’admissibilité, il faut dans tous les cas se concentrer non pas sur la présence ou l’absence de motif, mais sur les dangers particuliers que présente la preuve par ouï-dire. [Je souligne.]

[163] À mon sens, le fait que la reconstitution de M. Thielen allait contre ses propres intérêts est important à cet égard. Elle l’impliquait directement dans les deux meurtres et pouvait servir à l’incriminer. Elle impliquait également M^{me} Motola, qu’il considérait comme une « sœur ». De plus, il savait que, en reconstituant les deux meurtres pour les policiers, il s’exposait à un danger dans le système carcéral : [TRADUCTION] « . . . ce qu’on me demande de faire là c’est de faire le pas le plus important de ma vie et de faire tomber plein de gens et vous savez aussi que ça va mettre ma vie en danger pour le reste de mes jours » (d.a., vol. XV, p. 169). L’improbabilité que M. Thielen fasse volontairement une fausse déclaration préjudiciable à ses propres intérêts renforce l’idée que la reconstitution est digne de foi.

[164] Ma collègue adopte un point de vue différent quant aux motifs qui ont conduit M. Thielen à reconstituer les meurtres. Elle affirme que la déclaration de M. Thielen n’était pas réellement faite contre ses intérêts puisqu’il s’était déjà incriminé dans ses déclarations à la police et dans l’opération Monsieur Big. Elle est également d’avis que M. Thielen avait « une bonne raison de mentir » pour bénéficier « d’une responsabilité criminelle moindre », citant le fait qu’il a plaidé coupable à deux accusations de meurtre au second degré (par. 92).

[165] I disagree with both of these assertions. First, the fact that Mr. Thielen had previously implicated himself in both murders to police does not change the fact that the re-enactment was made against his interests. The police clearly wanted to collect as much information as possible from Mr. Thielen and the re-enactment provided detailed and cogent evidence that could be used against him.

[166] Second, the suggestion that Mr. Thielen was seeking leniency is purely speculative. There is no evidence of any inducements or assurances made by the police prior to Mr. Thielen's re-enactment. Indeed, the police rejected Mr. Thielen's requests to see his girlfriend, receive a name change, and be incarcerated in a faraway prison. The fact that Mr. Thielen ultimately pled guilty to second degree murder does not detract from the reliability of his previously made statement. We have no information to suggest that the plea offer had anything to do with his participation in the re-enactment. Indeed, we do not know if the same plea offer was made to Mr. Bradshaw before his trial.

[167] Furthermore, the theory that Mr. Thielen fabricated Mr. Bradshaw's involvement to shift responsibility away from himself is belied by the facts. Mr. Thielen did not minimize his own role in the killings or shift the primary responsibility to Mr. Bradshaw for the murder of Ms. Lamoureux. Instead, he admitted to pulling the trigger himself. Additionally, in my view, Mr. Thielen's prior statement to Mr. Big on July 21, 2010, in which he implicated Mr. Bradshaw in the murders, rebuts any purported motive on Mr. Thielen's part to fabricate Mr. Bradshaw's involvement during the re-enactment. Mr. Thielen had no motive to lie about Mr. Bradshaw's involvement to Mr. Big. Rather, it was against Mr. Thielen's interest to implicate Mr. Bradshaw when speaking to Mr. Big. At that time, Mr. Thielen believed his role in the organization was in jeopardy because of the ongoing police investigation. This jeopardy was only enhanced by

[165] Je ne puis accepter ces deux affirmations. Premièrement, le fait que M. Thielen avait déjà avoué aux policiers sa participation aux deux meurtres ne change rien au fait que la reconstitution a été faite à l'encontre de ses intérêts. Les policiers voulaient manifestement recueillir le plus de renseignements possible de la part de M. Thielen, et la reconstitution fournissait une preuve détaillée et convaincante qui pouvait être utilisée contre lui.

[166] Deuxièmement, la supposition selon laquelle M. Thielen sollicitait la clémence est purement hypothétique. Rien n'indique que les policiers lui auraient promis des incitatifs ou des garanties avant qu'il ne fasse la reconstitution. En fait, les policiers ont rejeté les demandes de M. Thielen en vue de voir sa petite amie, de changer de nom et d'être incarcéré dans une prison éloignée. Le fait que M. Thielen ait ultimement plaidé coupable de meurtre au second degré ne diminue en rien la fiabilité de sa déclaration antérieure. Nous ne disposons d'aucun renseignement donnant à penser que l'offre d'un plaidoyer de culpabilité ait eu quoi que ce soit à voir avec sa participation à la reconstitution. En fait, nous ne savons pas si M. Bradshaw s'est vu offrir la même occasion de plaider coupable avant son procès.

