

Yousanthan Youvarajah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Criminal Lawyers' Association *Intervener*

INDEXED AS: R. v. YOUVARAJAH

2013 SCC 41

File No.: 34732.

2013: February 20; 2013: July 25.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Murder trial — Co-accused witness recanting previous statement implicating accused in murder — Trial judge finding prior inconsistent statement not meeting threshold reliability test — Whether prior inconsistent statement was sufficiently reliable to be considered by jury for truth of its contents.

The accused, Y, and D.S., the co-accused shooter, were charged with first degree murder after a failed drug deal. D.S. was tried separately as a young offender. He pleaded guilty to second degree murder. As part of his plea agreement, D.S. signed a written Agreed Statement of Facts (ASF) drafted by Crown counsel, with input from defence counsel. The ASF directly implicated Y in the murder. At the time of his plea, D.S. acknowledged the accuracy of the ASF. The ASF was neither videotaped nor preceded by sworn oath or affirmation.

During Y's trial, the Crown asked D.S. to adopt the ASF. D.S. testified that he could not remember signing the document, but acknowledged that it bore his signature. D.S. further denied the facts in the ASF implicating Y. In response to D.S.'s denials, the Crown sought

Yousanthan Youvarajah *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Criminal Lawyers' Association *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. YOUVARAJAH

2013 CSC 41

N° du greffe : 34732.

2013 : 20 février; 2013 : 25 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Oui-dire — Procès pour meurtre — Témoin coaccusé revenant sur une déclaration antérieure impliquant l'accusé dans un meurtre — Conclusion du juge du procès selon laquelle la déclaration antérieure incompatible n'atteint pas le seuil de fiabilité nécessaire — La déclaration antérieure incompatible était-elle suffisamment fiable pour être présentée au jury comme preuve de la véracité de son contenu?

Le prévenu, Y, et D.S., le tireur, ont été accusés de meurtre au premier degré après qu'une transaction de drogue a mal tourné. D.S. a été jugé séparément en tant que jeune contrevenant. Il a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans le cadre de l'entente sur le plaidoyer, D.S. a souscrit l'exposé conjoint des faits qu'avait rédigé l'avocat du ministère public avec l'apport de l'avocat de la défense. Suivant l'exposé conjoint des faits, Y était directement impliqué dans le meurtre. Lors de l'inscription du plaidoyer, D.S. a attesté l'exactitude de l'exposé conjoint des faits. La lecture de ce dernier n'a pas été enregistrée sur bande vidéo ni n'était précédée d'un serment ou d'une affirmation solennelle.

Au procès d'Y, l'avocat du ministère public a demandé à D.S. d'adopter l'exposé conjoint des faits. D.S. a affirmé qu'il ne se souvenait pas d'avoir souscrit le document, mais il a reconnu qu'il portait bel et bien sa signature. Il a ensuite nié les faits impliquant Y qui y

to adduce the ASF for the truth of its contents. Following a *voir dire*, the trial judge found insufficient means for the jury to assess the reliability of the ASF as a prior inconsistent statement and ruled the signed ASF did not meet the threshold reliability required for it to be admissible as evidence for the truth of its contents. When D.S. asserted solicitor-client privilege, the ability to cross-examine was curtailed and the trial judge found the opportunity for an effective cross-examination at trial was to a large extent illusory. The trial judge granted the defence's application for a directed order acquitting Y. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held (Rothstein and Wagner JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: A prior inconsistent statement of a non-accused witness may be admitted for the truth of its contents if the following reliability indicia are met: (1) the statement is made under oath or solemn affirmation after a warning as to possible sanctions if the person is untruthful; (2) the statement is videotaped or recorded in its entirety; and (3) the opposing party has a full opportunity to cross-examine the witness on the statement. The prior inconsistent statement's threshold reliability may also be established by: (1) the presence of adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability); and (2) sufficient circumstantial guarantees of reliability or an inherent trustworthiness (substantive reliability). 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.

In this case, the trial judge did not err in finding that there were insufficient safeguards to establish threshold reliability to admit the ASF as evidence for the truth of its contents. Only a full and complete opportunity to cross-examine would have provided a genuine basis on which to assess the reliability of D.S.'s statements. D.S.'s invocation of solicitor-client privilege, however, curtailed significantly the cross-examination available to assess the threshold reliability of the prior inconsistent statement.

étaient énoncés. En réponse aux dénégations de D.S., le ministère public a voulu faire admettre l'exposé conjoint des faits comme preuve de la véracité de son contenu. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès estimait les moyens invoqués insuffisants pour permettre au jury d'apprécier la fiabilité de l'exposé signé à titre de déclaration antérieure incompatible, et a conclu que ce dernier n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être admis en preuve pour établir la véracité de son contenu. En invoquant le secret professionnel de l'avocat, D.S. a coupé court au contre-interrogatoire, et le juge du procès était d'avis que la possibilité d'y procéder de manière efficace au procès était dans une large mesure illusoire. Le juge du procès a accueilli la requête de la défense et imposé un verdict d'acquiescement. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges Rothstein et Wagner sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement est rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Une déclaration antérieure incompatible d'un témoin non accusé peut être admise comme preuve de la véracité de son contenu si les indices de fiabilité suivants sont présents : (1) le témoin fait la déclaration sous serment ou affirmation solennelle après avoir reçu une mise en garde au sujet des sanctions qui peuvent lui être infligées s'il ne dit pas la vérité, (2) la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo ou audio et (3) la partie adverse a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Les éléments suivants peuvent également permettre de satisfaire au critère du seuil de fiabilité : (1) l'existence de substituts adéquats permettant de vérifier la véracité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural) et (2) des garanties circonstancielles suffisantes ou une fiabilité intrinsèque (fiabilité découlant de la nature de la preuve). Le juge du procès est bien placé pour apprécier les dangers associés au oui-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.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'inexistence de garanties suffisantes empêchait d'établir le seuil de fiabilité nécessaire pour faire admettre l'exposé conjoint des faits comme preuve de la véracité de son contenu. Seule la possibilité voulue de contre-interroger D.S. aurait véritablement permis d'évaluer la fiabilité de ses déclarations. Le fait qu'il ait invoqué le secret professionnel de l'avocat a toutefois restreint sensiblement les questions visant à déterminer

The Crown could not have probed the conversations between D.S. and his counsel about legal advice in connection with his decision to plead guilty or to accept the ASF. The trial judge may have overstated the scope of solicitor-client privilege and its consequences for the cross-examination of D.S.; however, any overstatement would not have had a material impact on the conclusion that cross-examination was not, in this case, a sufficient means to satisfy threshold reliability.

The Crown cannot ask for a new trial on the basis that the prosecution should have been conducted differently. The trial judge did not preclude the Crown from conducting a more probing cross-examination of the witness or from calling other witnesses about the creation of the ASF. The trial judge made no comments suggesting that there should be no further cross-examination of the witness on the *voir dire*. The judge was not asked for a ruling on this issue. Had Crown counsel wished to call further evidence, he could have sought direction. Since this was the same Crown counsel who had prosecuted D.S. at his separate youth trial, and who negotiated the plea bargain and drafted the ASF, he knew what D.S. or his lawyers could say about those matters, outside the scope of solicitor-client privilege.

The trial judge did not err in finding that the circumstances surrounding the making of the prior inconsistent statement did not provide sufficient guarantees of substantive reliability. The circumstantial guarantees of trustworthiness asserted by the Crown — the thorough process in creating the ASF, the involvement of counsel, and the solemnity of the guilty plea proceeding — do not establish threshold reliability for the statements from which D.S. recanted, which served to minimize his involvement in the murder and shift responsibility to Y. In the circumstances of this case, the formality of the process and the involvement of counsel only provide comfort in respect of D.S.'s statements admitting his own culpability for the murder. The administration of justice would not be enhanced in permitting admissions made by a co-accused in his own interest, as part of a plea bargain for a conviction of a lesser crime and favourable sentence, to be used against a co-accused, in circumstances where the reliability of the statements cannot be adequately tested.

Per Rothstein and Wagner JJ. (dissenting): Threshold reliability should be generously interpreted in the

si la déclaration antérieure incompatible atteint le seuil de fiabilité. Le ministère public n'aurait pas pu s'enquérir des conversations entre D.S. et son avocat au sujet des conseils juridiques sous-tendant la décision du premier de plaider coupable ou de souscrire l'exposé conjoint des faits. Le juge du procès a peut-être attribué une portée excessive au secret professionnel de l'avocat et aux conséquences de l'application de ce privilège sur le contre-interrogatoire de D.S.; toutefois, il n'en a pas résulté d'incidence significative sur la conclusion selon laquelle le contre-interrogatoire ne constituait pas, en l'espèce, un moyen suffisant d'établir le seuil de fiabilité.

Le ministère public ne peut demander la tenue d'un nouveau procès au motif que la poursuite aurait dû être menée différemment. Le juge du procès ne l'a pas empêché de procéder à un contre-interrogatoire plus poussé du témoin ou d'en citer d'autres à témoigner sur la rédaction de l'exposé conjoint des faits. Il n'a pas laissé entendre qu'il fallait couper court au contre-interrogatoire dans le cadre du voir-dire. On ne lui avait pas demandé de trancher la question. Si l'avocat du ministère public avait voulu présenter d'autres preuves, il aurait pu s'adresser au juge du procès. Comme il s'agissait du même avocat qui avait poursuivi D.S. dans le cadre d'un procès distinct devant le tribunal pour adolescents, négocié le plaidoyer et rédigé l'exposé conjoint des faits, il savait ce que D.S. ou ses avocats pouvaient dire à ce sujet sans violer le secret professionnel de l'avocat.

Le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que les circonstances entourant la déclaration antérieure incompatible ne fournissaient pas de garanties suffisantes de fiabilité découlant de la nature de la preuve. Les garanties circonstancielles de fiabilité invoquées par le ministère public — à savoir le processus exhaustif de rédaction de l'exposé conjoint des faits, la participation des avocats et le caractère solennel de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité — ne permettent pas d'établir que les déclarations rétractées, qui minimisaient le rôle de D.S. dans le meurtre et en rejetaient la responsabilité sur Y, atteignaient le seuil de fiabilité. Dans les circonstances de l'espèce, la formalité de la procédure et la participation des avocats ne sont garanties que des déclarations de D.S. dans lesquelles il avoue sa culpabilité relativement au meurtre. Ce n'est pas dans l'intérêt de l'administration de la justice que d'admettre en preuve contre un prévenu des aveux intéressés faits par son coaccusé dans le but de négocier un chef d'accusation moindre et une peine qui lui soit favorable lorsque la fiabilité des déclarations ne peut être adéquatement vérifiée.

Les juges Rothstein et Wagner (dissidents) : Le seuil de fiabilité devrait être interprété généreusement lors de

admissibility inquiry. As a general rule, if a statement is accepted for its truth by the courts, and used to balance the liberty interests of the accused with societal considerations such as deterrence and retribution, then that statement provides a level of implicit reliability that warrants consideration in the admissibility inquiry in a subsequent third-party trial. That is not to say that a statement's use and judicial acceptance at a prior proceeding is sufficient in and of itself to meet the reliability requirement of the principled approach. Rather, it is merely a factor that must be considered in the admissibility inquiry, a factor that goes towards meeting the threshold reliability standard. Each case will have to be examined on its particular circumstances when determining threshold reliability, but consideration should certainly be given to the general acceptance of and reliance on statements read in as part of a guilty plea. Limits on cross-examination should not be applied rigidly and absolutely where solicitor-client privilege is asserted. Rather, issues of privilege should be addressed as they arise on cross-examination. This way, relevant information that may not be prohibited by the assertion of privilege may still be elicited, furthering the underlying truth-seeking function of the proceedings.

The question of admissibility in this case must be redetermined in a new trial where threshold reliability can be properly assessed. The trial judge erred in his determination that the ASF did not meet the standard of threshold reliability. He failed to adequately assess the available indicia of reliability and erroneously found the opportunity to cross-examine D.S. to be illusory. That is not to say that the circumstances in this case provide sufficient evidence to conclusively determine that the ASF should be admitted. Rather, the admissibility inquiry was incomplete and did not provide a proper basis for the trial judge to exclude the relevant evidence. The opportunity to cross-examine D.S. was not entirely closed and the trial judge misapprehended the scope and impact of solicitor-client privilege on the opportunity for cross-examination. Had the trial judge permitted the cross-examination to proceed and addressed issues involving solicitor-client privilege as they arose, information sufficient to meet the threshold reliability standard may have been brought forward. D.S.

l'analyse de l'admissibilité. En principe, toute déclaration qui est admise en preuve par le tribunal pour établir la véracité de son contenu et qui est utilisée pour mettre dans la balance le droit à la liberté de l'accusé, d'une part, et des considérations sociales telles que la dissuasion et la répression, d'autre part, comporte implicitement un degré de fiabilité qui justifie qu'on en tienne compte lors de l'analyse de l'admissibilité au cours du procès ultérieur d'un tiers. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'utilisation et l'admission de cette déclaration par le tribunal au cours d'une instance antérieure suffisent à elles seules à répondre à l'exigence de la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée. Il s'agit plutôt simplement d'un facteur dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse de l'admissibilité, d'un facteur qui contribue à ce qu'il soit jugé que la déclaration en cause réponde au seuil de fiabilité requis. Chaque cas devrait être examiné en fonction de ses circonstances propres lorsqu'il s'agit de déterminer le seuil de fiabilité; on devrait toutefois tenir compte du fait que, dans l'ensemble, les tribunaux acceptent les déclarations qui sont lues à l'occasion de plaidoyers de culpabilité et s'y fient. On ne devrait pas appliquer de façon rigide et absolue des limites au contre-interrogatoire lorsque le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué. Les questions de privilège doivent plutôt être abordées au fur et à mesure qu'elles sont soulevées lors du contre-interrogatoire. De cette manière, on peut quand même recueillir des renseignements pertinents dont le privilège du secret professionnel de l'avocat ne peut empêcher la communication, favorisant ainsi la recherche de la vérité qui est à la base de tout procès.

En l'espèce, l'admissibilité devrait être réexaminée et tranchée dans le cadre d'un nouveau procès au cours duquel la question du seuil de fiabilité pourrait être examinée comme il se doit. Le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité requis. Il n'a pas bien apprécié les indices de fiabilité qui existaient, et c'est à tort qu'il a estimé que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire. Cela ne veut pas dire pour autant que les circonstances de la présente affaire offrent suffisamment de preuve pour pouvoir déterminer de manière concluante que l'exposé conjoint des faits était admissible. En réalité, l'analyse de l'admissibilité était incomplète et ne permettait pas au juge du procès d'exclure les éléments de preuve pertinents. La possibilité de contre-interroger D.S. n'était pas entièrement perdue et le juge du procès a mal compris tant la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat que ses répercussions sur la possibilité de contre-interroger D.S. Si le juge du procès avait autorisé le contre-interrogatoire et s'il avait

was available for cross-examination, he recalled having made many of the statements within the ASF, he did not dispute understanding the key facts in the ASF which he subsequently denied at Y's trial, and he recalled the ASF being read in at his guilty plea proceeding.

Other factors were available in this case that could have satisfied the trial judge that the circumstances surrounding the drafting and reading in of the ASF provided assurances of reliability equivalent to an oath and presence. If these indicia had been considered and cross-examination had been permitted, it is possible that threshold reliability would have been met. Perhaps the most persuasive indicia of reliability are the nature of the statement and how it was constructed. The ASF tendered as evidence in D.S.'s guilty plea proceeding provides just such a record. Having been reduced to writing, signed not only by D.S. but by both Crown and defence counsel, and having been read in to the record in the context of D.S.'s guilty plea, the source of the document cannot be disputed. This was not a statement that was unilaterally drafted and forced upon D.S. to adopt. Rather, the drafting of the ASF was a collaborative effort where there is evidence that at least one crucial component to the Crown's case against Y was supplied by defence counsel — namely the statement that Y supplied D.S. with the gun. Moreover, D.S. had the opportunity to review the ASF with his counsel prior to signing it and adopting it. This is an important aspect as it refutes any negative inferences that could be drawn against the ASF on the grounds that it was not captured in D.S.'s own words or that D.S. did not understand its contents. Perhaps most importantly, D.S. testified that he understood the three crucial components of the ASF, namely that Y gave D.S. the gun, Y told D.S. to shoot the victim, and demanded that D.S. return the gun. Without more persuasive evidence to the contrary, this essentially forecloses any argument that D.S. lacked understanding of the ASF's contents. Looking beyond the construction of the ASF, the context of the proceedings under which it was read in to court and the contents of the ASF itself provide additional indicia supporting threshold reliability.

tranché les questions de privilège du secret professionnel de l'avocat au fur et à mesure qu'elles se seraient présentées, on aurait peut-être pu mettre en lumière des renseignements suffisants pour qu'il soit satisfait au critère de fiabilité. D.S. était disponible pour être contre-interrogé, il se souvenait d'avoir fait plusieurs des déclarations contenues dans l'exposé conjoint des faits, ne prétendait pas ne pas comprendre les faits essentiels de l'exposé conjoint des faits qu'il avait par la suite niés au procès d'Y et se souvenait que l'exposé conjoint des faits avait été lu lors de l'audience durant laquelle il avait plaidé coupable.

Il existait d'autres facteurs qui auraient pu convaincre le juge du procès que les circonstances entourant la rédaction de l'exposé conjoint des faits et sa lecture à l'occasion du plaidoyer fournissaient des assurances de fiabilité équivalentes à un serment et à un enregistrement vidéo. Si ces indices avaient été examinés et que le contre-interrogatoire avait été autorisé, il aurait pu être satisfait au critère de fiabilité. C'est la nature de la déclaration et la façon dont elle a été élaborée qui constituent sans doute les indices de fiabilité les plus convaincants. L'exposé conjoint des faits déposé en preuve durant l'audience où D.S. a enregistré son plaidoyer de culpabilité constitue précisément un compte rendu de ce type. Comme il a été consigné par écrit, qu'il a été signé non seulement par D.S., mais aussi par le représentant du ministère public et par l'avocat de la défense, et qu'il a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité de D.S., la manière dont la déclaration a été enregistrée est incontestable. Il ne s'agit pas d'une déclaration qui a été rédigée unilatéralement et qu'on a forcé D.S. à adopter. Ce document a plutôt été rédigé en collaboration, et au moins un élément crucial de la preuve à charge du ministère public contre Y a été fourni par l'avocat de la défense, en l'occurrence l'affirmation suivant laquelle Y avait fourni le pistolet à D.S. Qui plus est, ce dernier a eu la possibilité d'examiner l'exposé conjoint des faits avec son avocat avant de le signer et de l'adopter. Cet élément est important, car il réfute toutes inférences négatives tirées de ce document, du fait qu'il ne reprend pas mot à mot les propos de D.S., ou que ce dernier n'en aurait pas compris la teneur. Fait peut-être encore plus important, D.S. a expliqué qu'il comprenait bien les trois éléments cruciaux de l'exposé conjoint des faits, à savoir qu'Y lui avait donné le pistolet, lui avait dit d'abattre la victime et avait exigé qu'il lui remette le pistolet. À défaut d'éléments de preuve plus convaincants à l'effet contraire, tout argument que D.S. ne comprenait pas la teneur de l'exposé conjoint des faits se trouve d'emblée exclu. Indépendamment de la façon dont l'exposé conjoint des faits était libellé, le contexte de l'instance au cours de laquelle il a été versé au dossier et son contenu même fournissent des éléments supplémentaires qui appuient la thèse de l'atteinte du seuil de fiabilité.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237.

By Wagner J. (dissenting)

R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *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. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. v. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; *R. v. McGee*, 2009 CanLII 60789; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688.

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston, Mass.: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Moldaver and Simmons J.J.A.), 2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, 284 O.A.C. 300, 278 C.C.C. (3d) 102, 90 C.R. (6th) 184, [2011] O.J. No. 4610 (QL), 2011 CarswellOnt 11167, setting aside the accused's acquittal entered by Flynn J. on March 17, 2010, and ordering a new trial. Appeal allowed and acquittal restored, Rothstein and Wagner J.J. dissenting.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237.

Citée par le juge Wagner (dissident)

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *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. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. c. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; *R. c. McGee*, 2009 CanLII 60789; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688.

Doctrine et autres documents cités

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston, Mass. : Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Moldaver et Simmons), 2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, 284 O.A.C. 300, 278 C.C.C. (3d) 102, 90 C.R. (6th) 184, [2011] O.J. No. 4610 (QL), 2011 CarswellOnt 11167, qui a annulé un acquittement inscrit par le juge Flynn le 17 mars 2010 et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et acquittement rétabli; les juges Rothstein et Wagner sont dissidents.

Philip R. Campbell and Jonathan Dawe, for the appellant.

James K. Stewart and Nadia Thomas, for the respondent.

Marie Henein and Matthew Gourlay, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether a co-accused's prior inconsistent statement, implicating the appellant in a murder, was sufficiently reliable to be considered by a jury for the truth of its contents.

[2] The Crown's theory was that the appellant planned the murder and provided the murder weapon to the co-accused shooter. The shooter, in a separate proceeding in youth court, pleaded guilty to second degree murder. In doing so, he adopted a written Agreed Statement of Facts (ASF) in which he shifted responsibility for planning the murder and for obtaining the murder weapon to the appellant.

[3] As a witness in the appellant's murder trial, the shooter resiled from those facts inculcating the appellant and refused to adopt the prior statement. The Crown's case against the appellant collapsed when the trial judge found that the ASF did not meet the threshold reliability required to be admitted for the truth of its contents.

[4] The question before us is whether the trial judge erred in finding that the ASF did not meet threshold reliability to be put before the jury.

Philip R. Campbell et Jonathan Dawe, pour l'appelant.

James K. Stewart et Nadia Thomas, pour l'intimée.

Marie Henein et Matthew Gourlay, pour l'intervenante.

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

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste à savoir si la déclaration antérieure incompatible du coaccusé, impliquant l'appelant dans un meurtre, était suffisamment fiable pour être présentée au jury comme preuve de la véracité de son contenu.

[2] Selon la thèse du ministère public, l'appelant aurait planifié le meurtre et fourni l'arme du crime au tireur coaccusé. Dans une instance distincte devant le tribunal pour adolescents, le tireur a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans le cadre de son plaidoyer, il a souscrit un exposé conjoint des faits dans lequel il rejette sur l'appelant la responsabilité de la planification du meurtre et de l'obtention de l'arme du crime.

[3] Cité à témoigner au procès pour meurtre de l'appelant, le tireur a rétracté les faits incriminant l'appelant et a refusé d'adopter sa déclaration antérieure. La preuve du ministère public contre l'appelant s'est effondrée quand le juge du procès a conclu que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être admis comme preuve de la véracité de son contenu.

[4] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être présenté au jury.

[5] The Court of Appeal concluded that the trial judge erred. However, for the reasons that follow, I would allow the appeal and reinstate the acquittal.

II. Background

[6] Yousanthan Youvarajah, the appellant, and D.S., a minor, were charged with first degree murder after a failed drug deal. On the Crown's theory, Youvarajah planned the murder and provided the murder weapon for D.S. to shoot the victim.

[7] D.S. was tried separately as a young offender. He pleaded guilty to second degree murder and was sentenced as a youth. As part of his plea agreement, D.S. signed the ASF drafted by Crown counsel, with input from defence counsel. In it, D.S. directly implicated the appellant in the murder: the appellant gave D.S. the handgun that was used in the shooting; he ordered D.S. to shoot the victim; and he demanded the return of the handgun after the shooting.

[8] At the time of his plea, D.S. acknowledged the accuracy of the ASF. At the appellant's trial, he testified that he did not understand the words "acknowledged" or "accurate" as used by his counsel at the guilty plea proceedings.

[9] The ASF was neither videotaped nor preceded by sworn oath or affirmation. D.S. was told that, for endorsing the agreed statement, no further statement regarding the murder would be required from him. During his testimony at the appellant's trial, he said that was one of the reasons that motivated him to plead guilty.

[10] During examination-in-chief, the Crown asked D.S. to adopt the ASF. D.S. testified that he could not remember signing the document, but acknowledged that it bore his signature. D.S. further denied the facts in the statement implicating the appellant.

[5] La Cour d'appel était d'avis que le juge du procès avait fait erreur. Cependant, pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

II. Contexte

[6] L'appelant, Yousanthan Youvarajah, et D.S., un mineur, ont été accusés de meurtre au premier degré après qu'une transaction de drogue a mal tourné. Le ministère public prétend que M. Youvarajah aurait planifié le meurtre et fourni l'arme du crime à D.S. pour qu'il abatte la victime.

[7] D.S. a été jugé séparément en tant que jeune contrevenant. Il a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré et s'est vu infliger une peine spécifique. Dans le cadre de l'entente sur le plaidoyer, D.S. a souscrit l'exposé conjoint des faits qu'avait rédigé l'avocat du ministère public avec l'apport de l'avocat de la défense. D.S. y impliquait directement l'appelant dans le meurtre : il aurait remis à D.S. l'arme de poing ayant servi à commettre le crime, lui aurait ordonné de tirer sur la victime et aurait demandé que l'arme lui soit rendue après le meurtre.

[8] Lors de l'inscription du plaidoyer, D.S. a attesté l'exactitude de l'exposé conjoint des faits. Dans son témoignage au procès de l'appelant, il a affirmé n'avoir pas compris les mots [TRADUCTION] « attesté » et « exact » utilisés par son avocat à l'audience relative à son plaidoyer de culpabilité.

[9] La lecture de l'exposé conjoint des faits n'a pas été enregistrée sur bande vidéo ni n'était précédée d'un serment ou d'une affirmation solennelle. On avait dit à D.S. qu'en souscrivant l'exposé conjoint, il ne serait pas tenu de faire d'autres déclarations à propos du meurtre. Dans son témoignage au procès de l'appelant, il a déclaré que c'était notamment pour cette raison qu'il avait plaidé coupable.

[10] Pendant l'interrogatoire principal, l'avocat du ministère public a demandé à D.S. d'adopter l'exposé conjoint des faits. D.S. a affirmé qu'il ne se souvenait pas d'avoir souscrit le document, mais il a reconnu qu'il portait bel et bien sa signature. Il

Instead, D.S. testified that the gun was his own; he shot the victim because of the way he was talking; and he threw the gun into the river after the shooting.

[11] In response to D.S.'s denials, the Crown sought to adduce the ASF for the truth of its contents. The trial judge rejected the Crown's application. At the close of the Crown's case, the trial judge granted the defence's application for a directed order acquitting the appellant.

III. Decisions Below

[12] Following a *voir dire*, Flynn J. ruled that the signed ASF — hearsay evidence by virtue of being an out-of-court statement adduced for the truth of its contents — did not meet the threshold reliability required for it to be admissible as evidence. None of the safeguards identified in this Court's decision in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 (*K.G.B.*), for reducing the dangers associated with hearsay had been undertaken. The statement was not videotaped; there had been no recital of an oath or affirmation; and the transcript of the guilty plea proceedings was not a suitable substitute to assess D.S.'s demeanour and credibility at the time the statement was made. Furthermore, the statement had been drafted by counsel; it was not offered spontaneously and was not in D.S.'s own words.

[13] Referring to *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579 (C.A.), Flynn J. noted that the opportunity for an effective cross-examination at trial would be "to a large extent illusory" where the declarant experiences significant memory lapses or where he recants (*A.R.*, vol. I, at p. 61). D.S.'s refusal to waive solicitor-client privilege precluded questions to D.S. or his counsel about how D.S. came to implicate the appellant (*A.R.*, vol. I, at p. 59).

a ensuite nié les faits impliquant l'appelant qui y étaient énoncés. Il a déclaré au contraire que l'arme lui appartenait, qu'il avait abattu la victime à cause de la manière dont elle s'exprimait et qu'il avait jeté l'arme dans la rivière après le meurtre.

[11] En réponse aux dénégations de D.S., le ministère public a voulu faire admettre l'exposé conjoint des faits comme preuve de la véracité de son contenu, requête que le juge a rejetée. À l'issue de la plaidoirie finale du ministère public, le juge du procès a accueilli la requête de la défense et imposé un verdict d'acquittement.

III. Décisions des juridictions inférieures

[12] À la suite d'un *voir-dire*, le juge Flynn a conclu que l'exposé conjoint des faits signé — une preuve par ouï-dire du fait qu'il s'agit d'une déclaration extrajudiciaire présentée comme preuve de la véracité de son contenu — n'atteignait pas le seuil de fiabilité nécessaire pour être admis en preuve. Aucune des garanties énoncées dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 (*K.G.B.*), de notre Cour visant à atténuer les dangers associés au ouï-dire n'était présente. La lecture de l'exposé n'avait pas été enregistrée sur bande vidéo, D.S. n'avait pas prêté serment ni fait d'affirmation solennelle et la transcription de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité ne constituait pas un substitut adéquat permettant d'apprécier le comportement et la crédibilité de D.S. au moment de la déclaration. De plus, l'exposé avait été rédigé par les avocats; il ne s'agissait pas d'une déclaration spontanée, et il ne reprenait pas les paroles de D.S.

[13] Renvoyant à l'arrêt *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579 (C.A.), le juge Flynn a souligné que la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire efficace au procès serait [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire » dans le cas où le déclarant a d'importants trous de mémoire ou se rétracte (*d.a.*, vol. I, p. 61). Le refus par D.S. de renoncer au privilège du secret professionnel de l'avocat l'a soustrait, ainsi que son avocat, aux questions visant à élucider comment il en était venu à impliquer l'appelant (*d.a.*, vol. I, p. 59).

[14] Flynn J. found insufficient means for the jury to assess the reliability of the ASF as a prior inconsistent statement and held that it was not admissible as evidence for the truth of its contents.

[15] The Ontario Court of Appeal concluded that the trial judge erred in his understanding of the scope of solicitor-client privilege. Solicitor-client privilege would not have precluded all questioning of D.S. or his counsel regarding the ASF or his choice to implicate the appellant. The Court of Appeal also held that the trial judge further erred in strictly focussing on the *K.G.B.* requirements for establishing reliability and in failing to consider other factors, such as the solemnity of the occasion upon which D.S. adopted the ASF and the involvement of counsel in preparing it.

[16] Satisfied that without such errors the trial judge might have admitted the ASF into evidence, the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal, and ordered a new trial.

IV. Issues

[17] The question in this appeal is whether the trial judge erred in finding that there were insufficient safeguards to establish threshold reliability to admit the ASF as evidence and, if he did, whether the error had a material bearing on the result. Answering this question requires the consideration of two issues:

- (a) Did the trial judge err in finding that cross-examination did not provide a sufficient basis for the jury to assess the truthfulness of the prior inconsistent statement?
- (b) Did the trial judge err in finding that the circumstances surrounding the making of

[14] Le juge Flynn estimait les moyens invoqués insuffisants pour permettre au jury d'apprécier la fiabilité de l'exposé conjoint des faits à titre de déclaration antérieure incompatible et a conclu que ce dernier n'était pas admissible comme preuve de la véracité de son contenu.

[15] Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le juge du procès a commis une erreur dans son interprétation de la portée du secret professionnel de l'avocat. Ce privilège n'aurait pas eu pour effet de soustraire D.S. et son avocat à toutes les questions à propos de l'exposé conjoint des faits ou de la décision du premier d'impliquer l'appellant. La Cour d'appel a aussi conclu que le juge du procès avait fait erreur en s'attachant strictement aux exigences énoncées dans *K.G.B.* pour établir la fiabilité et en ne tenant pas compte d'autres facteurs comme les circonstances solennelles dans lesquelles D.S. avait souscrit l'exposé conjoint des faits et la participation des avocats à sa rédaction.

[16] Convaincue que si le juge du procès n'avait pas commis ces erreurs il se peut qu'il ait admis l'exposé conjoint des faits en preuve, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

IV. Questions en litige

[17] La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste à savoir si le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'inexistence de garanties suffisantes empêchait d'établir le seuil de fiabilité nécessaire pour faire admettre en preuve l'exposé conjoint des faits et, dans l'affirmative, si l'erreur a eu une incidence significative sur l'issue de la cause. Pour répondre à cette question, il faut en examiner deux autres :

- a) Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que le contre-interrogatoire n'offrirait pas au jury une base suffisante pour lui permettre d'apprécier la véracité de la déclaration antérieure incompatible?
- b) Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que les circonstances entourant la

the prior inconsistent statement did not provide sufficient guarantees of substantive reliability?

déclaration antérieure incompatible ne fournissaient pas de garanties suffisantes de fiabilité découlant de la nature de la preuve?

V. Legal Principles

V. Principes juridiques

A. *Hearsay and Threshold Reliability*

A. *Oùï-dire et seuil de fiabilité*

[18] Hearsay evidence — an out-of-court statement tendered for the truth of its contents — is presumptively inadmissible. This is because the dangers associated with hearsay evidence may undermine the truth-seeking function of a trial or its fairness. These dangers typically include an inability to test and assess a declarant's perception, memory, narration, or sincerity: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 2.

[18] La preuve par oùï-dire — une déclaration extrajudiciaire présentée pour établir la véracité de son contenu — est présumée inadmissible, parce que les dangers qui y sont associés risquent de compromettre la fonction de recherche de la vérité ou l'équité du procès. Ces dangers incluent habituellement l'incapacité de mettre à l'épreuve et d'évaluer la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 2.

[19] The law has conventionally favoured the evidence of witnesses who give evidence in court because they can be observed, under oath or affirmation, and their credibility and reliability can be tested by cross-examination. These elements help the trier of fact assess the credibility of the declarant or witness, the reliability of the evidence, and the degree of probative force it carries. When these elements are absent, as is the case with a statement made outside of the court, it is more difficult for the trier of fact to make these assessments.

[19] Traditionnellement, le droit favorise le témoignage d'une personne qui dépose au procès, du fait que le tribunal peut l'observer, une fois qu'elle a prêté serment ou fait une affirmation solennelle, et que sa crédibilité et sa fiabilité peuvent être mises à l'épreuve par contre-interrogatoire. Ces éléments aident le juge des faits à apprécier la crédibilité du déclarant ou du témoin, la fiabilité de la preuve et son degré de force probante. S'il en est privé, comme lorsque lui est présentée une déclaration extrajudiciaire, une telle appréciation sera plus difficile.

[20] Over time, however, the law has recognized that in certain circumstances, it may be safe to rely on out-of-court statements for the truth of their contents. Exceptions to the hearsay rule developed for statements carrying certain guarantees of inherent trustworthiness, often because of the circumstances in which they were made (for example, dying declarations and declarations that are adverse in interest).

[20] Toutefois, le droit a reconnu au fil du temps que, dans certaines circonstances, on peut invoquer sans danger la déclaration extrajudiciaire comme preuve de la véracité de son contenu. Des exceptions à la règle du oùï-dire ont été établies à l'égard des déclarations comportant certaines garanties de fiabilité inhérente, souvent attribuables aux circonstances les entourant (par exemple, la déclaration d'un mourant et la déclaration contre l'intérêt de son auteur).

[21] In addition to the traditional exceptions, however, this Court developed a principled approach that permits trial judges to admit hearsay evidence if it meets the twin threshold requirements of necessity and reliability. This is a flexible case-by-case examination. See especially *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R.