[167] En outre, les faits contredisent la thèse selon laquelle M. Thielen a inventé l'implication de M. Bradshaw pour se soustraire à la responsabilité des meurtres. M. Thielen n'a pas minimisé son propre rôle dans les meurtres et n'a pas non plus transféré à M. Bradshaw la responsabilité principale pour le meurtre de M^{me} Lamoureux. Il a plutôt admis avoir tiré sur la gâchette lui-même. De plus, à mon sens, la déclaration antérieure que M. Thielen a faite à Monsieur Big le 21 juillet 2010, dans laquelle il a impliqué M. Bradshaw dans les meurtres, réfute tout motif qui aurait pu pousser M. Thielen à inventer la participation de M. Bradshaw durant la reconstitution. M. Thielen n'avait aucune raison de mentir à Monsieur Big au sujet de la participation de M. Bradshaw. En fait, il était contre l'intérêt de M. Thielen d'impliquer M. Bradshaw lorsqu'il parlait à Monsieur Big. À ce moment-là, M. Thielen croyait qu'il risquait d'être

implicating another person in the murders, which could further complicate matters for Mr. Big. Mr. Big repeatedly emphasized that Mr. Thielen had to be honest about the murders to maintain his role in the organization, telling him:

. . . lie to everybody else, but we don't lie to each other here. And uh, and guys that get found out for lying or fuckin' uh, screwing me around are gone. . . .

. . . .

. . . if I find out at anytime as we go along that anything you tell me right now is wrong or it's bullshit or it's a lie, and again I'm not sayin' that it is . . . but I want to be up front . . . then I'm washing my hands of you.

(A.R., vol. XVIII, at pp. 66 and 88-89)

[168] The fact that Mr. Thielen told Mr. Big about Mr. Bradshaw's involvement well before he had any motive to fabricate indicates that he was telling the truth when he re-enacted the two murders for police: see *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272, at para. 5; *Couture*, at paras. 83 and 127-28; *Goodstoney*, at paras. 69-71.

[169] In sum, the substantive reliability of the re-enactment was significantly enhanced by a combination of:

- (1) Extrinsic corroborative evidence, including: surreptitiously recorded conversations of Mr. Bradshaw admitting to his involvement in the two murders; circumstantial evidence implicating Mr. Bradshaw in the murders; and forensic evidence from the crime scenes confirming the details of the murders as described by Mr. Thielen.
- (2) Circumstantial indicia of trustworthiness, including: the fact that the re-enactment was

rejeté par l'organisation en raison de l'enquête policière en cours. Impliquer une autre personne dans les meurtres ne pouvait qu'accroître ce risque, puisque cela aurait pu compliquer les choses davantage pour Monsieur Big. Monsieur Big a souligné maintes fois que M. Thielen devait être honnête au sujet des meurtres pour conserver son rôle dans l'organisation, en lui disant notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . tu peux mentir à n'importe qui d'autre, mais je veux qu'on soit francs l'un envers l'autre. Puis les gars qui se font prendre à mentir ou qui veulent me tromper ne sont plus là. . . .

. . . .

. . . si je me rends compte à un moment donné que ce que tu me dis en ce moment est faux ou que c'est des conneries ou un mensonge, puis je suis pas en train de dire que c'en est [. . .] mais je veux juste être franc [. . .] je veux plus rien savoir de toi.

(d.a., vol. XVIII, p. 66 et 88-89)

[168] Le fait que M. Thielen ait parlé à Monsieur Big de la participation de M. Bradshaw bien avant qu'il n'ait un quelconque motif d'inventer une histoire indique qu'il disait la vérité lorsqu'il a reconstitué les deux meurtres pour les policiers : voir *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272, par. 5; *Couture*, par. 83 et 127-128; *Goodstoney*, par. 69-71.

[169] En somme, la fiabilité substantielle de la reconstitution a été sensiblement renforcée par la combinaison des caractéristiques suivantes :

- (1) La preuve corroborante extrinsèque, y compris des conversations avec M. Bradshaw enregistrées furtivement, dans lesquelles il admet sa participation aux deux meurtres; la preuve circonstancielle impliquant M. Bradshaw dans les meurtres; et des éléments de preuve médico-légaux recueillis sur les lieux des crimes qui confirment la description des meurtres relatée en détail par M. Thielen.
- (2) Des indices circonstanciels de fiabilité, y compris le fait que la reconstitution a été faite

voluntary and free flowing; that it was contrary to Mr. Thielen's interest, in that he did not attempt to shift blame to Mr. Bradshaw but instead implicated himself in two counts of first degree murder; and that Mr. Thielen's alleged motivation to fabricate was rebutted by his prior consistent statement to Mr. Big.

C. The Procedural Reliability of the Re-enactment

[170] In this case, the jury had the benefit of several substitutes for the traditional safeguards relied on for testing evidence. As my colleague acknowledges, the fact the re-enactment was videotaped ensures an accurate record of the statement and enhances the ability of the jury to observe and evaluate it. In addition, the trial judge took a number of steps to ensure the jury was in a position where it could assess and weigh the reliability of the hearsay statement. These safeguards included the following: requiring the Crown to call officers who were present for the re-enactment and prior inconsistent statements so that defence counsel could cross-examine them on any inconsistencies and any reduced plea offers or inducements made to Mr. Thielen; the limited admission of prior inconsistent statements made by Mr. Thielen to help assess his credibility; and wide latitude for defence counsel to discuss Mr. Thielen's possible motives and challenge the ultimate reliability of the re-enactment in closing submissions.

[171] Further, the trial judge provided detailed cautions to help the jury identify and evaluate the strengths and weaknesses of the re-enactment. Before the video re-enactment was played for the jury, the trial judge provided a mid-trial instruction that told the jury the following:

That evidence is hearsay evidence, and is not usually permitted as evidence in a court of law. The reason it is

volontairement et de façon fluide; qu'elle allait à l'encontre des intérêts de M. Thielen en ce qu'il n'a pas tenté de transférer la responsabilité des meurtres à M. Bradshaw mais qu'il s'est plutôt impliqué lui-même dans deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré; et le fait que le motif qui aurait poussé M. Thielen à inventer une histoire a été réfuté par la déclaration antérieure compatible faite à Monsieur Big.

C. La fiabilité d'ordre procédural de la reconstitution

[170] Dans cette affaire, le jury disposait de plusieurs substituts aux garanties traditionnelles sur lesquelles on se fonde pour vérifier la preuve. Comme l'a reconnu ma collègue, le fait que la reconstitution ait été enregistrée sur bande vidéo assure une présentation exacte de la déclaration et permet au jury de mieux l'observer et l'évaluer. De plus, pour s'assurer que le jury soit en mesure d'apprécier et de pondérer la fiabilité de la déclaration relatée, le juge du procès a pris plusieurs mesures, notamment les suivantes : il a exigé du ministère public qu'il cite les agents qui étaient présents pendant la reconstitution et les déclarations antérieures incompatibles afin que l'avocat de la défense puisse les contre-interroger sur toute incohérence et sur toute réduction de peine ou tout incitatif qu'ils auraient pu offrir à M. Thielen; il a admis de façon limitée les déclarations antérieures incompatibles faites par M. Thielen pour aider à évaluer sa crédibilité; et il a accordé à l'avocat de la défense une grande latitude pour exposer les motifs possibles de M. Thielen et pour contester la fiabilité en dernière analyse de la reconstitution dans ses observations finales.

[171] En outre, le juge du procès a fourni des mises en garde détaillées pour aider le jury à identifier et à évaluer les forces et les faiblesses de la reconstitution. Avant de montrer la vidéo de la reconstitution au jury durant le procès, le juge du procès lui a donné les directives suivantes :

[TRADUCTION] Cette preuve est une preuve par ouï-dire, qui n'est habituellement pas admise en preuve dans

not permitted is because the individual who is offering the evidence is not appearing in the witness box, and testifying and subjecting himself to cross-examination, cross-examination which might reveal lies, inconsistencies, motive for making up a story and so forth. So you will need to consider the weight ultimately that you are going to attach to the evidence that you are about to hear this morning.

Now, that is particularly important because in this case, the person who is offering that evidence is subject to a special warning, and you will hear more about this from me in my final instructions to you on the law. Mr. Thielen, you have heard other witnesses testify, is not only an unsavoury character, having regard to his background in drugs and the drug culture in Langley and Surrey. He has been described as an enforcer. He is certainly of unsavoury character in that regard. You have also and will hear -- I think you have heard that he pled guilty to the second degree murder of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes.

You will recall when I gave you some opening instructions, I set out some things you should consider when you decide whether or not to believe a witness. Well, you should consider those things when you assess what Mr. Thielen is about to say. But in addition, I must warn you that you should be extremely cautious in accepting Mr. Thielen's testimony. I must caution you it is dangerous to rely on that testimony alone. The reasons are Mr. Thielen has admitted to participation in the commission of the offence. As I've said, he has an unsavoury reputation. He's admitted and pled guilty to a criminal conviction. Mr. Thielen may well have some motive other than the pursuit of truth. All of these things you will need to consider. [Emphasis added.]

(A.R., vol. VIII, at pp. 2-3)

[172] In the jury charge at the close of trial, the trial judge thoroughly and repeatedly cautioned the jurors about Mr. Thielen's re-enactment and instructed them on how to evaluate it. This included the following key excerpts:

As I explained during in the trial, this evidence [Thielen's re-enactment] was placed before you without the usual testing of evidence by cross-examination, and that you

une cour de justice. Elle n'est pas admise parce que la personne qui produit la preuve ne comparait pas à la barre des témoins, ne témoigne pas et n'est pas soumise à un contre-interrogatoire, un contre-interrogatoire qui pourrait révéler des mensonges, des incohérences, un motif pour inventer une histoire, et ainsi de suite. Vous devrez donc juger du poids que vous allez accorder ultimement à la preuve que vous allez entendre ce matin.