[21] Cependant, outre les exceptions traditionnelles, la Cour a élaboré une méthode d'analyse raisonnée permettant aux juges d'admettre une preuve par oùï-dire si elle satisfait au double critère de nécessité et de fiabilité. Il s'agit d'un examen souple effectué au cas par cas. Voir en particulier *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992]

915; *K.G.B.*; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; and *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 38. With the increased flexibility provided by the principled approach, however, the gatekeeper function of the trial judge becomes more complex and nuanced.

[22] Where a witness recants from a prior statement, necessity is established: *Khelawon*, at para. 78. The focus in this case is on whether the prior inconsistent statement meets threshold reliability.

[23] The trial judge, as the evidentiary gatekeeper, assesses the *threshold* reliability of the hearsay statement. The decision as to the *ultimate* reliability of the statement is left to the trier of fact: *Khelawon*, at para. 2. Even if the necessity and reliability of the hearsay evidence are proven, the trial judge maintains discretion to exclude the evidence where the “prejudicial effect is out of proportion to its probative value”: *Khelawon*, at para. 3.

[24] Why not simply let the trier of fact determine both threshold and ultimate reliability? Professors D. M. Paciocco and L. Stuesser provide the following explanation, with which I agree:

In considering “reliability”, a distinction is made between “threshold” and “ultimate” reliability. This distinction reflects the important difference between admission and reliance. Threshold reliability is for the trial judge and concerns the admissibility of the statement. The trial judge acts as a gatekeeper whose function “is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient *indicia* of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement.” So long as it can be assessed and accepted by a reasonable trier of fact, then the evidence should be admitted. Once admitted, the jury remains the ultimate arbiter of what to do with the evidence and deciding whether or not the statement is true.

(*The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at pp. 122-23)

See *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 75; and *Khelawon*, at paras. 50-52.

2 R.C.S. 915; *K.G.B.*; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; et *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 38. Cependant, la souplesse accrue que permet la méthode d’analyse raisonnée se traduit pour le juge du procès, à titre de gardien en matière de preuve, par un rôle davantage complexe et nuancé.

[22] Quand un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité est établie : *Khelawon*, par. 78. En l’espèce, la question fondamentale est celle de savoir si la déclaration antérieure incompatible atteint le seuil de fiabilité.

[23] Le juge du procès, à titre de gardien, détermine si la déclaration relatée atteint le *seuil* de fiabilité. C’est au juge des faits qu’il appartient de déterminer la fiabilité *en dernière analyse* : *Khelawon*, par. 2. Même si la nécessité et la fiabilité de la preuve par oui-dire sont démontrées, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire d’exclure la preuve lorsque son « effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante » : *Khelawon*, par. 3.

[24] Pourquoi ne pas simplement laisser au juge des faits le soin de déterminer et le seuil de fiabilité et la fiabilité en dernière analyse? Les professeurs D. M. Paciocco et L. Stuesser donnent l’explication suivante, à laquelle je souscris :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la « fiabilité », une distinction est faite entre « seuil » de fiabilité et fiabilité « en dernière analyse ». Cette distinction reflète la différence importante entre admettre un élément de preuve et s’y fier. Le seuil de fiabilité ressortit au juge du procès et intéresse l’admissibilité de la déclaration. Le juge du procès agit comme gardien dont la tâche « se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d’indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration ». Dès lors que la déclaration est susceptible d’être appréciée et acceptée par un juge des faits raisonnable, elle doit être admise en preuve. Une fois la preuve admise, le jury demeure l’arbitre ultime de l’utilisation qui en sera faite et de sa véracité.

(*The Law of Evidence* (6^e éd. 2011), p. 122-123)

Voir *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 75; et *Khelawon*, par. 50-52.

[25] Threshold reliability serves an important function. Rules of evidence and principles governing the admissibility of evidence exist in the first place because experience teaches that certain types of evidence can be presumptively unreliable (or prejudicial) and can undermine the truth-seeking function of a trial. Rules of admissibility of evidence address trial fairness and provide predictability. They also provide the means to maintain control over the scope of criminal trials to keep them manageable and focussed on probative and relevant evidence.

B. Admissibility of Prior Inconsistent Statements

[26] Historically, an out-of-court prior inconsistent statement of a non-accused witness was admissible only to impeach the credibility of the witness. A prior inconsistent statement — hearsay evidence — was not admissible for the truth of its contents unless the witness adopted the prior statement in court. Otherwise, the jury was limited to rejecting the *viva voce* evidence of the recanting witness; the jury could not substitute the contents of the out-of-court statement.

[27] This traditional rule excluding prior inconsistent statements was altered in *K.G.B.* to conform with the evolving principled approach to hearsay. On an exceptional basis, a prior inconsistent statement is admissible for the truth of its contents, provided the threshold criteria of necessity and reliability are established.

[28] In *K.G.B.*, at p. 787, Lamer C.J. stated that the focus of the reliability inquiry, when dealing with prior inconsistent statements, “is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability . . . must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence”.

[25] Le seuil de fiabilité joue un rôle important. Les règles de preuve et les principes régissant l’admissibilité existent parce que l’expérience révèle que certains types de preuve peuvent être présumés peu fiables (ou préjudiciables) et risquent de compromettre la fonction de recherche de la vérité du procès. Les règles d’admissibilité ont pour objet l’équité du procès et assurent la prévisibilité. Elles permettent aussi de circonscrire la portée des procès criminels afin d’en assurer la bonne marche et de faire en sorte qu’ils demeurent axés sur la preuve probante et pertinente.

B. Admissibilité des déclarations antérieures incompatibles

[26] Dans le passé, une déclaration extrajudiciaire antérieure incompatible faite par un témoin non accusé n’était admissible que dans le but d’attaquer la crédibilité de ce témoin. Une telle déclaration — qui constitue une preuve par ouï-dire — n’était pas admissible comme preuve de la véracité de son contenu sauf si le témoin l’adoptait au procès. Sinon, le jury ne pouvait que rejeter le témoignage de vive voix du témoin qui s’était rétracté; il ne pouvait y substituer le contenu de la déclaration extrajudiciaire.

[27] Cette règle traditionnelle excluant les déclarations antérieures incompatibles a été modifiée dans *K.G.B.* en phase avec l’évolution de la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire. Exceptionnellement, une déclaration antérieure incompatible est admissible comme preuve de la véracité de son contenu s’il est satisfait aux critères de nécessité et de fiabilité.

[28] Dans *K.G.B.*, p. 787, le juge en chef Lamer affirme que, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l’examen est axé « sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité [. . .] doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond ».

[29] Accordingly, Lamer C.J. held, at pp. 795-96, that a prior inconsistent statement of a non-accused witness may be admitted for the truth of its contents if the so-called *K.G.B.* reliability indicia are met: (1) the statement is made under oath or solemn affirmation after a warning as to possible sanctions if the person is untruthful; (2) the statement is videotaped or recorded in its entirety; and (3) the opposing party has a full opportunity to cross-examine the witness on the statement. Such *K.G.B.* statements have become prevalent, especially in murder investigations.

[30] However, the *K.G.B.* indicia are not the only means of establishing threshold reliability. The prior inconsistent statement's threshold reliability may be established by: (1) the presence of adequate substitutes for testing truth and accuracy (procedural reliability); and (2) sufficient circumstantial guarantees of reliability or an inherent trustworthiness (substantive reliability): *Khelawon*, at paras. 61-63. These two principal ways of showing threshold reliability are not mutually exclusive: *R. v. Devine*, 2008 SCC 36, [2008] 2 S.C.R. 283, at para. 22.

[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: *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 81.

[32] To obtain a new trial following an acquittal, the Crown must show that the trial judge erred and that this error "might reasonably be thought . . . to have had a material bearing on the acquittal":

[29] Par conséquent, le juge en chef Lamer conclut aux p. 795-796 qu'une déclaration antérieure incompatible d'un témoin non accusé peut être admise comme preuve de la véracité de son contenu si les indices de fiabilité énoncés dans *K.G.B.* sont présents : (1) le témoin fait la déclaration sous serment ou affirmation solennelle après avoir reçu une mise en garde au sujet des sanctions qui peuvent lui être infligées s'il ne dit pas la vérité, (2) la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo ou audio et (3) la partie adverse a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Les déclarations de type *K.G.B.* sont répandues, surtout dans les enquêtes relatives à un meurtre.

[30] Cependant, les indices énoncés dans *K.G.B.* ne constituent pas l'unique moyen d'établir le seuil de fiabilité. Dans le cas d'une déclaration antérieure incompatible, les éléments suivants peuvent permettre de satisfaire au critère : (1) l'existence de substituts adéquats permettant de vérifier la véracité et l'exactitude (fiabilité d'ordre procédural) et (2) des garanties circonstanciées suffisantes ou une fiabilité intrinsèque (fiabilité découlant de la nature de la preuve) : *Khelawon*, par. 61-63. Ces deux principales manières d'établir le seuil de fiabilité ne s'excluent pas mutuellement : *R. c. Devine*, 2008 CSC 36, [2008] 2 R.C.S. 283, par. 22.

[31] L'admissibilité d'une preuve par oui-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 oui-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 : *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 81.

[32] Pour obtenir la tenue d'un nouveau procès après un verdict d'acquiescement, le ministère public doit démontrer que le juge du procès a commis une erreur et qu'il « serait raisonnable de penser [. . .]

R. v. Graveline, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14. The Crown is not required to establish “that the verdict would necessarily have been different”: *Graveline*, at para. 14. This is still, however, a “heavy onus” for the Crown: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 26.

VI. Application

[33] In light of the trial judge’s obligation to act as evidentiary gatekeeper, I turn first to the specific hearsay dangers posed by the prior inconsistent statement in this case as noted by the trial judge. In the context of the plea bargain, D.S. had a strong incentive to minimize his role in the crime and to shift responsibility to the appellant, a co-accused, in order to obtain a favourable outcome. There was no opportunity to observe the demeanour of D.S. or his own choice of words, as the ASF was drafted by counsel and was not spontaneous. When D.S. asserted solicitor-client privilege, the ability to cross-examine was curtailed.

[34] The trial judge therefore considered whether cross-examination of D.S. at the appellant’s trial would provide an adequate procedural basis to permit the jury to assess the veracity of the prior statement and whether there were other circumstances that provided circumstantial assurances of trustworthiness.

A. *Procedural Substitutes: The Opportunity to Cross-Examine the Recanting Witness*

[35] The most important factor supporting the admissibility of a prior inconsistent statement of a non-accused witness for the truth of its contents is the availability of the non-accused witness for cross-examination. In *Couture*, Charron J. held that “the availability of the declarant for cross-examination goes a long way to satisfying the requirement for adequate substitutes” for testing the evidence (at para. 92) and that “the opportunity to

que l’erreur [. . .] [a] eu une incidence significative sur le verdict d’acquittement » : *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14. Il n’est toutefois pas tenu de prouver « que le verdict aurait nécessairement été différent » : *Graveline*, par. 14. Il s’agit tout de même d’un « lourd fardeau » pour le ministère public : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 26.

VI. Application à l’espèce

[33] Étant donné que le juge du procès agit comme gardien en matière de preuve, je me penche d’abord sur les dangers particuliers associés au oui-dire qu’il a relevés en l’espèce à l’égard de la déclaration antérieure incompatible. Dans le contexte de la négociation du plaidoyer, D.S. avait de bonnes raisons de minimiser son rôle dans le crime et d’en rejeter la responsabilité sur l’appelant, un coaccusé, s’il voulait obtenir un jugement qui lui était favorable. Le juge du procès n’a pas eu la possibilité d’observer le comportement de D.S. ni d’évaluer son choix de mots puisque l’exposé conjoint des faits avait été rédigé par les avocats et qu’il ne s’agissait pas d’une déclaration spontanée. En invoquant le secret professionnel de l’avocat, D.S. a coupé court au contre-interrogatoire.

[34] Le juge du procès s’est donc demandé si le contre-interrogatoire de D.S. au procès de l’appelant donnerait au jury un moyen d’ordre procédural d’évaluer la véracité de la déclaration antérieure et s’il existait d’autres garanties circonstanciées de fiabilité.

A. *Substituts d’ordre procédural : la possibilité de contre-interroger le témoin qui se rétracte*

[35] La principale raison qui milite pour l’admissibilité de la déclaration antérieure incompatible faite par un témoin non accusé comme preuve de la véracité de son contenu est la disponibilité de ce témoin pour un contre-interrogatoire. Dans *Couture*, la juge Charron conclut que « la disponibilité du déclarant pour être contre-interrogé contribue grandement à satisfaire à l’exigence d’autres moyens adéquats » de vérifier la preuve (par. 92) et que « [l]a possibilité

cross-examine is the most powerful factor favouring admissibility” (para. 95).

[36] In assessing the means by which a jury could rationally evaluate the truthfulness and accuracy of the statement, the trial judge correctly noted the importance of cross-examination. He stated that it was an important means for the jury to determine whether a previous statement from a witness was ultimately reliable. However, referring to *Conway*, the trial judge noted that the opportunity for an effective cross-examination of D.S. at the appellant’s trial would be “to a large extent illusory” due to D.S.’s memory lapses with respect to the ASF and his invocation of solicitor-client privilege.

[37] With respect to solicitor-client privilege, the trial judge concluded:

Solicitor/client privilege precluded questions to or from [D.S.] or indeed of his counsel about how it came to be that this confession from [D.S.] as the shooter and his implication of the accused as the person who provided him with the gun and directed him to do the shooting was made on the day of his guilty plea almost two years after his arrest when he had never confessed or implicated Yousanthan Youvarajah in all that time. [A.R., vol. I, at p. 59]

[38] The respondent agrees with the Ontario Court of Appeal that the trial judge erred in overstating the scope of solicitor-client privilege and failed to recognize that there would be significant areas of cross-examination open to counsel at trial. The Court of Appeal found that the trial judge erred in relying on *Conway* to conclude that cross-examination of D.S. would be “to a large extent illusory”. As a result, the court concluded that the trial judge may have admitted the ASF if he had appreciated the broader scope of cross-examination available to test its reliability.

de contre-interroger [est] le facteur le plus concluant pour démontrer l’admissibilité » (par. 95).

[36] Lorsqu’il a évalué les moyens par lesquels le jury pourrait apprécier la véracité et l’exactitude de la déclaration de manière rationnelle, le juge du procès a souligné à juste titre l’importance du contre-interrogatoire. Il a affirmé qu’il s’agissait là d’un moyen important par lequel le jury pouvait déterminer la fiabilité en dernière analyse de la déclaration antérieure d’un témoin. Cependant, en renvoyant à *Conway*, le juge du procès a fait remarquer que la possibilité d’un contre-interrogatoire efficace de D.S. au procès de l’appelant serait [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire » en raison des trous de mémoire que faisait valoir D.S. à propos de l’exposé conjoint des faits et du fait qu’il avait invoqué le secret professionnel de l’avocat.

[37] Au sujet de ce type de privilège, le juge du procès a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Le secret professionnel de l’avocat jouait pour soustraire [D.S.] et, évidemment, son avocat aux questions visant à expliquer comment il se faisait que la confession de [D.S.] — qu’il avait tiré le coup fatal et que l’accusé lui avait fourni l’arme et ordonné de tirer — a été faite le jour de son plaidoyer de culpabilité, près de deux ans après son arrestation, alors qu’il n’avait jamais avoué ou impliqué Yousanthan Youvarajah avant cette date. [d.a., vol. I, p. 59]

[38] L’intimée souscrit à l’opinion de la Cour d’appel de l’Ontario selon laquelle le juge du procès a attribué à tort une portée excessive au secret professionnel de l’avocat et a négligé les autres avenues importantes que les avocats auraient pu explorer en contre-interrogatoire. La Cour d’appel était d’avis que le juge du procès avait commis une erreur en se fondant sur *Conway* pour conclure que le contre-interrogatoire de D.S. serait [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire ». Par conséquent, selon elle, le juge du procès aurait peut-être admis l’exposé conjoint des faits s’il avait envisagé la possibilité d’un contre-interrogatoire élargi servant à en apprécier la fiabilité.

[39] The Court of Appeal concluded that both counsel and the trial judge appeared “to have been of the mistaken view” that solicitor-client privilege would preclude certain questions being asked of D.S. with respect to the ASF (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, at para. 93). Further, at para. 95, the Court of Appeal cited the trial judge’s statement that “no legal witnesses that have [ever] spoken to [D.S.]” should be called (A.R., vol. II, at p. 132).

B. *Solicitor-Client Privilege*

[40] On a strict reading of the passage quoted above, I agree that the trial judge overstated the scope of solicitor-client privilege. It would have been more accurate for the trial judge to say that it precluded *many* questions about his decision to accept the plea bargain and his reasons for implicating the appellant. Simmons J.A., for the unanimous panel of the Court of Appeal, outlined a number of areas of questioning that remained available to the Crown (see para. 84).

[41] However, for the reasons that follow, on my reading of the reasons and the *voir dire* record, I am not persuaded that the trial judge erred in concluding that cross-examination was “to a large extent illusory” and insufficient to overcome the hearsay dangers in this particular case. Further, I do not agree that the trial judge precluded the Crown from conducting a more probing cross-examination of the witness or from calling other witnesses about the creation of the ASF. Finally, I am not persuaded that any overstatement of the scope of solicitor-client privilege would have had a material impact on the conclusion that cross-examination was not, in this case, a sufficient means to satisfy threshold reliability.

[42] Once D.S. confirmed that he would not waive solicitor-client privilege, the Crown chose to circumscribe its cross-examination and had no further questions of the witness. The trial judge

[39] Selon la Cour d’appel, l’avocat et le juge du procès semblaient [TRADUCTION] « croire à tort » que le secret professionnel de l’avocat aurait pour effet de soustraire D.S. à certaines questions à l’égard de l’exposé conjoint des faits (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, par. 93). De plus, au par. 95, la Cour d’appel reprend les propos du juge du procès portant qu’[TRADUCTION] « aucun témoin juriste ayant [déjà] parlé à [D.S.] » ne devrait être cité à témoigner (d.a., vol. II, p. 132).

B. *Secret professionnel de l’avocat*

[40] Suivant une interprétation stricte du passage précité, je conviens que le juge du procès a attribué une portée excessive au secret professionnel de l’avocat. Il aurait été plus juste de dire que ce privilège soustrayait D.S. à de *nombreuses* questions sur sa décision d’accepter le plaidoyer et les raisons qui l’avaient motivé à impliquer l’appelant. La juge Simmons, s’exprimant au nom des juges unanimes de la Cour d’appel, a énuméré plusieurs avenues qui s’offraient au ministère public en contre-interrogatoire (voir par. 84).

[41] Cependant, pour les raisons énoncées ci-après, selon mon interprétation des motifs et du dossier relatif au voir-dire, je ne suis pas convaincue que le juge du procès a conclu à tort que le contre-interrogatoire était [TRADUCTION] « dans une large mesure illusoire » et ne suffirait pas à écarter les dangers associés au oui-dire en l’espèce. Je ne crois pas non plus que le juge du procès ait empêché le ministère public de procéder à un contre-interrogatoire plus poussé du témoin ou d’en citer d’autres à témoigner sur la rédaction de l’exposé conjoint des faits. Enfin, je ne suis pas non plus convaincue que l’attribution d’une portée excessive au secret professionnel de l’avocat a eu une incidence significative sur la conclusion selon laquelle le contre-interrogatoire ne constituait pas, en l’espèce, un moyen suffisant d’établir le seuil de fiabilité.

[42] Dès lors que D.S. a confirmé qu’il ne renonçait pas au privilège du secret professionnel de l’avocat, le ministère public a choisi de mettre fin au contre-interrogatoire. Le juge du procès n’a pas laissé

made no comments suggesting that there should be no further cross-examination of the witness on the *voir dire*.

[43] The following exchange between Crown counsel and the trial judge occurred after independent counsel confirmed that D.S. would not waive solicitor-client privilege (A.R., vol. II, at p. 132):

[CROWN COUNSEL]: And I don't anticipate even now given the comments of [D.S.'s independent counsel] Mr. Marentette I don't anticipate needing to call further witnesses.

THE COURT: Well, no legal witnesses that have ever spoken to this man anyway.

[CROWN COUNSEL]: Right.

THE COURT: Right. I mean we're going to take Mr. Marentette's word as the final word on that.

[CROWN COUNSEL]: Right.

[44] This exchange between the trial judge and Crown counsel must be read in context. It does not amount to a direction or a ruling not to call other witnesses. The trial judge merely affirmed Crown counsel's statement that he would not be calling any "legal witnesses that have ever spoken to" the witness (emphasis added). The judge was not asked for a ruling. Had Crown counsel wished to call further evidence, he could have sought direction. The judge would no doubt have sought submissions and considered the extent of the restrictions imposed by solicitor-client privilege before making a ruling.

[45] Since this was the same Crown who had prosecuted D.S. at his separate youth trial, and who negotiated the plea bargain and drafted the ASF, he knew what D.S. or his lawyers could say about those matters, outside the scope of solicitor-client privilege. Thus, I reject the submission that the trial judge curtailed the scope of evidence on the *voir dire*.

entendre qu'il fallait couper court à cette étape de la procédure dans le cadre du *voir-dire*.

[43] L'échange entre l'avocat du ministère public et le juge du procès reproduit plus bas a eu lieu après qu'un avocat indépendant a confirmé que D.S. ne renoncerait pas au privilège (d.a., vol. II, p. 132) :

[TRADUCTION]

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Et je n'envisage toujours pas, compte tenu des commentaires de M^e Marentette [l'avocat indépendant de D.S.], je ne pense pas avoir besoin de citer d'autres témoins.

LA COUR : Aucun témoin juriste ayant déjà parlé à cet homme en tout cas.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien.

LA COUR : Bien, je voulais dire que M^e Marentette a le dernier mot à cet égard.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien.

[44] Il faut situer cet échange entre le juge du procès et l'avocat du ministère public dans son contexte. Il ne s'agit pas d'une directive ou d'une décision interdisant de citer d'autres témoins. Le juge du procès n'a fait que reprendre l'affirmation de l'avocat du ministère public selon laquelle il ne citerait aucun [TRADUCTION] « témoin juriste ayant déjà parlé [au] » témoin (je souligne). On n'avait pas demandé au juge du procès de trancher. Si l'avocat du ministère public avait voulu présenter d'autres preuves, il aurait pu s'adresser au juge du procès, qui aurait sans doute demandé que des observations lui soient présentées et aurait étudié l'étendue des restrictions qu'emporte le secret professionnel de l'avocat avant de se prononcer.

[45] Comme il s'agissait du même avocat qui avait poursuivi D.S. dans le cadre d'un procès distinct devant le tribunal pour adolescents, négocié le plaidoyer et rédigé l'exposé conjoint des faits, il savait ce que D.S. ou ses avocats pouvaient dire à ce sujet sans violer le secret professionnel de l'avocat. Par conséquent, je rejette l'argument selon lequel le juge du procès a restreint la portée de la preuve lors du *voir-dire*.

[46] I conclude that the *voir dire* unfolded as it did primarily due to the Crown's prosecutorial decisions. Crown counsel was not precluded by the trial judge from calling further witnesses or from posing further questions to D.S. The Crown cannot ask for a new trial on the basis that the prosecution should have been conducted differently.

[47] Further, it should not be inferred from this exchange that the trial judge did not correctly understand the scope of solicitor-client privilege when he made his ruling on the *voir dire*. Trial judges are presumed to know the law. Further, given the context of this informal exchange, I am not persuaded that it provides a basis to conclude that the trial judge did not understand the scope of solicitor-client privilege. He was neither stating a legal principle nor making a ruling.

[48] Finally, notwithstanding the aspects of cross-examination that would have remained available, the reality is that solicitor-client privilege would curtail significantly the cross-examination available to assess the threshold reliability of the prior inconsistent statement. The Crown could not have probed the conversations between D.S. and his counsel about legal advice in connection with his decision to plead guilty or to accept the ASF.

[49] Simply put, D.S. recanted the portions of the ASF that implicated the appellant and replaced them with assertions that exonerated the appellant. Cross-examination of D.S. did not elicit an explanation for his about-face from the assertions that tied the appellant to the murder. This Court stated in *U. (F.J.)*, at para. 46, that if the witness "provides an explanation for changing his or her story, the trier of fact will be able to assess both versions of the story, as well as the explanation". Paciocco and Stuesser similarly state that "[a] testing of the witness's recantation is only possible when the witness admits making the earlier statement and provides a story for his or her recantation" (p. 131 (emphasis added)). See also *Khelawon*, at para. 76.

[46] J'estime que la manière dont le voir-dire s'est déroulé est attribuable principalement aux décisions de la poursuite. Le juge du procès n'a pas empêché l'avocat du ministère public d'appeler d'autres témoins à la barre ou d'interroger davantage D.S. Le ministère public ne peut demander la tenue d'un nouveau procès au motif que la poursuite aurait dû être menée différemment.

[47] En outre, il ne faut pas supposer à la lecture de cet échange que le juge du procès n'avait pas bien saisi la portée du secret professionnel de l'avocat quand il a rendu sa décision à l'issue du voir-dire. Les juges de procès sont présumés connaître le droit. En outre, vu le contexte de cet échange informel, je ne crois pas qu'il permette de conclure que le juge du procès n'avait pas saisi la portée du privilège. Le juge n'énonçait pas un principe juridique ni ne rendait de décision.

[48] Enfin, abstraction faite des sujets sur lesquels aurait pu porter le contre-interrogatoire, en réalité, le secret professionnel de l'avocat restreindrait sensiblement les questions visant à déterminer si la déclaration antérieure incompatible atteint le seuil de fiabilité. Le ministère public n'aurait pas pu s'enquérir des conversations entre D.S. et son avocat au sujet des conseils juridiques sous-tendant la décision du premier de plaider coupable ou de souscrire l'exposé conjoint des faits.

[49] Bref, D.S. est revenu sur les parties de l'exposé conjoint des faits qui impliquaient l'appellant et y a substitué des affirmations exonérant ce dernier. Le contre-interrogatoire de D.S. n'a pas permis d'expliquer pourquoi il avait fait une telle volte-face et rétracté les déclarations qui mêlaient l'appellant au meurtre. Au par. 46 de l'arrêt *U. (F.J.)*, la Cour affirme que si le témoin « donne une explication du changement de son récit, le juge des faits sera en mesure d'évaluer les deux versions du récit, ainsi que l'explication ». Les professeurs Paciocco et Stuesser font également observer qu'[TRADUCTION] « il est seulement possible de vérifier la rétractation du témoin si ce dernier admet avoir fait la déclaration antérieure et qu'il explique sa rétractation » (p. 131 (je souligne)). Voir également *Khelawon*, par. 76.

[50] In this case, solicitor-client privilege would hinder the fact finder's opportunity to fully explore any explanation offered. The jurisprudence emphasizes the presence of a "full opportunity to cross-examine the witness [at trial] respecting the statement": *K.G.B.*, at p. 796 (emphasis added). In *Devine*, Charron J. held:

It is important to note that the availability of the declarant to be cross-examined will not necessarily tip the scales in favour of admissibility. In order for this factor to weigh in favour of admission, there must be a "full opportunity to cross-examine the witness" at trial (*K.G.B.*, at p. 796). [para. 26]

[51] The trial judge referred to *Conway*, a case in which the witness could not recall making the prior statement and in which cross-examination therefore would not assist in determining which version was true. Unlike *Conway*, two versions of the events were before the trial judge in this case that could have been the subject of cross-examination (i.e., the ASF and D.S.'s testimony at the appellant's trial).

[52] The trial judge noted in this case that there were significant memory lapses in addition to D.S.'s recantation and direct contradiction. I am not satisfied that a fair reading of the trial judge's reasons suggests that he misunderstood the law. While he quoted from *Conway*, and the circumstances in that case were somewhat dissimilar, the words he quoted were apt.

[53] As noted above, solicitor-client privilege would have significantly limited the effectiveness of the cross-examination. Thus, even if the trial judge had erred in overstating the scope of solicitor-client privilege or the analogy to *Conway*, I am not persuaded that it would have materially affected the outcome in these circumstances.

[54] Given the nature of the hearsay dangers in this particular case, the trial judge did not err in concluding that nothing short of full cross-examination

[50] En l'espèce, le secret professionnel de l'avocat empêcherait le juge des faits d'examiner pleinement toute explication donnée. Il ressort de la jurisprudence que la partie adverse doit avoir la « possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration » : *K.G.B.*, p. 796 (je souligne). Pour reprendre les propos de la juge Charron, dans l'arrêt *Devine* :

Il est important de noter que la disponibilité du déclarant pour être contre-interrogé ne fera pas nécessairement pencher la balance du côté de l'admissibilité. Pour que ce facteur milite en faveur de l'admission, la partie adverse doit avoir eu la « possibilité voulue de contre-interroger le témoin » au procès (*K.G.B.*, p. 796). [par. 26]

[51] Le juge du procès a renvoyé à *Conway*, une affaire dans laquelle le témoin ne se rappelait pas avoir fait la déclaration antérieure, de sorte que le contre-interrogatoire n'aurait pas permis de déterminer laquelle des deux versions était vraie. Or, en l'espèce, le juge du procès disposait de deux versions des faits susceptibles de faire l'objet d'un contre-interrogatoire (c.-à-d. l'exposé conjoint des faits et le témoignage de D.S. au procès de l'appellant).

[52] Le juge du procès a souligné qu'en plus de s'être rétracté et directement contredit, D.S. avait invoqué des trous de mémoire importants. Je ne suis pas convaincue qu'une juste lecture des motifs du juge du procès révèle qu'il a mal compris la règle de droit. Bien qu'il ait cité l'arrêt *Conway*, dont les circonstances différaient quelque peu de la présente espèce, les passages qu'il a repris étaient pertinents.

[53] On l'a vu, le secret professionnel de l'avocat aurait grandement limité l'efficacité du contre-interrogatoire. Par conséquent, même si le juge du procès avait commis une erreur en attribuant une portée excessive à ce privilège ou en faisant l'analogie avec l'arrêt *Conway*, je ne crois pas qu'elle a eu une incidence significative sur l'issue en pareilles circonstances.

[54] Vu la nature des dangers associés au ouï-dire dans ce cas, le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que seul un contre-interrogatoire complet

could overcome them. Here, the cross-examination at trial would be significantly limited by the claim of solicitor-client privilege. The statement was not videotaped. There had been no oath or affirmation when the statement was made. The transcript of the guilty plea proceedings established the words of the prior statements but was not a suitable substitute to assess D.S.'s demeanour and credibility at the time the statement was made. Lastly, the ASF was not spontaneous and was not in D.S.'s own words. Under the circumstances, I cannot conclude that the trial judge erred in finding that there were inadequate substitutes to test and assess the truth of the evidence.

C. Inherent Trustworthiness: The Circumstances Surrounding the Preparation and Presentation of the ASF

[55] If the circumstances in which the out-of-court statement came about do not give rise to a concern over whether the statement is true or not, the statement possesses an inherent trustworthiness or substantive reliability.

[56] The Ontario Court of Appeal concluded that the trial judge erred in failing to consider whether the circumstances surrounding the preparation and presentation of the ASF provided an inherent trustworthiness to establish threshold reliability.

[57] In my view, the circumstantial guarantees of trustworthiness asserted by the respondent — the thorough process in creating the ASF, the involvement of counsel, and the solemnity of the guilty plea proceeding — do not establish threshold reliability for the statements from which D.S. recanted, which served to minimize his involvement in the murder and shift responsibility to the appellant. In the circumstances of this case, the formality of the process and the involvement of counsel only provide comfort in respect of D.S.'s statements admitting his own culpability for the murder.

aurait permis de les écarter. En l'espèce, le contre-interrogatoire au procès serait fort limité par le secret professionnel de l'avocat invoqué. La déclaration n'avait pas été enregistrée sur bande vidéo. Elle n'avait pas été faite sous serment ni précédée d'une affirmation solennelle. La transcription de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité reproduisait les termes de la déclaration antérieure, mais ne constituait pas un substitut adéquat permettant d'apprécier le comportement et la crédibilité de D.S. au moment de la déclaration. Enfin, l'exposé conjoint des faits n'était pas une déclaration spontanée et ne reprenait pas les paroles de D.S. Dans les circonstances, je ne puis reconnaître que le juge du procès a commis une erreur en concluant à l'inexistence de substituts adéquats qui auraient permis de mettre à l'épreuve le témoignage et d'en évaluer la véracité.

C. Fiabilité intrinsèque : les circonstances entourant la préparation et la présentation de l'exposé conjoint des faits

[55] Si les circonstances dans lesquelles la déclaration extrajudiciaire est faite ne suscitent pas de préoccupations quant à sa véracité, la déclaration présente une fiabilité intrinsèque ou fiabilité découlant de la nature de la preuve.

[56] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait eu tort de ne pas se demander si les circonstances entourant la préparation et la lecture de l'exposé conjoint des faits révélaient une fiabilité intrinsèque permettant d'établir que le seuil de fiabilité était atteint.

[57] À mon avis, les garanties circonstancielles de fiabilité invoquées par l'intimée — à savoir le processus exhaustif de rédaction de l'exposé conjoint des faits, la participation des avocats et le caractère solennel de l'audience relative au plaidoyer de culpabilité — ne permettent pas d'établir que les déclarations rétractées, qui minimisaient le rôle de D.S. dans le meurtre et en rejetaient la responsabilité sur l'appelant, atteignaient le seuil de fiabilité. Dans les circonstances de l'espèce, la formalité de la procédure et la participation des avocats ne sont garantes que des déclarations de D.S. dans lesquelles il avoue sa culpabilité relativement au meurtre.

[58] D.S.'s guilty plea was, indeed, a solemn occasion. The ASF was drafted by the Crown and defence counsel. It was signed and acknowledged in open court by both D.S. and his defence counsel at the time D.S. pleaded guilty to second degree murder. D.S. was represented by counsel when he endorsed the ASF and it formed the basis upon which the judge entered a conviction for second degree murder and fashioned his sentence.

[59] To the extent that the ASF incriminated D.S., was against his interests, and admitted his own culpability in court, these circumstances provide a compelling inference that those statements were in fact reliable in establishing D.S.'s criminal conduct. However, the underlying rationale for the admissibility of admissions as against the party making them falls away when they are sought to be used against a third party.

[60] Here, the portions of the ASF that the Crown sought to rely upon at the appellant's trial are statements that shifted responsibility for the murder from D.S., the shooter, to his co-accused, the appellant. They were elements that would support a plea to the lesser offence of second degree murder as well as support a more advantageous sentence.

[61] Furthermore, the involvement of defence counsel provides no meaningful check on the danger of an accused acknowledging false allegations against a third party in order to obtain a favourable plea bargain. Counsel have an ethical duty to not knowingly mislead the court. However, it does not require them to verify or investigate the truth of information they present; and the duty is triggered only where counsel has information leading to the "irresistible conclusion" that something is false. See M. Proulx and D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), at pp. 40-47 and 460.