Maintenant, cela est particulièrement important parce que dans le cas qui nous occupe, la personne qui offre ce témoignage fait l'objet d'un avertissement spécial, et je vais vous en parler davantage dans mes directives finales sur le droit. Vous avez entendu d'autres personnes témoigner que M. Thielen n'est pas seulement une personne à l'honnêteté douteuse, compte tenu de ses antécédents de drogues et de la culture de la drogue qui prévaut à Langley et à Surrey. Il a été décrit comme un homme de main. Il est certainement une personne à l'honnêteté douteuse à cet égard. Vous avez également entendu et vous entendrez -- je crois que vous avez entendu qu'il a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au second degré de M^{me} Lamoureux et de M. Bontkes.

Vous vous souviendrez que, lorsque je vous ai donné quelques directives d'ouverture, j'ai énoncé quelques éléments dont vous devriez tenir compte lorsque vous décidez de croire ou non un témoin. En fait, vous devriez tenir compte de ces éléments lorsque vous évalueriez ce que M. Thielen va dire. Mais, de plus, je dois vous dire que vous devrez être extrêmement vigilants avant de prêter foi au témoignage de M. Thielen. Je dois vous avertir qu'il est dangereux de vous fonder sur ce seul témoignage. Il en est ainsi parce que M. Thielen a admis avoir participé à la perpétration de l'infraction. Je le répète, il a une réputation douteuse. Il a avoué un crime pour lequel il a plaidé coupable. Il se peut bien que M. Thielen avait quelque motif autre que la recherche de la vérité. Vous devrez tenir compte de tous ces éléments. [Je souligne.]

(d.a., vol. VIII, p. 2-3)

[172] Dans l'exposé au jury à la fin du procès, le juge du procès a maintes fois expliqué en profondeur aux jurés qu'ils devaient faire preuve de prudence en examinant la reconstitution de M. Thielen. Il leur a également fourni, sur la façon de l'évaluer, des directives reproduites dans les extraits clés suivants :

[TRADUCTION] Comme je l'ai expliqué durant le procès, cette preuve [la reconstitution faite par M. Thielen] vous a été présentée sans que vous puissiez bénéficier du

must therefore be very cautious in determining the reliability of the evidence.

In this case Mr. McMurray was not able to cross-examine Mr. Thielen on the things he said or did in the enactment. He was unable to test Mr. Thielen's memory, credibility, motive of or for the things said and done during the re-enactment. You did not have the opportunity to observe the demeanour of Mr. Thielen in the witness box as he gave his evidence.

Furthermore, the statements Mr. Thielen gave to [Cst. D.] were not given under oath. As a result of all that you should not place the statement of Mr. Thielen on the same footing as the statement of a witness who testifies under oath in the courtroom. You should treat Mr. Thielen's out-of-court statement with special care and, after considering it with all the evidence in this case, give it the weight you think it deserves.

... In addition, however, I must warn you that you should be extremely cautious in accepting some or any of his testimony. It is dangerous for you to rely on his evidence alone. There are a number of grounds upon which you may question whether his evidence is reliable: Thielen admitted he participated in the commission of the two offences with which Mr. Bradshaw is charged. He plead guilty to second degree murder of Ms. Lamoureux and Mr. Bontkes.

Thielen admitted to an extensive history of criminal conduct, including the attempted murder of Sigurdson. He has an unsavoury reputation. He has given prior inconsistent statements, that is, in his statement particularly to [Cpl. G.] on March the 18th, when he said he had not seen Lamoureux for two months; and to [Cst. B.] on the drive from Edmonton to Calgary. Mr. Thielen might have some motive other than the pursuit of truth in giving his testimony.

The last and most important ground is that of course Mr. Thielen's evidence was not tested by cross-examination. A person who participated in the

contre-interrogatoire, soit la façon habituelle de vérifier un témoignage, et vous devez donc être très prudents au moment de déterminer la fiabilité de cette preuve.

En l'espèce, M. McMurray n'a pas été en mesure de contre-interroger M. Thielen sur ce qu'il a dit ou fait dans la reconstitution. Il n'a pas été en mesure de vérifier la mémoire de M. Thielen, sa crédibilité et les motifs qui l'ont poussé à dire et à faire telles ou telles choses durant la reconstitution. Vous n'avez pas eu l'occasion d'observer le comportement de M. Thielen à la barre des témoins lorsqu'il a rendu ce témoignage.

De plus, les déclarations que M. Thielen a faites à [l'agent D.] n'ont pas été faites sous serment. Par conséquent, vous ne devriez pas mettre la déclaration de M. Thielen sur le même pied d'égalité que la déclaration d'un témoin qui témoigne sous serment dans la salle d'audience. Vous devriez traiter la déclaration extrajudiciaire de M. Thielen avec un soin particulier et, après en avoir tenu compte avec l'ensemble de la preuve en l'espèce, lui accorder le poids qu'elle mérite, selon vous.

... De plus, je dois toutefois vous avertir que vous devriez être extrêmement prudents avant de prêter foi à son témoignage ou à une partie de celui-ci. Il est dangereux pour vous de vous fonder sur son seul témoignage. Il existe plusieurs raisons pour lesquelles vous pouvez douter de la fiabilité de son témoignage : M. Thielen a admis avoir participé à la perpétration des deux infractions pour lesquelles M. Bradshaw est accusé. Il s'est reconnu coupable des meurtres au second degré de M^{me} Lamoureux et de M. Bontkes.