[62] The suggestion that the solemnity of the occasion or the involvement of counsel increases the inherent trustworthiness of the statement does not resonate to the extent that it incriminates a third party — in this case a co-accused. Criminal law is

[58] Certes, le plaidoyer de culpabilité de D.S. revêtait un caractère solennel. L'exposé conjoint des faits avait été rédigé par la poursuite et la défense. D.S. et son avocat l'ont signé et attesté à l'audience publique, au moment de l'inscription du plaidoyer de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. D.S. était représenté par un avocat au moment où il a souscrit l'exposé conjoint des faits, et ce document a servi de fondement à la déclaration de culpabilité et à la détermination de la peine.

[59] Dans la mesure où l'exposé conjoint des faits incriminait D.S., allait à l'encontre de ses intérêts et constituait un aveu de sa culpabilité à l'audience, ces circonstances invitent fortement à conclure à la fiabilité de ces déclarations pour démontrer la conduite criminelle de D.S. Toutefois, la raison qui justifie l'admissibilité de la déclaration contre l'intérêt de son auteur ne tient plus lorsqu'il s'agit d'opposer cette déclaration à un tiers.

[60] En l'espèce, les passages de l'exposé conjoint des faits que le ministère public entendait faire admettre au procès de l'appelant avaient pour effet de transférer la responsabilité du meurtre de D.S., le tireur, à son coaccusé, l'appelant. Il s'agissait d'éléments susceptibles de fonder un plaidoyer de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, une infraction moindre, de même qu'une peine plus clémente.

[61] De plus, la participation de l'avocat de la défense n'écarte pas le risque que l'accusé atteste de fausses allégations incriminant un tiers dans le but d'obtenir un plaidoyer de culpabilité qui lui soit favorable. Les avocats ont l'obligation déontologique de ne pas induire sciemment le tribunal en erreur. Toutefois, ils ne sont pas tenus de vérifier la véracité des renseignements qu'ils présentent; l'obligation entre en jeu seulement s'ils détiennent des renseignements menant à la [TRADUCTION] « conclusion inévitable » qu'une allégation est fausse. Voir M. Proulx et D. Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), p. 40-47 et 460.

[62] On ne saurait prétendre que le caractère solennel des circonstances ou la participation des avocats accroît la fiabilité intrinsèque de la déclaration, dans la mesure où celle-ci incrimine un tiers — en l'occurrence un coaccusé. Le droit criminel

generally and rightfully suspicious of allegations made by a person against an accomplice. It has long been recognized that evidence of one accomplice against another may be motivated by self-interest and that it is dangerous to rely on such evidence absent other evidence which tends to confirm it. The fact that such statements are contained in an ASF does not provide any reassurance of reliability. Indeed, statements by a co-accused or accomplice are recognized as inherently unreliable.

[63] *Vetrovec* warnings issued by trial judges, for example, provide jurors with direction to consider “all of the factors that might impair [the] credibility [of the testimony of co-accused or accomplices]”: *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 31. Triers of fact, under such conditions, are able to determine whether the “evidence properly weighed [overcomes] its suspicious roots”: *R. v. Brooks*, 2000 SCC 11, [2000] 1 S.C.R. 237, at para. 69.

[64] The administration of justice would not be enhanced in permitting admissions made by a co-accused in his own interest, as part of a plea bargain for a conviction of a lesser crime and favourable sentence, to be used against a co-accused, in circumstances where the reliability of the statements cannot be adequately tested.

[65] In this case, the trial judge was alive to the circumstances surrounding the preparation and presentation of the ASF. He described the circumstances in some detail, including those that weighed in favour of and against reliability. He considered whether the solemnity of D.S.’s guilty plea proceeding demonstrated the trustworthiness of the ASF. He appreciated that defence counsel assisted Crown counsel in the drafting of the statement and that, according to testimony during the *voir dire*, the information about the source of the gun came from the defence. He also noted the evidence from D.S. that he did not understand all of the words in the ASF and that the assurance he would not have to give any further statement to the police was one of the reasons he agreed to the plea bargain.

se méfie généralement, et ce à juste titre, des déclarations accablantes contre un complice. Il est depuis longtemps reconnu que le témoignage d’un complice contre un autre risque d’être intéressé et qu’il est hasardeux de s’y fier en l’absence d’éléments corroborants. Le fait que ces déclarations soient consignées dans l’exposé conjoint des faits n’assure pas leur fiabilité. En effet, les déclarations d’un coaccusé ou d’un complice sont reconnues comme étant intrinsèquement peu fiables.

[63] Par exemple, par une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès demande aux jurés d’examiner « les facteurs susceptibles de miner [la] crédibilité [du témoignage du coaccusé ou des complices] » : *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 31. Dans de telles circonstances, le juge des faits peut déterminer si le « témoignage, évalué de façon appropriée, surmont[e] ses origines suspectes » : *R. c. Brooks*, 2000 CSC 11, [2000] 1 R.C.S. 237, par. 69.

[64] Ce n’est pas dans l’intérêt de l’administration de la justice que d’admettre en preuve contre un prévenu des aveux intéressés, faits par son coaccusé dans le but de négocier un chef d’accusation moindre et une peine qui lui soit favorable, lorsque la fiabilité des déclarations ne peut être adéquatement vérifiée.

[65] En l’espèce, le juge du procès était sensible aux circonstances entourant la préparation et la lecture de l’exposé conjoint des faits. Il les a décrites en détail, celles qui faisaient pencher la balance en faveur de la fiabilité comme les autres. Il s’est demandé si la solennité de l’audience relative au plaider de culpabilité de D.S. permettait d’établir la fiabilité de l’exposé conjoint des faits. Il a reconnu que l’avocat de la défense avait aidé l’avocat du ministère public à le rédiger et que, d’après les déclarations faites lors du voir-dire, les renseignements sur la provenance de l’arme émanaient de la défense. Le juge du procès a également souligné l’affirmation de D.S. selon laquelle il n’avait pas compris tous les mots figurant dans l’exposé conjoint des faits et la garantie qui lui avait été donnée qu’il n’aurait plus à faire d’autres déclarations à la police, qui était l’une des raisons l’ayant incité à accepter le plaider.

[66] The trial judge identified D.S.'s incentive to minimize his own involvement in order to obtain a youth sentence for second degree murder. Indeed, D.S. testified that he agreed to facts outside of his knowledge or which he knew to be wrong in order to secure his plea bargain. In the context of this plea bargain, D.S. was motivated to minimize his own conduct and maximize that of the co-accused.

[67] In the circumstances of this case, I cannot conclude that the trial judge erred by failing to consider whether the solemnity of the occasion or the involvement of counsel provided circumstantial guarantees of substantive reliability.

VII. Summary and Conclusion

[68] The trial judge may have overstated the scope of solicitor-client privilege and its consequences for the cross-examination of D.S. However, I am not persuaded that the Crown has satisfied its burden to show that any errors would have materially affected the conclusion reached by the trial judge.

[69] The circumstances identified by the trial judge raise significant concerns about the threshold reliability of the portions of the ASF upon which the Crown sought to rely at the appellant's trial, all of which minimized D.S.'s involvement in the murder. D.S. endorsed the ASF as part of a plea bargain for second degree murder and a sentence in youth court. In these circumstances, there was motivation to shift responsibility to his co-accused. D.S. was also assured that he would not have to make any further statements to police and he testified at the appellant's trial that this was one of the reasons that he had accepted the plea agreement. D.S. further testified that he agreed to some facts in the ASF that he said he did not or could not know and that he did not understand everything that he read before agreeing to the statement's contents. Those portions of the ASF that shifted responsibility for the murder to the appellant are inherently unreliable.

[66] Le juge du procès a admis qu'il était dans l'intérêt de D.S. de minimiser son rôle dans l'affaire s'il voulait obtenir une peine spécifique pour meurtre au deuxième degré. En effet, D.S. a déclaré avoir convenu de certains faits dont il n'avait pas une connaissance personnelle ou qu'il savait faux pour être admissible à la négociation de plaider. Dans ce contexte, D.S. avait de bonnes raisons de minimiser sa propre conduite et d'amplifier celle de son coaccusé.

[67] Compte tenu des circonstances de l'espèce, je ne puis conclure que le juge du procès a fait erreur en omettant d'examiner si le caractère solennel de l'audience ou la participation des avocats constituaient des garanties circonstancielles de fiabilité découlant de la nature de la preuve.

VII. Résumé et conclusion

[68] Le juge du procès a peut-être attribué une portée excessive au secret professionnel de l'avocat et aux conséquences de l'application de ce privilège sur le contre-interrogatoire de D.S., mais je ne suis pas convaincue que le ministère public a prouvé qu'une quelconque erreur aurait eu une incidence significative sur la conclusion du juge du procès.

[69] Les circonstances soulignées par ce dernier suscitent des préoccupations non négligeables quant à savoir si certains passages de l'exposé conjoint des faits que le ministère public voulait invoquer au procès de l'appelant, lesquels minimisent le rôle de D.S. dans le meurtre, atteignent le seuil de fiabilité nécessaire. D.S. a souscrit l'exposé conjoint des faits dans le cadre de la négociation d'un plaider de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et d'une peine spécifique. Dans ces circonstances, il avait de bonnes raisons de rejeter la responsabilité sur son coaccusé. On lui avait assuré qu'il n'aurait pas à faire d'autres déclarations à la police, et il a affirmé au procès de l'appelant qu'il avait accepté l'entente sur le plaider notamment pour cette raison. D.S. a ajouté qu'il avait convenu de certains faits dans l'exposé conjoint des faits dont il n'avait pas ou n'aurait pas pu avoir connaissance et qu'il n'avait pas compris tout le contenu de l'exposé avant de le souscrire. Les passages qui rejettent la responsabilité du meurtre sur l'appelant sont intrinsèquement peu fiables.

[70] Further, the trial judge identified the following factors that made it difficult to assess the veracity of the prior inconsistent statement. The statement was not videotaped or taken under oath. There was no opportunity to assess D.S.'s demeanour or rely upon any spontaneous choice of words. The police and Crown counsel chose not to videotape, under oath, as is routinely available, especially in homicide cases.

[71] In light of these difficulties, only a full and complete opportunity to cross-examine would have provided a genuine basis on which to assess the reliability of D.S.'s statements. His invocation of solicitor-client privilege, however, would preclude a full opportunity to cross-examine him.

[72] The trial judge did not err in finding that the jury would not have the tools to assess or test the truthfulness of the exculpatory portions of the ASF. I would allow the appeal and restore the acquittal.

The reasons of Rothstein and Wagner JJ. were delivered by

WAGNER J. (dissenting) —

I. Background

[73] At its core, this case deals with the admissibility of hearsay statements under the principled approach to hearsay rooted in necessity and reliability. The hearsay evidence in question is a prior statement which was inconsistent with the testimony of a witness (also the co-accused) at the trial of the accused. The prior inconsistent statement was an Agreed Statement of Facts (“ASF”) which was read in as part of the guilty plea of the co-accused who was being tried separately as a youth.

[74] While there is a great deal of case law that has dealt with prior inconsistent statements under the principled approach, there are two wrinkles which

[70] En outre, le juge du procès a relevé des facteurs qui nuisaient à l’appréciation de la véracité de la déclaration antérieure incompatible. La déclaration n’avait été ni enregistrée sur bande vidéo ni faite sous serment. Il n’y a eu aucune possibilité d’évaluer le comportement de D.S. ou son choix spontané de mots. Les policiers et l’avocat du ministère public ont décidé de ne pas enregistrer la déclaration sur bande vidéo, sous serment, comme cela se fait couramment, surtout dans les affaires d’homicide.

[71] Compte tenu de ces problèmes, seule la possibilité voulue de contre-interroger D.S. aurait véritablement permis d’évaluer la fiabilité de ses déclarations. Le fait qu’il ait invoqué le secret professionnel de l’avocat a toutefois écarté cette possibilité.

[72] Le juge du procès n’a pas commis d’erreur en concluant que le jury ne disposerait pas des outils nécessaires pour apprécier la véracité des passages disculpatoires de l’exposé conjoint des faits. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’acquittement.

Version française des motifs des juges Rothstein et Wagner rendus par

LE JUGE WAGNER (dissident) —

I. Contexte

[73] La présente affaire porte essentiellement sur l’admissibilité de déclarations relatées selon la méthode d’analyse raisonnée du oui-dire fondée sur la nécessité et la fiabilité. La preuve par oui-dire qui nous intéresse en l’espèce est une déclaration antérieure incompatible avec le témoignage livré par son auteur — aussi le coaccusé — lors du procès de l’accusé. Il s’agit plus précisément d’un exposé conjoint des faits qui a été lu à l’occasion du plaidoyer de culpabilité du coaccusé, jugé séparément en tant que jeune contrevenant.

[74] Bien qu’il existe une abondante jurisprudence sur les déclarations antérieures incompatibles qu’il convient ou non d’admettre en preuve

make its application to this case unique. First, unlike the police and out-of-court statements that are dealt with in much of the existing jurisprudence, the ASF at issue was accepted by the courts as part of a guilty plea and sentencing relating to the co-accused's participation in the crime in question. Second, the analysis under the principled approach was fraught with procedural errors stemming from the conduct of the trial judge as well as both Crown and defence counsel. With these two differences in mind and for the reasons that follow, I believe that the question of admissibility must be redetermined in a new trial.

II. Background

[75] The appellant, Yousanthan Youvarajah, stands accused of the first degree murder of Andrew Freake who was shot and killed during a drug deal that went wrong on October 11, 2007. While Youvarajah did not pull the trigger, the Crown contends that the appellant orchestrated the shooting of Freake as retribution for being short-changed during two earlier sales of cocaine.

[76] The events leading to the fatal shooting were initiated when Youvarajah called Freake to arrange for the purchase of one and a half pounds of marijuana. After a series of delays, including an initial meeting in an apartment building and two changes of venue for the exchange due to excessive crowds, the parties met in Clyde Park to complete the transaction. Freake, who was accompanied by two friends, followed the appellant into the park.

[77] Youvarajah was accompanied by a young person, D.S., and two other acquaintances, Abhishaik Shinde and Raibeen Mohammad. They went to the meeting place in an SUV driven by Shinde. D.S. sat in the front passenger seat with the

selon la méthode d'analyse raisonnée, deux difficultés en rendent l'application unique dans la présente affaire. Tout d'abord, à la différence des déclarations faites à la police et des déclarations extrajudiciaires sur lesquelles la jurisprudence s'est surtout attardée jusqu'ici, l'exposé conjoint des faits a été accepté par les tribunaux comme faisant partie du plaidoyer de culpabilité, et a été pris en compte pour déterminer la peine du coaccusé relativement à sa participation au crime en question. De plus, l'examen fondé sur la méthode d'analyse raisonnée a été, en l'espèce, entaché d'erreurs procédurales attribuables tant aux agissements du juge du procès qu'à ceux des avocats du ministère public et de la défense. En gardant à l'esprit ces deux différences et pour les motifs qui suivent, j'estime que la question de l'admissibilité devrait être réexaminée et tranchée dans le cadre d'un nouveau procès.

II. Les faits

[75] L'appelant, Yousanthan Youvarajah, est accusé du meurtre au premier degré d'Andrew Freake, qui a été abattu le 11 octobre 2007 lors d'une transaction de drogue qui a mal tourné. Bien que M. Youvarajah n'ait pas appuyé sur la détente, selon le ministère public, c'est lui qui a orchestré l'assassinat de M. Freake pour se venger, après s'être fait rouler lors de deux transactions antérieures de cocaïne.

[76] Les événements à l'origine de l'incident qui a coûté la vie à la victime ont commencé lorsque M. Youvarajah a appelé M. Freake pour organiser l'achat d'une livre et demie de marijuana. Après une série de reports — notamment à la suite d'une première rencontre dans un immeuble d'habitation et de deux changements du lieu où la transaction devait se dérouler en raison de la densité de la foule —, les individus se sont rencontrés au parc Clyde pour clore la transaction. M. Freake a suivi l'appelant dans le parc en compagnie de deux amis.

[77] M. Youvarajah était accompagné d'un jeune homme, D.S., et de deux autres connaissances, Abhishaik Shinde et Raibeen Mohammad. Ils se sont rendus au lieu fixé pour la rencontre à bord d'un véhicule utilitaire sport qui était conduit par

appellant sitting directly behind him. Mohammad sat in the back seat behind Shinde.

[78] Once inside the park, Shinde drove the SUV onto a grassy area and Freake stopped in a nearby parking lot. Freake and one of his acquaintances approached the SUV by foot carrying three bags of marijuana. Two bags of marijuana were passed into the car to be tested. When Freake refused to pass the third bag, D.S. pulled out a handgun and shot Freake in the chest.

[79] Within days of the shooting, both D.S. and Youvarajah were arrested and charged with first degree murder. The charges against D.S. related to his role as the shooter while charges against Youvarajah were for planning and orchestrating the shooting. Since D.S. was a youth, his trial proceeded separately. He pleaded guilty to second degree murder with the consent of the Crown. As part of his guilty plea proceeding, an ASF which was signed by D.S., his two trial counsel, and the Crown, was read in and filed.

[80] In the ASF, D.S. claimed that the appellant (1) gave D.S. the handgun used in the shooting; (2) told D.S. to shoot Freake at some point during the drug deal; and (3) demanded that D.S. return the handgun to him after the shooting. These three elements of the ASF were crucial components of the Crown's case against Youvarajah.

[81] At the appellant's trial, D.S. was called to testify about Youvarajah's alleged involvement in planning the shooting. While D.S. confirmed that he was the shooter, his testimony regarding the appellant's involvement contradicted portions of the ASF, namely the three elements previously outlined. Once on the stand, D.S. claimed that (1) he obtained the handgun from a prior break and enter; (2) he did not shoot Freake on Youvarajah's

M. Shinde. D.S. occupait le siège du passager avant et l'appelant était assis directement derrière lui. M. Mohammad se trouvait, pour sa part, derrière M. Shinde, sur la banquette arrière.

[78] Une fois à l'intérieur du parc, M. Shinde a conduit le véhicule jusqu'à un espace gazonné. M. Freake s'est arrêté dans un stationnement situé tout près, puis, avec un des deux hommes qui l'accompagnaient, il s'est approché du véhicule utilitaire sport à pied, apportant trois sachets de marijuana. Il a remis deux de ces sachets aux occupants du véhicule pour les faire vérifier. Après que M. Freake a refusé de passer le troisième sachet, D.S. a sorti un pistolet et l'a atteint d'un coup de feu à la poitrine.

[79] Quelques jours plus tard, D.S. et M. Youvarajah ont été arrêtés et accusés de meurtre au premier degré. D.S. a été accusé en tant que tireur, tandis que M. Youvarajah a été accusé d'avoir planifié et orchestré le meurtre. Comme il était adolescent, D.S. a été jugé séparément. Avec le consentement du ministère public, il a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Un exposé conjoint des faits, signé par D.S., par ses deux avocats au procès et par le représentant du ministère public, a été lu à l'occasion de son plaidoyer de culpabilité et a été versé au dossier.

[80] Dans cet exposé conjoint des faits, D.S. affirmait que l'appelant : (1) lui avait donné le pistolet qui avait été utilisé pour le meurtre; (2) lui avait dit d'abattre M. Freake à un certain moment au cours de la transaction de stupéfiants; et (3) avait exigé que D.S. lui remette le pistolet après le meurtre. Ces trois éléments de l'exposé conjoint des faits étaient des éléments cruciaux de la preuve à charge contre M. Youvarajah.

[81] Au procès de l'appelant, D.S. a été appelé à témoigner au sujet du rôle présumément joué par M. Youvarajah pour planifier le meurtre. D.S. a confirmé qu'il était le tireur, mais le témoignage qu'il a donné au sujet du rôle joué par l'appelant a contredit certaines parties de l'exposé conjoint des faits, en l'occurrence les trois éléments mentionnés précédemment. À la barre des témoins, D.S. a affirmé : (1) qu'il avait obtenu le pistolet

instructions but rather because Freake was being disrespectful; and (3) he threw the murder weapon into a river after the shooting.

[82] In light of D.S.'s testimony, the Crown applied to have the ASF admitted for the truth of its contents. The trial judge dismissed the Crown's application, finding that the ASF did not meet the standard of threshold reliability that is necessary for evidence to be admitted under the principled approach to hearsay evidence. Without the relevant evidence implicating the accused, the trial judge granted Youvarajah's application for a directed verdict of acquittal.

[83] In reaching his conclusions, the trial judge focused on the three indicia of reliability outlined in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740 ("*B. (K.G.)*"). After noting that D.S. did not take an oath, he found that the jury would not have the opportunity to assess the witness' demeanour since the guilty plea was not videotaped. Accordingly, the trial judge's reliability analysis hinged on the opportunity of cross-examining D.S.

[84] During the trial proceedings, defence counsel suggested that the examination of D.S. regarding the ASF could be restricted by solicitor-client privilege. D.S. was granted the opportunity to obtain independent legal advice. After consulting with independent counsel, Mr. Marentette, D.S. informed the court that he would not waive solicitor-client privilege in any way. In light of D.S.'s assertion of solicitor-client privilege, the trial judge found that the opportunity to cross-examine D.S. about the ASF was illusory.

[85] In his reasons, the trial judge also noted that the ASF lacked additional indicia of reliability beyond the three markers laid out in *B. (K.G.)*. Namely, the ASF was not spontaneous, it was not crafted in D.S.'s own words, and the circumstances

antérieurement, lors d'une introduction par effraction; (2) qu'il n'avait pas abattu M. Freake sur l'ordre de M. Youvarajah, mais parce que M. Freake lui avait manqué de respect; (3) qu'il avait jeté l'arme du crime à la rivière après le meurtre.

[82] Compte tenu du témoignage de D.S., le ministère public a demandé que l'exposé conjoint des faits soit admis en preuve pour établir la véracité de son contenu. Le juge du procès a rejeté la demande du ministère public, ayant conclu que l'exposé conjoint des faits ne satisfaisait pas au critère de fiabilité requise pour qu'il soit admis en preuve en vertu de la méthode d'analyse raisonnée du ouï-dire. À défaut d'éléments de preuve pertinents impliquant l'accusé, le juge du procès a fait droit à sa demande d'un verdict imposé d'acquiescement.

[83] Pour tirer ses conclusions, le juge du procès s'est concentré sur les trois indices de fiabilité énoncés dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740 (« *B. (K.G.)* »). Après avoir fait observer que D.S. n'avait pas prêté serment, le juge du procès a conclu que le jury n'aurait pas la possibilité d'évaluer le comportement du témoin, puisque son plaidoyer de culpabilité n'avait pas été enregistré sur bande vidéo. En conséquence, le juge du procès a axé son analyse de la fiabilité sur la possibilité de contre-interroger D.S.

[84] Au procès, l'avocat de la défense a fait valoir que le privilège du secret professionnel de l'avocat pouvait empêcher l'interrogatoire de D.S. sur l'exposé conjoint des faits. D.S. s'était vu offrir la possibilité d'obtenir des conseils juridiques indépendants. Après avoir consulté M^e Marentette, un avocat indépendant, D.S. a informé le tribunal qu'il refusait de renoncer au privilège du secret professionnel de l'avocat de quelque manière que ce soit. Le juge du procès s'est alors dit d'avis que, comme D.S. invoquait ce privilège, toute possibilité de le contre-interroger relativement à l'exposé conjoint des faits devenait illusoire.

[85] Dans ses motifs, le juge du procès a aussi fait observer qu'on ne trouvait dans l'exposé conjoint des faits aucun indice de fiabilité autre que les trois énoncés dans *B. (K.G.)*. Il a précisé, par exemple, que l'exposé n'était pas le fruit d'une déclaration

of the ASF allowed the court to infer a motive to lie in order to secure a lesser sentence as part of the guilty plea. The trial judge further noted that D.S. was never warned of the potential penal consequences of later recanting.

[86] The Crown appealed the decision to the Ontario Court of Appeal where the acquittal was set aside and a new trial ordered. In her reasons, Simmons J.A. addressed three issues. First, she held that the trial judge erred in finding that the opportunity to cross-examine D.S. was illusory. Specifically, Simmons J.A. found that the trial judge “put his stamp of approval” on the position of both defence and Crown counsel that a cross-examination of D.S. or D.S.’s counsel about the circumstances giving rise to the ASF was precluded due to D.S.’s assertion of privilege (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, at para. 95). Simmons J.A. also distinguished the instant case from *R. v. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579, where the Ontario Court of Appeal found the possibility of cross-examining a recanting witness to be illusory since he could not recall the prior statement. Simmons J.A. found that D.S. could recall portions of the ASF and, in fact, the three elements crucial to the Crown’s case against Youvarajah.

[87] Second, Simmons J.A. found that the trial judge erred by unduly focusing on the *B. (K.G.)* recommended safeguards while failing to consider other factors relevant to the reliability analysis. She found that the lack of “presence” at the time of the prior statement, such as in the form of a video, was irrelevant due to D.S.’s minimal involvement in the proceeding and that the solemn circumstances of D.S.’s guilty plea added to the reliability of the

spontanée et que son libellé ne correspondait pas aux propres mots de D.S. En outre, les circonstances dans lesquelles il avait été rédigé permettaient au tribunal de penser que D.S. avait des raisons de mentir pour obtenir une peine moins sévère en plaidant coupable. Le juge du procès a également noté que D.S. n’avait jamais été informé des conséquences pénales auxquelles il s’exposait s’il se rétractait ultérieurement.

[86] Le ministère public a porté la décision en appel devant la Cour d’appel de l’Ontario, qui a annulé l’acquittal et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Dans ses motifs, la juge Simmons a abordé trois questions. Premièrement, elle a estimé que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire. Plus précisément, la juge Simmons a estimé que le juge du procès s’était [TRADUCTION] « contenté d’entériner » la thèse tant de l’avocat de la défense que de l’avocat du ministère public suivant laquelle ni D.S. ni son avocat ne pouvaient être contre-interrogés relativement aux circonstances à l’origine de l’exposé conjoint des faits, puisque D.S. avait invoqué le privilège du secret professionnel de l’avocat (2011 ONCA 654, 107 O.R. (3d) 401, par. 95). La juge Simmons a également établi une distinction entre la cause dont elle était saisie et l’arrêt *R. c. Conway* (1997), 36 O.R. (3d) 579, parce que, dans cette dernière affaire, la Cour d’appel de l’Ontario avait conclu que la possibilité de procéder au contre-interrogatoire du témoin qui s’était rétracté était illusoire du fait que ce témoin ne pouvait se rappeler ses déclarations antérieures, tandis que, en l’espèce, la juge Simmons a conclu que D.S. pouvait, lui, se rappeler certaines parties de l’exposé conjoint des faits, notamment les trois éléments cruciaux de la preuve à charge contre M. Youvarajah.

[87] Deuxièmement, la juge Simmons a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en insistant trop sur les garanties recommandées par l’arrêt *B. (K.G.)*, tout en ignorant d’autres facteurs pertinents en ce qui a trait à l’analyse de la fiabilité. Elle a conclu que l’incapacité du juge des faits d’évaluer le comportement du témoin parce qu’il n’était pas « présent » au moment où la déclaration a été faite (comme lors du visionnement d’une

statement. Simmons J.A. also held that it could be inferred that D.S. was warned about the penal consequences of recanting since experienced defence counsel was involved in the preparation and presentation of the ASF.

[88] Third, Simmons J.A. briefly addressed the issue of inherent motive for D.S. to lie in the ASF. She found that this was an issue for the trial judge to address at the new trial if the other indicia considered were not sufficient to meet the standard of threshold reliability.

III. Issues

[89] The issue before this Court is simply whether the ASF was sufficiently reliable to be admitted into evidence for the truth of its contents under the principled approach to hearsay based on necessity and reliability. Since necessity is not at issue, the focus of the analysis that follows will be on the reliability of the ASF. The reliability analysis raises a series of sub-issues on the facts before this Court:

1. Did the trial judge err in holding that the opportunity to cross-examine D.S. was illusory as a result of his invoking solicitor-client privilege?
2. Did the nature of the ASF and the circumstances under which it was prepared and presented provide sufficient indicia of reliability?

IV. Analysis

A. *Overview of Admissibility of Prior Inconsistent Statements Under the Principled Approach*

[90] The principled approach to the admissibility of hearsay evidence was adopted by this Court

(bande vidéo par exemple), n'était pas un facteur pertinent en raison du rôle minimal joué par D.S. au procès et du fait que les circonstances solennelles entourant le plaidoyer de culpabilité de D.S. ajoutaient à la fiabilité de la déclaration. En outre, selon la juge Simmons, on pouvait déduire que D.S. avait été informé des conséquences pénales d'une rétractation, puisque des avocats de la défense expérimentés avaient participé à la préparation et à la présentation de l'exposé conjoint des faits.

[88] Troisièmement, la juge Simmons a brièvement abordé la question des raisons personnelles qu'avait D.S. de mentir dans l'exposé conjoint des faits. Elle a conclu qu'il revenait au juge du nouveau procès de trancher cette question si les autres indices examinés n'étaient pas suffisants pour que soit atteint le seuil de fiabilité requis.

III. Questions en litige

[89] La question soumise à la Cour est simplement celle de savoir si l'exposé conjoint des faits était suffisamment fiable pour être admis en preuve pour établir la véracité de son contenu selon la méthode d'analyse raisonnée du oui-dire fondée sur la nécessité et la fiabilité. Puisque la nécessité n'est pas en cause, l'analyse qui suit sera essentiellement axée sur la fiabilité de l'exposé en question. Cela dit, compte tenu des faits portés à la connaissance de la Cour, cette analyse soulève plusieurs sous-questions :

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en estimant que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire du fait que ce dernier avait invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat?
2. La nature de l'exposé conjoint des faits et les circonstances dans lesquelles il a été rédigé et présenté fournissent-elles suffisamment d'indices de fiabilité?

IV. Analyse

A. *Rappel des règles d'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles suivant la méthode d'analyse raisonnée*

[90] La méthode d'analyse raisonnée en matière d'admissibilité des preuves par oui-dire a été

in *B. (K.G.)*. Prior to *B. (K.G.)*, the use of prior inconsistent statements, or any form of hearsay evidence, was restricted to impeaching witness credibility. This restriction was to ensure that untested and unreliable evidence that could lead to an unfair verdict was excluded and that litigants were provided with the opportunity to confront witnesses who were adverse to their position.

[91] In certain circumstances, hearsay evidence presents minimal dangers to trial fairness. In those situations, its exclusion would be more detrimental to the fact-finding function of the court than its admission. By endorsing the principled approach in *B. (K.G.)*, this Court sought to strike a better balance between trial fairness and the truth-seeking function of the judicial process. Under the principled approach, hearsay statements remain presumptively inadmissible, but may be admitted where necessity and reliability are sufficiently demonstrated.

[92] Necessity arises from the fact that important evidence leading to the truth would otherwise be lost when a witness recants. This aspect of the principled approach requires no further analysis on these facts.

[93] The reliability requirement is aimed at identifying cases where the dangers of hearsay evidence may be overcome. Indeed, in *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 62-63, Charron J. indicated that the reliability requirement will generally be met either (1) by showing that there is no real concern about a statement's truth owing to the circumstances in which it arose; or (2) by showing that there is no real danger that the statement is made in hearsay form since, in the circumstances, its reliability can be sufficiently tested by means other than contemporaneous cross-examination and presence. These categories are not mutually exclusive and merely provide guidance

adoptée par la Cour dans *B. (K.G.)*. Avant que cet arrêt ne soit prononcé, on ne pouvait utiliser les déclarations antérieures incompatibles — ou toute forme de preuve par ouï-dire — que pour attaquer la crédibilité des témoins. Cette restriction visait à garantir que les éléments de preuve non vérifiés et peu fiables susceptibles de donner lieu à un verdict injuste soient exclus et que les plaideurs aient la possibilité de confronter les témoins dont la déposition leur était défavorable.

[91] Dans certains cas, la preuve par ouï-dire risque peu de compromettre l'équité du procès. L'exclusion de ce type de preuve risque alors de nuire davantage au travail d'appréciation des faits du tribunal que son admission. En adoptant la méthode d'analyse raisonnée proposée dans *B. (K.G.)*, la Cour a tenté de trouver un meilleur équilibre entre l'équité du procès et l'objectif de recherche de la vérité poursuivi par les tribunaux. Suivant cette méthode d'analyse raisonnée, les déclarations relatives sont encore présumées non admissibles, mais elles peuvent être admises si leur nécessité et leur fiabilité sont suffisamment démontrées.

[92] Il y a nécessité lorsque des éléments de preuve importants menant à la vérité seraient par ailleurs perdus lorsqu'un témoin se rétracte. Vu l'ensemble des faits de l'espèce, il n'est pas nécessaire de pousser davantage ce volet de l'analyse.

[93] L'exigence de fiabilité quant à elle vise à déterminer les cas où les dangers inhérents à la preuve par ouï-dire peuvent être surmontés. En effet, dans l'arrêt *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 62-63, la juge Charron a expliqué que, en règle générale, il sera satisfait à l'exigence de fiabilité s'il est démontré : soit (1) qu'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; soit (2) que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle puisque, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées autrement qu'au moyen d'un

in identifying the factors to be considered in an admissibility inquiry.

[94] In *B. (K.G.)*, this Court addressed the presence of adequate substitutes for traditional safeguards relied upon to test hearsay evidence. The admissibility question in *B. (K.G.)* dealt with the prior inconsistent statements made by the accused's friends in which they told police that he was responsible for stabbing and killing the victim. The three friends recanted at trial and the Crown sought to have their prior statements admitted for their truth. While a new trial was ordered to determine the admissibility of the prior inconsistent statements, this Court outlined the principled approach to be used in the analysis.

[95] Lamer C.J. indicated that sufficient circumstantial guarantees of reliability could be found where three indicia were satisfied: if (1) the statement was made under oath, solemn affirmation or solemn declaration following an explicit warning as to the criminal consequences of making false statements; (2) the entire statement was videotaped; and (3) the opposing party has an opportunity to cross-examine the witness at trial.

[96] Importantly, Lamer C.J. left the door open for alternative indicia of reliability, stating, at p. 796:

Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires.

contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est présentée. Ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité ne s'excluent pas mutuellement, et elles servent uniquement de guides pour reconnaître les facteurs dont il y a lieu de tenir compte dans l'analyse de l'admissibilité.

[94] Dans l'affaire *B. (K.G.)*, la Cour s'est penchée sur l'existence de substituts acceptables aux garanties traditionnelles invoquées pour juger des preuves par oui-dire. Le problème d'admissibilité qui se posait dans l'affaire *B. (K.G.)* avait trait à des déclarations antérieures incompatibles faites par trois amis de l'accusé qui avaient dit à la police que ce dernier avait poignardé à mort la victime. Ces personnes étaient revenues sur leurs déclarations au procès et le ministère public cherchait à les faire admettre pour établir la véracité de leur contenu. Bien que la tenue d'un nouveau procès ait été ordonnée pour qu'il soit jugé de l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles, la Cour a pris soin d'expliquer la méthode raisonnée à utiliser pour procéder à l'analyse permettant de tirer une conclusion à cet égard.