M. Thielen a admis avoir de nombreux antécédents criminels, y compris la tentative de meurtre de M. Sigurdson. Il a une réputation douteuse. Il a fait des déclarations antérieures incompatibles, soit particulièrement dans sa déclaration [au caporal G.] le 18 mars, lorsqu'il a affirmé qu'il n'avait pas vu M^{me} Lamoureux depuis deux mois, puis à [l'agent B.] lorsqu'ils sont allés d'Edmonton à Calgary. M. Thielen pourrait avoir donné son témoignage pour quelque motif autre que la recherche de la vérité.

Le dernier motif, et le plus important, est que, bien entendu, le témoignage de M. Thielen n'a pas été vérifié en contre-interrogatoire. Une personne ayant participé à

commission of an offence would be in a particularly good position to concoct a story that falsely implicates the accused. All that person would need to do is tell a truthful story that could be confirmed easily, and falsely add to it an allegation the accused was also a participant.

... In this case Thielen made statements to the police that tend to show Mr. Bradshaw was involved in committing the offences you are trying. You should consider those statements with particular care because Thielen may have been more concerned about protecting himself than about telling the truth. [Emphasis added.]

(A.R., vol. I, at pp. 73, 82-83, 85-86 and 96)

[173] In my view, the opportunity to observe Mr. Thielen in the re-enactment video and the numerous procedural safeguards adopted by the trial judge, including these instructions, placed the jury in a position to identify and critically evaluate each of the frailties of the re-enactment that my colleague identifies. To assume that the jury was incapable of following these instructions and appreciating the frailties of this evidence betrays the time-honoured trust and confidence our justice system places in juries. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, this Court emphasized the need to “trust the good sense of the jury” in determining what evidence it may hear (p. 691). This point was put succinctly by Donald J.A. in *R. v. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219, at para. 41:

Juries are often required to find facts from a melange of evidence. It is not uncommon for cross-examination to use prior statements of several kinds: police statements, testimony given in a previous trial, an inquest or a preliminary inquiry. We have to trust juries to use their common sense in sifting the evidence and to follow the guidance offered by the trial judge. [Emphasis added.]

[174] I share the sentiment expressed by L’Heureux-Dubé J. in dissent in *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at para. 145, that

la perpétration d’une infraction serait particulièrement bien placée pour inventer une histoire qui implique fausement l’accusé. Tout ce que cette personne aurait besoin de faire est de raconter une histoire vraie qui pourrait être confirmée facilement, et y ajouter une fausse allégation selon laquelle l’accusé était aussi un participant.

... Dans cette affaire, M. Thielen a fait à la police des déclarations qui tendent à démontrer que M. Bradshaw a été impliqué dans la perpétration des infractions que vous jugez. Vous devriez traiter ces déclarations avec une prudence particulière, car M. Thielen cherchait peut-être bien plus à se protéger qu’à dire la vérité. [Je souligne.]

(d.a., vol. I, p. 73, 82-83, 85-86 et 96)

[173] À mon avis, la possibilité d’observer M. Thielen dans la vidéo de la reconstitution et les nombreuses garanties procédurales adoptées par le juge du procès, y compris ces directives, ont permis au jury de repérer et d’évaluer d’un œil critique chacune des faiblesses de la reconstitution que signale ma collègue. Supposer que le jury était incapable de suivre ces directives et d’apprécier les faiblesses de cette preuve trahit la confiance que notre système de justice accorde depuis longtemps aux jurés. Dans l’arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, la Cour a souligné l’importance de « s’en remettre au bon sens des jurés » pour déterminer les éléments de preuve dont ils peuvent tenir compte (p. 691). Ce point a été énoncé succinctement par le juge Donald dans l’arrêt *R. c. Carroll*, 1999 BCCA 65, 118 B.C.A.C. 219, par. 41 :

[TRADUCTION] Les jurés sont souvent appelés à conclure à l’existence de faits à partir d’un mélange d’éléments de preuve. Dans le cadre d’un contre-interrogatoire, il n’est pas rare de recourir à des déclarations antérieures de toutes sortes : des déclarations à la police, un témoignage donné dans un procès antérieur, lors d’une enquête du coroner ou d’une enquête préliminaire. Nous devons avoir confiance en la capacité des jurés d’exercer leur bon sens lorsqu’ils examinent la preuve et de suivre les directives que leur donne le juge du procès. [Je souligne.]

[174] Je partage le sentiment exprimé par la juge L’Heureux-Dubé, dissidente dans l’arrêt *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, par. 145,

courts should trust juries to make proper use of admissible evidence or risk “demean[ing] the jury by suggesting that they are incapable of properly dealing with [the] evidence. Our faith in the jury system is a hollow one if such an attitude is allowed to prevail.”