[95] Le juge en chef Lamer a expliqué qu'il y a des garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes s'il est satisfait à trois critères : (1) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles après une mise en garde expresse au témoin quant à l'existence de sanctions pénales en cas de fausse déclaration, (2) si la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (3) si la partie adverse a la possibilité de contre-interroger le témoin au procès.

[96] Fait important, le juge en chef Lamer a envisagé la possibilité de tenir compte d'autres indices de fiabilité, en déclarant à la p. 796 :

Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement.

[97] Indeed, subsequent cases have found hearsay evidence to be admissible even when all three of the indicia from *B. (K.G.)* are not present. *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, was such a case. In that case, the accused was arrested for reported sexual activity with his 13-year-old daughter. During separate police interviews, both the accused and his daughter provided matching and specific details of the same sexual activities and occurrences, including having had intercourse the previous night. The issue on appeal was whether the trial judge erred in allowing the jury to compare the accused's unadopted statement with his daughter's unadopted prior inconsistent statement. Despite the absence of an oath and videotaped statement, this Court found that the reliability threshold was met. In addition to the ability to cross-examine the accused, the Court found reliability in the "strikingly similar" statements provided by the accused and his daughter.

[98] In *Khelawon*, this Court further clarified that *B. (K.G.)* was never intended to create categorical exceptions. Rather, admissibility was to be determined using the principled approach on a case-by-case basis, allowing the indicia of oath, presence (or video), and cross-examination to provide guidance in the reliability assessment as opposed to rigid requirements.

[99] Regardless of the circumstances of a particular case and the indicia that may be available for the reliability analysis, it is crucial not to lose sight of the truth-seeking function of an admissibility inquiry under the principled approach. In the instance of a prior inconsistent statement, the purpose of the admissibility inquiry is not to make an absolute determination of the reliability of the hearsay statement as compared with the subsequent testimony. Rather, the inquiry is intended to ensure that the statement is sufficiently reliable in order for

[97] D'ailleurs, dans des décisions subséquentes, la Cour a estimé que la preuve par ouï-dire était admissible même lorsque l'un ou l'autre des trois indices énoncés dans *B. (K.G.)* n'était pas présent. L'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, en est un bon exemple. Dans cette affaire, l'accusé avait été arrêté à la suite d'un signalement selon lequel il avait eu des activités sexuelles avec sa fille âgée de 13 ans. Interrogés séparément par des policiers, l'accusé et sa fille avaient donné des versions détaillées correspondantes au sujet des mêmes faits et activités sexuelles, racontant notamment qu'ils avaient eu des rapports sexuels la nuit précédente. La question en litige en appel était celle de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en permettant au jury de comparer la déclaration dont l'accusé s'était rétracté avec la déclaration antérieure incompatible dont la plaignante s'était rétractée. Malgré l'absence de serment et d'enregistrement sur bande vidéo des déclarations, la Cour a conclu que le seuil de fiabilité avait été atteint. Outre le fait qu'il était possible de contre-interroger l'accusé, la Cour a constaté une « similitude frappante » entre la déclaration de l'accusé et celle de sa fille.

[98] Dans l'arrêt *Khelawon*, la Cour a en outre tenu à préciser que l'arrêt *B. (K.G.)* n'avait pas comme objectif de créer des catégories d'exceptions. L'admissibilité devait plutôt être déterminée, de préférence à l'application de critères rigides, cas par cas en fonction de la méthode d'analyse raisonnée en permettant aux indices du serment, de la présence à l'audience ou de l'enregistrement vidéo et du contre-interrogatoire de servir de guide lors de l'examen de la fiabilité.

[99] Indépendamment des circonstances d'une affaire donnée et des indices dont il est possible de tenir compte dans le cadre de l'analyse de la fiabilité, il est crucial de ne pas perdre de vue l'objectif de recherche de la vérité qui est poursuivi dans le cadre de l'analyse de l'admissibilité selon la méthode raisonnée. Dans le cas de déclarations antérieures incompatibles, l'analyse de l'admissibilité ne vise pas à trancher de façon absolue la question de la fiabilité de la déclaration relatée par rapport au témoignage subséquent. Elle vise plutôt à assurer

the trier of fact to assign the appropriate weight to the evidence. As Charron J. states in *Khelawon*, the “general exclusionary rule is a recognition of the difficulty for a trier of fact to assess what weight, if any, is to be given to a statement made by a person who has not been seen or heard, and who has not been subject to the test of cross-examination” (para. 35).

[100] This principle is articulated in *B. (K.G.)* where this Court draws the distinction between threshold reliability and ultimate reliability, stating:

The ultimate reliability of the statement and the weight to be attached to it remain, as with all evidence, determinations for the trier of fact. What the reliability component of the principled approach to hearsay exceptions addresses is a threshold of reliability, rather than ultimate or certain reliability. [p. 787]

[101] As Charron J. stresses in *Khelawon*, at paras. 92-93, this distinction does not mean that relevant factors should be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, a more functional approach should be adopted by which the context will determine whether certain factors go to threshold reliability. The focus of the inquiry should be on the dangers of hearsay evidence and the circumstances relied upon to overcome those dangers. However, “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).

[102] Given the truth-seeking function of the judicial process, I am of the view that threshold reliability should be generously interpreted in the admissibility inquiry. Trial fairness and protection against the dangers of hearsay are not sacrificed where the trier of fact is ultimately able to make reasonable determinations of the weight to be accorded to evidence before the court. The reliability inquiry does not need to ensure absolute reliability. Rather, the circumstances surrounding the hearsay

que la déclaration est suffisamment fiable pour que le juge des faits puisse y attribuer la valeur qui convient. Ainsi que la juge Charron l’a souligné dans *Khelawon* : « La règle d’exclusion générale reconnaît la difficulté pour le juge des faits d’apprécier le poids à donner, s’il y a lieu, à une déclaration d’une personne qui n’a été ni vue ni entendue et qui n’a pas eu à subir un contre-interrogatoire » (par. 35).

[100] Ce principe a été énoncé dans *B. (K.G.)*, où la Cour a établi une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue en déclarant ce qui suit :

En définitive, comme pour tout élément de preuve, c’est au juge des faits qu’il appartient de se prononcer sur la fiabilité de la déclaration et sur le poids qu’il y a lieu de lui accorder. Ce que vise l’élément fiabilité de l’analyse fondée sur des principes de la règle de l’exclusion du ouï-dire, c’est un seuil de fiabilité, et non la fiabilité absolue ou indiscutable. [p. 787]

[101] Ainsi que la juge Charron l’a souligné aux par. 92-93 de l’arrêt *Khelawon*, cette distinction ne signifie pas que les facteurs pertinents devraient être rangés selon qu’ils se rapportent soit au seuil de fiabilité soit à la fiabilité absolue. On devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle selon laquelle le contexte détermine si certains facteurs se rattachent davantage au seuil de fiabilité. L’analyse devrait se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire, de même que sur les circonstances invoquées pour écarter ces dangers. Cependant, « 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).

[102] Compte tenu de l’objectif de recherche de la vérité que poursuivent les tribunaux, je suis d’avis que le seuil de fiabilité devrait être interprété généreusement lors de l’analyse de l’admissibilité. L’équité du procès et la protection contre les dangers du ouï-dire ne sont pas sacrifiées lorsque, en définitive, le juge des faits peut tirer des conclusions raisonnables quant à la valeur à accorder aux éléments de preuve soumis au tribunal. L’analyse de la fiabilité n’a pas à garantir une fiabilité absolue.

evidence must provide a sufficient basis for the trier of fact to assess and assign the appropriate weight and eventually determine ultimate reliability.

B. *Application to the Case at Hand*

[103] As the following analysis will disclose, the trial judge erred in his determination that the ASF did not meet the standard of threshold reliability. That is not to say that the circumstances in this case provide sufficient evidence to conclusively determine that the ASF should be admitted. Rather, the admissibility inquiry was incomplete and did not provide a proper basis for the trial judge to exclude the relevant evidence. As articulated by the Ontario Court of Appeal, the issue of admissibility should be addressed at a new trial where threshold reliability can be properly assessed.

(1) The Nature of the Hearsay Evidence in Question

[104] Not all out-of-court statements are created equal. Indeed, this idea is captured by the principle from *Khelawon* that hearsay evidence will generally be admissible under the principled approach where there is either inherent reliability or circumstances that allow reliability to be tested by the trier of fact. While much of this analysis hinges on the factors that can reduce the dangers of hearsay, the nature of the hearsay statement before this Court cannot be ignored.

[105] Much of the jurisprudence pertaining to the admission of prior inconsistent statements deals with statements made to police (see *Khelawon*; *B. (K.G.)*; *U. (F.J.)*; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373 (Ont. C.A.)) and to a lesser degree with

Les circonstances entourant la preuve par oui-dire doivent plutôt fournir au juge des faits suffisamment d'éléments pour lui permettre d'apprécier la preuve et de lui accorder la valeur appropriée ainsi que pour, plus tard, se prononcer sur la fiabilité absolue.

B. *Application à la présente affaire*

[103] Comme l'analyse qui suit le démontrera, le juge du procès a commis une erreur en l'espèce en concluant que l'exposé conjoint des faits n'atteignait pas le seuil de fiabilité requis. Cela ne veut pas dire pour autant que les circonstances de la présente affaire offrent suffisamment de preuve pour pouvoir déterminer de manière concluante que l'exposé conjoint des faits était admissible. En réalité, l'analyse de l'admissibilité était incomplète et ne permettait pas au juge du procès d'exclure les éléments de preuve pertinents. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a expliqué, la question de l'admissibilité devrait être examinée dans le cadre d'un nouveau procès au cours duquel la question du seuil de fiabilité pourrait être examinée comme il se doit.

(1) Nature de la preuve par oui-dire en question

[104] Les déclarations extrajudiciaires ne s'équivalent pas toutes. Cette idée ressort d'ailleurs du principe énoncé dans *Khelawon* suivant lequel la preuve par oui-dire sera, en règle générale, admissible selon la méthode d'analyse raisonnée lorsqu'il existe soit une fiabilité inhérente, soit des circonstances qui permettent au juge des faits de vérifier la fiabilité. Bien qu'une grande partie de cette analyse s'articule autour de facteurs qui permettent de réduire les dangers du oui-dire, on ne peut faire abstraction de la nature de la déclaration relatée sur laquelle la Cour est appelée à se pencher.

[105] Une grande partie de la jurisprudence relative à l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles porte sur des déclarations faites à la police (voir *Khelawon*; *B. (K.G.)*; *U. (F.J.)*; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Trieu* (2005), 195 C.C.C. (3d) 373 (C.A. Ont.))

out-of-court conversations (see *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298) or statements made at preliminary hearings for the trial where admissibility is in question (see *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043).

[106] The hearsay statement at issue in this case is an ASF which was drafted with the contribution and approval of Crown counsel, defence counsel and the accused. More importantly, it was accepted by a court in the sentencing of a youth for the very serious crime of second degree murder. While the ASF and guilty plea proceedings did not include an explicit indication by the Crown that it consented to a lesser charge against D.S. because of his anticipated subsequent cooperation in proceedings against Youvarajah, it is certainly implicit in the nature of the plea agreement and the facts therein. Accordingly, the ASF was used in some capacity to reduce the sentence of D.S. for a very serious crime.

[107] The characteristics of the ASF in this case are somewhat unique when compared to other statements in previous case law. Statements to police and out-of-court conversations are not generally admitted as evidence in proceedings that may limit another individual's freedom through sentencing, or that impact on society's interest in deterrence, rehabilitation and retribution, not to mention public protection from dangerous offenders.

[108] An ASF presented in court carries an inherent level of reliability that the judicial system accepts and, in fact, implicitly relies upon in the workings of the administration of justice. It follows that not allowing an ASF to be admitted for its truth in a subsequent hearing, to be weighed and evaluated by the trier of fact, is problematic when viewed through the wider lens of the repute of the system of administration of justice. What does it say about

et, dans une moindre mesure, sur des déclarations extrajudiciaires (voir *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298) ou sur des déclarations faites à l'enquête préliminaire en vue du procès lorsque l'admissibilité est en cause (voir *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043).

[106] La déclaration relatée en cause dans la présente affaire est un exposé conjoint des faits, rédigé avec la contribution et l'assentiment de l'avocat du ministère public, de ceux de la défense et de l'accusé. Qui plus est, cette déclaration a été acceptée par un tribunal qui s'est appuyé sur elle pour déclarer un jeune contrevenant coupable du crime très grave de meurtre au deuxième degré. Bien que l'audience relative au plaidoyer de culpabilité et à l'exposé conjoint des faits ne renferme aucune mention explicite indiquant que le ministère public aurait accepté de porter des accusations réduites en échange d'une éventuelle collaboration de D.S. au procès de M. Youvarajah, l'entente sur le plaidoyer et les faits de l'espèce permettent certainement de le penser. En conséquence, on a utilisé, jusqu'à un certain point, l'exposé conjoint des faits pour réduire la peine infligée à D.S. pour un crime très grave.

[107] Les caractéristiques de l'exposé conjoint des faits, en l'espèce, sont relativement uniques lorsqu'on les compare à d'autres déclarations en cause dans la jurisprudence antérieure. Les déclarations extrajudiciaires et celles faites à la police ne sont généralement pas admises en preuve dans le cadre d'instances qui pourraient soit priver une personne de sa liberté en la condamnant à une peine d'emprisonnement, soit porter atteinte à l'intérêt qu'a la société à favoriser la dissuasion, la réhabilitation et la répression, sans parler de l'importance de protéger le public contre les contrevenants dangereux.

[108] Par contre, l'exposé conjoint des faits présenté à un tribunal comporte un degré de fiabilité intrinsèque que le système judiciaire reconnaît et sur lequel il mise implicitement dans le cadre de l'administration de la justice. Il s'ensuit que le refus d'admettre un tel exposé en preuve en vue d'en établir la véracité au cours d'une audience subséquente pour permettre au juge des faits de le soulever et de l'évaluer est problématique lorsqu'on

the administration of justice if the courts accept the reliability of a statement to convict an individual and to vary the length of his sentence for a crime as serious as murder, but are unwilling to place that same statement before the trier of fact in another proceeding to be weighed and considered against a recantation of that statement?

[109] As a general rule, if a statement is accepted for its truth by the courts, and used to balance the liberty interests of the accused with societal considerations such as deterrence and retribution, then that statement provides a level of implicit reliability that warrants consideration in the admissibility inquiry in a subsequent third-party trial. That is not to say that a statement's use and judicial acceptance at a prior proceeding is sufficient in and of itself to meet the reliability requirement of the principled approach. Rather, it is merely a factor that must be considered in the admissibility inquiry, a factor that goes towards meeting the threshold reliability standard.

[110] Certainly, there are potential dangers that could arise with the use of such statements at subsequent trials. Indeed, these concerns are captured in a line of Ontario cases that has suggested that care should be taken when considering the admissibility of a statement for its truth under the principled approach when it is read in at a witness's earlier guilty plea (see *R. v. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. v. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; and *R. v. McGee*, 2009 CanLII 60789 (Ont. S.C.J.)). There is a whole host of reasons for which an accused could provide untruthful information in the context of a guilty plea, including a reduced sentence, expediency of multiple proceedings, retribution against the target of a subsequent trial through cooperative testimony, or even the lack

envisage la question sous l'angle plus large de la considération dont jouit le système d'administration de la justice. Que penser de cette administration si nos tribunaux considèrent qu'une déclaration est suffisamment fiable pour condamner un individu et modifier la durée de sa peine pour un crime aussi grave qu'un meurtre, mais refusent de soumettre cette même déclaration au juge des faits dans le cadre d'une autre instance pour lui permettre de soupeser et d'examiner cette déclaration à la lumière de la rétractation qui en a été faite?

[109] En principe, toute déclaration qui est admise en preuve par le tribunal pour établir la véracité de son contenu et qui est utilisée pour mettre dans la balance le droit à la liberté de l'accusé, d'une part, et des considérations sociales telles que la dissuasion et la répression, d'autre part, comporte implicitement un degré de fiabilité qui justifie qu'on en tienne compte lors de l'analyse de l'admissibilité au cours du procès ultérieur d'un tiers. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'utilisation et l'admission de cette déclaration par le tribunal au cours d'une instance antérieure suffisent à elles seules à répondre à l'exigence de la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée. Il s'agit plutôt simplement d'un facteur dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre de l'analyse de l'admissibilité, d'un facteur qui contribue à ce qu'il soit jugé que la déclaration en cause réponde au seuil de fiabilité requis.

[110] Certes, l'utilisation de telles déclarations lors de procès ultérieurs n'est pas sans risques. D'ailleurs, ces préoccupations ont été exprimées dans une série de décisions ontariennes qui ont invité à la prudence lorsqu'il s'agit d'examiner la possibilité d'admettre une déclaration en preuve pour établir la véracité de son contenu selon la méthode d'analyse raisonnée lorsque cette déclaration fait partie intégrante du plaidoyer de culpabilité antérieur d'un témoin (voir *R. c. Tran*, 2010 ONCA 471, 103 O.R. (3d) 131; *R. c. D.P.*, 2010 ONCA 563, 268 O.A.C. 118; *R. c. McGee*, 2009 CanLII 60789 (C.S.J. Ont.)). Il y a une foule de raisons pour lesquelles un accusé pourrait avoir intérêt à donner des renseignements non véridiques dans le contexte de l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité, notamment pour qu'il

of understanding of the meaning of the statement or of the charges laid against the individual.