D. *Final Balancing*

[175] In this case, I am satisfied and agree with the trial judge that the re-enactment met the test for threshold reliability on the basis of strong features of substantive reliability, supplemented by sufficient features of procedural reliability. The trial judge was uniquely positioned to make this determination. And, contrary to my colleague’s assertions, his analysis discloses no legal error. As a result, his ruling is entitled to deference.

[176] In *Youvarajah*, Karakatsanis J. explained the rationale for this deference (at para. 31):

The admissibility of hearsay evidence, such as the prior inconsistent statement in this case, is a question of law. Of course, the factual findings that go into that determination are entitled to deference and are not challenged in this case. As well, a trial judge is well placed to assess the hearsay dangers in a particular case and the effectiveness of any safeguards to assist in overcoming them. Thus, absent an error in principle, the trial judge’s determination of threshold reliability is entitled to deference: [*Couture*], at para. 81. [Emphasis added.]

[177] In *Blackman*, Charron J. made a similar observation (at para. 36):

The trial judge is well placed to determine the extent to which the hearsay dangers of a particular case are of concern and whether they can be sufficiently alleviated. Accordingly, the trial judge’s ruling on admissibility, if informed by correct principles of law, is entitled to deference.

selon lequel les tribunaux devraient avoir confiance en la capacité des jurés de faire bon usage de la preuve admissible, car le contraire risque de « dévaloris[er] le jury, car on insinue que celui-ci est incapable de se servir à bon escient [de la preuve]. La confiance dont nous témoignons à l’égard du système du jury s’avère illusoire si on permet qu’une telle attitude triomphe. »

D. *Mise en balance finale*

[175] Dans le cas qui nous occupe, je suis convaincu, comme le juge du procès, que la reconstitution satisfaisait au critère du seuil de fiabilité sur le fondement de caractéristiques solides de fiabilité substantielle, que complétaient des caractéristiques suffisantes de fiabilité d’ordre procédural. Le juge du procès était particulièrement bien placé pour rendre cette décision. Et, contrairement à ce qu’affirme ma collègue, son analyse ne révèle aucune erreur de droit. En conséquence, sa décision commande la déférence.

[176] Dans l’arrêt *Youvarajah*, la juge Karakatsanis a expliqué le fondement de cette déférence (par. 31) :

L’admissibilité d’une preuve par ouï-dire, en l’occurrence la déclaration antérieure incompatible, est une question de droit. Évidemment, les conclusions de fait ayant mené à la décision commandent la déférence et ne sont pas remises en question en l’espèce. De même, le juge du procès est bien placé pour apprécier les dangers associés au ouï-dire dans une affaire donnée et l’efficacité des garanties permettant de les écarter. Par conséquent, en l’absence d’une erreur de principe de la part du juge du procès, il faut faire preuve de retenue à l’égard de sa conclusion quant au seuil de fiabilité : [*Couture*], par. 81. [Je souligne.]

[177] Dans l’arrêt *Blackman*, la juge Charron a fait une observation similaire (par. 36) :

Le juge du procès est bien placé pour déterminer dans quelle mesure les dangers du ouï-dire sont préoccupants dans une affaire donnée et s’ils peuvent être suffisamment atténués. Par conséquent, il faut faire preuve de déférence à l’égard du juge de première instance si sa décision sur l’admissibilité se fonde sur les principes juridiques pertinents.

[178] Ultimately, the trial judge made a difficult call in a close case. It must be emphasized that he was in the best position to make that call based on his assessment of the trustworthiness of the evidence and the jury's ability to evaluate it. Contrary to my colleague's assertions, the trial judge's reasons for admitting the re-enactment were free from error and, as I have endeavoured to demonstrate, were well supported by the record. Indeed, he followed the functional approach that has been repeatedly endorsed by this Court.

[179] I agree with the comments of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158, at paras. 29-30:

Trial judges cannot consult rules akin to mathematical formulas to tell them how much weight to give to each of the factors. The assessment is case-specific. Different judges will reasonably assign more or less weight to each of the particular factors in any given case.

As long as the trial judge addressed the factors germane to the reliability of the hearsay statement, did not fall into any material misapprehension of the evidence relevant to those factors, and made a reasonable assessment of the weight to be assigned to those factors, this court should not redo the weighing process, but should defer to the trial judge's weighing of those factors. [Emphasis added.]

[180] Respectfully, in my view, it is not the role of this Court to second guess the trial judge's reasonably exercised judgment from a position far removed from the trial setting. Doing so betrays both the deference owed to trial judges and the trust and confidence placed in juries to follow instructions and use their common sense and reason to evaluate evidence. As a result, I would uphold the trial judge's ruling that the re-enactment was admissible.

IV. Application to the May 15, 2010 Statement

[181] Since I have concluded that the re-enactment was admissible, I must address Mr.

[178] Finalement, le juge du procès a pris une décision difficile dans une affaire difficile à trancher. Il faut souligner qu'il était le mieux placé pour prendre cette décision en se fondant sur son évaluation du caractère digne de foi de la preuve et sur la capacité du jury de l'évaluer. Contrairement à ce qu'affirme ma collègue, les motifs sur lesquels s'est fondé le juge du procès pour admettre la reconstitution étaient exempts d'erreur et, comme je me suis efforcé de le démontrer, ils étaient bien étayés par le dossier. En effet, il a appliqué l'approche fonctionnelle maintes fois entérinée par la Cour.

[179] Je souscris aux commentaires de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, 2008 ONCA 140, 232 C.C.C. (3d) 158, par. 29-30 :

[TRADUCTION] Le juge du procès ne peut consulter des règles semblables à des formules mathématiques pour savoir quel poids il devrait accorder à chacun des facteurs. L'évaluation est fonction de l'affaire. Chaque juge va raisonnablement accorder plus ou moins de poids à chacun des facteurs précis dans une affaire donnée.

Dans la mesure où le juge du procès a examiné les facteurs se rapportant à la fiabilité de la déclaration relatée, ne s'est pas fondé sur une mauvaise interprétation de la preuve se rapportant à ces facteurs et a fait une appréciation raisonnable du poids à accorder à ces facteurs, notre Cour ne devrait pas refaire le processus de mise en balance, mais devrait plutôt s'en remettre à l'appréciation de ces facteurs déjà effectuée par le juge du procès. [Je souligne.]

[180] Soit dit en tout respect, j'estime que, n'ayant pas bénéficié du contexte du procès, la Cour n'a pas à reconsidérer le jugement exercé raisonnablement par le juge du procès. Ce faisant, la Cour trahirait tant la déférence à l'égard du juge du procès que la confiance que l'on accorde en la capacité des jurés de suivre les directives et de faire preuve de bon sens et de jugement lorsqu'ils évaluent la preuve. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer la décision du juge du procès d'admettre la reconstitution.

IV. Application à la déclaration du 15 mai 2010

[181] Comme j'ai conclu que la reconstitution était admissible, je dois maintenant examiner

Bradshaw's alternative argument that the trial judge erred in refusing to admit a prior statement by Mr. Thielen given on May 15, 2010, for the truth of its contents.

[182] That statement occurred during a road trip from Edmonton to Calgary that Mr. Thielen took with an undercover officer as part of the Mr. Big operation. Their conversation in the car was audio-recorded. During the trip, Mr. Thielen told the undercover officer that he killed Ms. Lamoureux by himself and killed Mr. Bontkes with the assistance of Ms. Motola. He made no mention of any involvement by Mr. Bradshaw.

[183] The May 15, 2010 statement shares the same hearsay dangers as the re-enactment. However, as I will explain, this statement has a number of distinguishing features that add to its frailties and support the trial judge's decision to refuse to admit it for the truth of its contents.

[184] First, it is significant that the statement was not video-recorded. This prevents the jury from observing Mr. Thielen's demeanour and reduces its ability to assess his credibility.

[185] Second, Mr. Thielen's motives were entirely different in this context. He had a strong incentive to exaggerate his individual involvement and responsibility for the murders in order to impress his perceived peer in the criminal underworld: *Hart*, at paras. 68-69. Moreover, the statement cannot be characterized as being against his interests because Mr. Thielen admitted his involvement to an associate, not to the police. Unlike the re-enactment, these circumstances of the May 15, 2010 statement cast doubt over Mr. Thielen's sincerity.

[186] Third, this May 15, 2010 statement was strongly contradicted by extrinsic evidence which suggests that it was untruthful. For example, Mr. Thielen stated that after he shot Mr. Bontkes in

l'argument subsidiaire de M. Bradshaw selon lequel le juge du procès a commis une erreur en refusant d'admettre pour établir la véracité de son contenu une déclaration antérieure que M. Thielen a faite le 15 mai 2010.

[182] Cette déclaration, survenue durant un voyage en voiture d'Edmonton à Calgary, a été faite par M. Thielen à un agent banalisé dans le cadre de l'opération Monsieur Big. Leur conversation dans la voiture était enregistrée sur bande audio. Durant le voyage, M. Thielen a dit à l'agent banalisé qu'il avait tué M^{me} Lamoureux seul et qu'il avait tué M. Bontkes avec l'aide de M^{me} Motola. Il n'a jamais parlé d'une quelconque participation de M. Bradshaw.

[183] La déclaration du 15 mai 2010 comporte les mêmes dangers associés au oui-dire que la reconstitution. Toutefois, comme je l'expliquerai, cette déclaration présente certaines caractéristiques distinctives qui accentuent ses faiblesses et qui appuient la décision du juge du procès de refuser de l'admettre pour établir la véracité de son contenu.

[184] Premièrement, il importe de souligner que cette déclaration n'a pas été enregistrée sur bande vidéo. Ainsi, le jury ne peut observer le comportement de M. Thielen et est moins en mesure d'évaluer sa crédibilité.

[185] Deuxièmement, les motifs de M. Thielen étaient totalement différents dans ce contexte. Il était fortement incité à exagérer son implication personnelle dans les meurtres et sa responsabilité afin d'impressionner son partenaire fictif dans le monde interlope : *Hart*, par. 68-69. De plus, la déclaration ne peut être considérée comme allant à l'encontre de ses intérêts parce que M. Thielen a admis sa participation à un associé, et non à la police. Contrairement à la reconstitution, ces circonstances de la déclaration du 15 mai 2010 jettent un doute sur la sincérité de M. Thielen.

[186] Troisièmement, cette déclaration du 15 mai 2010 a été fortement démentie par des éléments de preuve extrinsèques qui donnent à penser qu'elle n'était pas digne de foi. Par exemple, M. Thielen

the head and body, Ms. Motola shot him again in the groin area. This version of events was directly contradicted by forensic evidence which showed Mr. Bontkes was not shot in his groin area. Mr. Thielen's omission of any mention of Mr. Bradshaw is also directly contradicted by Mr. Bradshaw's own admissions of involvement in his recorded conversations with Mr. Thielen described above.

[187] The trial judge considered the relevant factors and applied the correct test in finding this statement to be inadmissible for its truth. As indicated, his ruling is entitled to deference. Accordingly, I would not interfere. I say this mindful of the fact that the trial judge may relax the rules of evidence for hearsay tendered by the accused in order to prevent a miscarriage of justice: *R. v. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225, at paras. 89-90; *R. v. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173, at para. 89; *R. v. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18 (C.A.), at para. 80. Accepting this principle, I note that this statement was put before the jury as a prior inconsistent statement for the purpose of evaluating Mr. Thielen's credibility in the re-enactment. Indeed, defence counsel made reference to it in his closing address and submitted to the jury that it was true. As a result, even if the trial judge did err in refusing to admit it for the truth of its contents, I do not think it caused significant prejudice or resulted in a miscarriage of justice that would warrant appellate intervention.

V. Conclusion

[188] For these reasons, I conclude the trial judge did not err in admitting Mr. Thielen's re-enactment and refusing to admit his May 15, 2010 statement for the truth of its contents. In my respectful view, there is no reason to send this case back for a second trial. Mr. Bradshaw had a fair trial before a properly instructed jury that was well positioned to critically evaluate the reliability of the re-enactment. Accordingly, I would allow the appeal and restore

a affirmé qu'après avoir tiré sur M. Bontkes à la tête et au corps, M^{me} Motola l'a tiré une autre fois dans l'aîne. Cette version des faits a été directement contredite par des éléments de preuve médico-légaux démontrant que M. Bontkes n'avait pas reçu de coup de feu dans l'aîne. Le fait que M. Thielen n'ait pas parlé de M. Bradshaw est aussi directement contredit par les propres aveux de M. Bradshaw relativement à son implication dans les conversations enregistrées qu'il a eues avec M. Thielen, mentionnées précédemment.

[187] Le juge du procès a tenu compte des facteurs pertinents et a appliqué le bon critère pour conclure que cette déclaration était inadmissible pour établir la véracité de son contenu. Comme je l'ai indiqué, sa décision commande la déférence. En conséquence, je ne la modifierais pas. Je le dis tout en sachant que le juge du procès peut assouplir les règles de preuve relativement au oui-dire présenté par l'accusé afin d'éviter une erreur judiciaire : *R. c. Post*, 2007 BCCA 123, 217 C.C.C. (3d) 225, par. 89-90; *R. c. Tash*, 2013 ONCA 380, 306 O.A.C. 173, par. 89; *R. c. Kimberley* (2001), 56 O.R. (3d) 18 (C.A.), par. 80. En acceptant ce principe, je note que cette déclaration a été présentée au jury à titre de déclaration antérieure incompatible afin d'évaluer la crédibilité de M. Thielen dans la reconstitution. En fait, l'avocat de la défense a mentionné cette déclaration dans son exposé final et a indiqué au jury qu'elle était vraie. Par conséquent, même si le juge du procès a effectivement commis une erreur en refusant de l'admettre pour établir la véracité de son contenu, je ne crois pas que cette erreur a causé un préjudice important ou a donné lieu à une erreur judiciaire qui justifierait une intervention en appel.

V. Conclusion

[188] Pour ces motifs, je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant la reconstitution faite par M. Thielen et en refusant d'admettre la déclaration du 15 mai 2010 pour établir la véracité de son contenu. J'estime en tout respect qu'il n'existe aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. M. Bradshaw a eu droit à un procès équitable devant un jury qui avait reçu des directives appropriées et qui était bien

Mr. Bradshaw's two convictions for first degree murder.

Appeal dismissed, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Fowler and Smith Law, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.

placé pour apprécier d'un œil critique la fiabilité de la reconstitution. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les deux déclarations de culpabilité de M. Bradshaw pour meurtre au premier degré.

Pourvoi rejeté, les juges MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

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

Procureurs de l'intimé : Fowler and Smith Law, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Louis P. Strezos & Associate, Toronto; Henein Hutchison, Toronto.