[111] However, these potential dangers do not apply in every case and the resulting blanket assertions of unreliability do not take account of the nuanced approach that should take stock of factors that may add to or detract from the reliability inquiry in the particular context of the statement in question. While these cases correctly highlight some of the reliability concerns with this type of statement, they do not address some of the potential indicia of reliability that may be found in certain circumstances. It requires little imagination to envision circumstances where making a statement against friends, family, or professional acquaintances could be socially or even physically detrimental to a recanting witness. These social or physical ramifications against the interests of the witness provide an indication of reliability that may be weighed against any motive to lie. But these are considerations that must be borne out by the evidence and by the unique circumstances of each case and may not even be necessary to explore in depth at this stage of the analysis. Certainly, motive need not be considered if reliability can be established by other means. Nevertheless, motive is something that can provide context to the threshold reliability analysis.

[112] I also do not accept the argument that only the essential elements of the crime detailed in the ASF are accepted for their truth by the courts in a guilty plea. The implication of this proposition is that the courts are willing to accept a statement that is only partially true so long as it provides the judiciary with the necessary elements to convict an

obtienne une peine moins sévère, pour qu'il accélère le déroulement de multiples procès, pour qu'il se venge de la personne qui sera jugée après lui en témoignant comme collaborateur, voire parce qu'il ne comprend pas le sens de la déclaration ou des accusations portées contre lui.

[111] Toutefois, ces dangers potentiels n'existent pas dans tous les cas. En affirmant sans ambages que toutes ces déclarations ne sont pas fiables, on fait donc fi de la démarche nuancée que l'on doit suivre et dans le cadre de laquelle on doit tenir compte de facteurs qui viennent renforcer ou affaiblir la fiabilité de la déclaration lorsqu'on procède à l'analyse de la fiabilité en fonction du contexte particulier dans laquelle elle a été faite. Bien que la jurisprudence précitée ait à juste titre fait ressortir certaines des préoccupations que soulève ce type de déclaration en matière de fiabilité, elle ne dit rien au sujet des éventuels indices de fiabilité qui peuvent se dégager dans certaines circonstances. Sans avoir à faire preuve d'une grande imagination, on peut facilement concevoir des circonstances dans lesquelles le témoin qui ferait une déclaration défavorable à ses amis, aux membres de sa famille ou à des connaissances professionnelles et qui se rétracterait par la suite pourrait avoir à en souffrir sur le plan social ou même sur le plan physique. Ces conséquences sociales et physiques donnent une idée de la fiabilité qui peut être soupesée par rapport à l'intérêt qu'a le témoin à mentir. Il s'agit toutefois de considérations qui doivent être étayées par la preuve et par les circonstances uniques de chaque cas et il n'est peut-être même pas nécessaire de les examiner à fond à cette étape de l'analyse. Chose certaine, il n'est pas nécessaire d'examiner la motivation du témoin si on peut établir la fiabilité par d'autres moyens, mais elle reste néanmoins un élément susceptible d'établir un contexte lors de l'analyse du seuil de fiabilité.

[112] Je n'accepte pas plus l'argument suivant lequel seuls les éléments essentiels du crime qui sont allégués dans l'exposé conjoint des faits seraient admis comme preuve de la véracité de leur contenu par les tribunaux dans le cas d'un plaidoyer de culpabilité. Une telle proposition suppose que les tribunaux sont disposés à accepter une déclaration

individual. Beyond the obvious concerns of threatening individuals' liberty or reducing sentencing based on documents that are deemed to be at least partially unreliable or untrue, this creates an arbitrary distinction about which aspects of a guilty plea are accepted for their truth.

[113] Certainly an argument could be made that the reliability of a guilty plea rests on the admission against the interests of the accused. However, as I have stated above, what constitutes a statement against the interests of the accused may vary from case to case depending on the circumstances. Indeed, an individual may place his safety or even his life in jeopardy by implicating himself in a serious crime. This factor should be considered on the circumstances of each case. A rigid rule finding that all third-party guilty pleas are unreliable is potentially detrimental to the truth-finding function of the judicial process.

[114] Further, accepting that only the essential elements of a guilty plea need to be accepted for their truth ignores the interrelated nature of a guilty plea and sentencing. Factors that do not form part of the essential elements of a crime may nonetheless prove to be pertinent when considering mitigating or aggravating factors in sentencing. This is particularly true where the trial judge is presented with a joint submission by the Crown and the accused concerning sentencing and must determine whether the recommendation is appropriate within the entire context of the crime in question.

[115] Looking at the case before this Court, the three crucial facts from the ASF which the Crown relies on are certainly not essential elements of D.S.'s crime. The source of the gun, D.S.'s reasons

qui n'est vraie qu'en partie, dans la mesure où elle leur fournit les éléments nécessaires pour pouvoir condamner un individu. Outre les préoccupations évidentes concernant l'atteinte à la liberté des personnes ou la réduction des peines sur la base de documents qui sont réputés, à tout le moins en partie, peu fiables ou inexacts, cette proposition, si elle était acceptée, créerait une distinction arbitraire quant aux aspects d'un plaidoyer de culpabilité qui sont admis comme preuve de leur véracité.

[113] Certes, on pourrait prétendre que la fiabilité d'un plaidoyer de culpabilité dépend des admissions qu'a faites l'accusé à l'encontre de ses propres intérêts. Toutefois, comme je l'ai déjà affirmé, la nature d'une déclaration défavorable aux intérêts de l'accusé peut varier d'un cas à l'autre, selon les circonstances. D'ailleurs, un individu peut mettre en péril sa sécurité ou même sa vie en s'incriminant relativement à un crime grave. Ce facteur doit être examiné en fonction des circonstances de chaque affaire. Une règle rigide selon laquelle tous les plaidoyers de culpabilité enregistrés lors de procès de tiers ne sont pas fiables risquerait de nuire à l'objectif de recherche de la vérité poursuivi par les tribunaux.

[114] En outre, accepter qu'il soit nécessaire d'admettre uniquement les éléments essentiels d'un plaidoyer de culpabilité comme preuve de la véracité de leur contenu fait fi des liens indissociables qui unissent ce plaidoyer et la détermination de la peine. Les facteurs qui ne font pas partie des éléments essentiels d'un crime peuvent néanmoins s'avérer pertinents lorsqu'on examine les circonstances atténuantes et les circonstances aggravantes au moment de la détermination de la peine. Cela est particulièrement vrai lorsque le ministère public et l'avocat de l'accusé soumettent des observations conjointes au juge du procès au sujet de la peine à infliger et que le juge est appelé à déterminer si la peine recommandée est appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances du crime en question.

[115] S'agissant de l'affaire dont la Cour est saisie, les trois faits principaux qui se dégagent de l'exposé conjoint des faits et sur lesquels se fonde le ministère public ne sont certainement pas des

for shooting Freake, and the manner in which the gun was disposed of do not form part of the *actus reus* or *mens rea* relating to D.S.'s crime. Nonetheless, these factors are relevant to motive and the degree of planning and deliberation, all of which are properly considered during sentencing. Allowing a judge to consider these factors in sentencing, while finding that they are not sufficiently reliable to even be weighed by the trier of fact in another case, allows for an inconsistent application of the reliability of evidence and brings the administration of justice into question.

[116] In summary, when dealing with threshold reliability, the fact that courts accept the statements read in on a guilty plea when considering convictions and sentencing is a factor that points to the reliability of the prior inconsistent statement, even when such statement implicates a third party. It would not be prudent to make blanket conclusions about the dangers associated with this sort of statement, nor about its inherent reliability. Each case will have to be examined on its particular circumstances when determining threshold reliability, but consideration should certainly be given to the general acceptance of and reliance on statements read in as part of a guilty plea.

[117] While the nature of the statement in question warrants consideration, it is still necessary in the instant case to determine whether the ASF meets the requirements of necessity and reliability under the principled approach. Since necessity is not at issue, the balance of my analysis will explore whether the threshold of reliability is met.

éléments essentiels du crime commis par D.S. En effet, la provenance du pistolet, les raisons pour lesquelles D.S. a abattu M. Freake et la façon dont il s'est débarrassé du pistolet ne sont des éléments constitutifs ni de l'*actus reus* ni de la *mens rea* du crime qu'il a commis. Ces facteurs sont toutefois pertinents quant aux motivations de l'auteur du crime et quant au degré de planification et de réflexion — tous des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer la peine. Permettre au juge de prendre ces facteurs en compte lors de la détermination de la peine tout en estimant qu'ils ne sont pas suffisamment fiables pour que le juge des faits les prenne même en considération dans une autre affaire conduirait à une application incohérente de la fiabilité de la preuve et soulèverait des doutes au sujet de l'administration de la justice.

[116] En résumé, en ce qui concerne le seuil de fiabilité, le fait que les tribunaux acceptent les déclarations qui sont lues à l'occasion du plaidoyer de culpabilité lorsqu'il s'agit de déclarer l'accusé coupable et de déterminer sa peine est un facteur qui milite en faveur de la fiabilité des déclarations incompatibles antérieures, même lorsque ces déclarations impliquent un tiers. Il ne serait pas prudent de tirer des conclusions générales au sujet des dangers que comporte ce genre de déclarations ou de leur fiabilité intrinsèque. Chaque cas devrait être examiné en fonction de ses circonstances propres lorsqu'il s'agit de déterminer le seuil de fiabilité; on devrait toutefois tenir compte du fait que, dans l'ensemble, les tribunaux acceptent les déclarations qui sont lues à l'occasion de plaidoyers de culpabilité et s'y fient.

[117] Bien qu'il soit justifié de se pencher sur la nature de la déclaration en question, il est quand même nécessaire, dans le cas qui nous occupe, de décider si l'exposé conjoint des faits satisfait aux exigences de la nécessité et de la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée. Comme la nécessité n'est pas en cause, le reste de mon analyse portera sur la question de savoir s'il a été satisfait au critère de fiabilité.

(2) Reliability

[118] The essential question before this Court is whether the trial judge erred in finding that the ASF was not sufficiently reliable to be admitted for its truth. For the reasons that follow, I agree with the conclusion of the Ontario Court of Appeal that the trial judge failed to adequately assess the available indicia of reliability and erroneously found the opportunity to cross-examine D.S. to be illusory. While the ASF may in fact prove to be too unreliable to be admitted, the trial judge's analysis was insufficient to permit him to come to that conclusion. As highlighted by Charron J. in *Khelawon*, the most important contextual factor in the reliability inquiry is the availability of the declarant for cross-examination. Accordingly, my analysis will begin there.

(a) *Cross-Examination*

[119] The opportunity to cross-examine the declarant in relation to his prior inconsistent statement warrants strong consideration in a reliability analysis. While the concerns of hearsay evidence still exist even where the declarant is available at trial, cross-examination can go a long way towards alleviating those concerns. As Lamer C.J. noted in *B. (K.G.)*, “the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial” (p. 787). The availability of cross-examination allows the opposing party to test the current version and simultaneously address the declarant's initial statement. As Charron J. states in *Khelawon*, at para. 41:

Hence, although the underlying rationale for the general exclusionary rule may not be as obvious when the declarant is available to testify, it is the same — the difficulty of testing the reliability of the out-of-court statement. The difficulty of assessing W's out-of-court statement is the reason why it falls within the definition

(2) Fiabilité

[118] La question essentielle soumise à la Cour est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'exposé conjoint des faits n'était pas suffisamment fiable pour être admis en preuve en vue de prouver la véracité de son contenu. Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle le juge du procès n'a pas bien apprécié les indices de fiabilité qui existaient en l'espèce et que c'est à tort qu'il a estimé que la possibilité de contre-interroger D.S. était illusoire. Bien que l'exposé conjoint des faits puisse en fin de compte s'avérer trop peu fiable pour être admis en preuve, l'appréciation du juge des faits n'était pas suffisante pour qu'il puisse tirer pareille conclusion. Ainsi que la juge Charron l'a souligné dans *Khelawon*, le facteur contextuel le plus important dans le cadre de l'analyse de la fiabilité est la possibilité de contre-interroger le déclarant. C'est donc par là que je vais commencer mon analyse.

a) *Contre-interrogatoire*

[119] La possibilité de contre-interroger l'auteur d'une déclaration antérieure incompatible nécessite un examen sérieux dans le cadre de l'analyse de la fiabilité. Bien que les préoccupations que soulève la preuve par oui-dire existent encore, même lorsque le déclarant est présent au procès, la possibilité de le contre-interroger contribue largement à apaiser ces préoccupations. Ainsi que le juge en chef Lamer l'a fait observer dans *B. (K.G.)*, « dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès » (p. 787). La possibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration permet à la partie adverse de vérifier sa version la plus récente, tout en la confrontant à sa déclaration initiale. Comme l'a expliqué la juge Charron dans *Khelawon* (par. 41) :

Ainsi, bien qu'il se puisse que la raison d'être de la règle d'exclusion générale ne soit pas aussi évidente lorsque le déclarant est disponible pour témoigner, elle reste la même, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire. La difficulté d'apprécier la déclaration extrajudiciaire de W explique pourquoi elle

of hearsay and is subject to the general exclusionary rule. As one may readily appreciate, however, the degree of difficulty may be substantially alleviated in cases where the declarant is available for cross-examination on the earlier statement, particularly where an accurate record of the statement can be tendered in evidence. I will come back to that point later. My point here is simply to explain why, by definition, hearsay extends to out-of-court statements tendered for their truth even when the declarant is before the court. [Emphasis added.]

[120] The issue before this Court is whether D.S.'s assertion of solicitor-client privilege led to the opportunity for cross-examination becoming so illusory that it could not be used to establish reliability. For the reasons that follow, I agree with the Ontario Court of Appeal's finding that the trial judge erred in finding the opportunity for cross-examination to be illusory.

[121] The first error committed by the trial judge was to overextend the breadth of solicitor-client privilege and its impact on the ability to cross-examine D.S. The trial judge found that solicitor-client privilege precluded questioning D.S. and his former counsel about the circumstances of the guilty plea, the drafting of the ASF, and D.S.'s implication of Youvarajah as the person who provided him the gun and directed him to do the shooting. While I am loath to provide a road map for the Crown to follow at a new trial, the Ontario Court of Appeal was correct in finding that the opportunity to cross-examine D.S. was not entirely closed and that the trial judge misapprehended the scope and impact of solicitor-client privilege on the opportunity for cross-examination.

[122] Solicitor-client privilege is intended to prohibit the disclosure of any form of communication made in confidence between a lawyer and his client for the legitimate purpose of obtaining lawful

est visée par la définition du oui-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale. Toutefois, on le comprendra aisément, la difficulté peut être atténuée substantiellement lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, en particulier lorsqu'il est possible de déposer en preuve un compte rendu exact de la déclaration. Je reviendrai sur cette question plus loin. Je ne tiens ici qu'à expliquer pourquoi, par définition, le oui-dire englobe les déclarations extrajudiciaires présentées pour établir la véracité de leur contenu, et ce, même lorsque le déclarant est devant le tribunal. [Je souligne.]

[120] La question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si le fait que D.S. a invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat a rendu le contre-interrogatoire tellement illusoire qu'il ne pouvait contribuer à établir la fiabilité de sa déclaration antérieure. Pour les motifs qui suivent, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario suivant laquelle le juge du procès a commis une erreur en concluant que la possibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration était illusoire.

[121] La première erreur commise par le juge du procès a été d'exagérer l'étendue du privilège du secret professionnel de l'avocat ainsi que les répercussions qu'a eues, sur la possibilité de le contre-interroger, le fait pour D.S. de l'invoquer. En effet, le juge du procès a estimé que le privilège du secret professionnel de l'avocat empêchait d'interroger D.S. et son ancien avocat au sujet des circonstances dans lesquelles le plaidoyer de culpabilité avait été enregistré, de celles dans lesquelles l'exposé conjoint des faits avait été rédigé et de la façon dont D.S. impliquait M. Youvarajah comme étant la personne qui lui avait remis le pistolet et lui avait ordonné de faire feu. Bien que j'hésite à donner au ministère public des consignes sur la façon d'agir lors d'un nouveau procès, j'estime que la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de conclure que la possibilité de contre-interroger D.S. n'était pas entièrement perdue et que le juge du procès a mal compris tant la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat que ses répercussions sur la possibilité de contre-interroger D.S.

[122] Le secret professionnel de l'avocat vise à interdire la divulgation de toute communication échangée entre un avocat et un client — voulue confidentielle par ce dernier et faite dans le but légitime

professional advice or assistance, unless the privilege is waived by the client or a recognized exception to the privilege applies. This definition is captured succinctly by J. H. Wigmore in *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at p. 554, and adopted by this Court in *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 36:

Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.

[123] This definition does not encompass all communications between a lawyer and his client. More importantly to the admissibility inquiry in this case, solicitor-client privilege does not foreclose cross-examining D.S. in relation to a number of areas concerning the ASF. Specifically, the Ontario Court of Appeal identified six areas about which D.S. could have been cross-examined, had the trial judge not misunderstood the scope of solicitor-client privilege:

- (1) D.S.'s understanding of the ASF;
- (2) D.S.'s understanding of any conditions that were attached to the plea deal;
- (3) D.S.'s understanding of the consequences of misleading the police, the court and the Crown;
- (4) D.S.'s motive for making what he now asserts were false statements;
- (5) D.S.'s instructions to counsel regarding communications to the court and the Crown; and
- (6) D.S.'s knowledge of the Crown's theory at the time he provided counsel with instructions.

d'obtenir de l'aide ou des conseils professionnels licites — sauf si le client renonce à cette protection ou qu'une exception reconnue s'applique. J. H. Wigmore résume bien cette définition dans le passage suivant de son ouvrage *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 554, que la Cour a repris dans *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 36 :

[TRADUCTION] Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

[123] Cette définition n'englobe pas toutes les communications échangées entre l'avocat et son client. Mais, fait encore plus important pour ce qui est de l'analyse de l'admissibilité dans le cas qui nous occupe, le privilège du secret professionnel de l'avocat n'empêchait pas de contre-interroger D.S. sur plusieurs des aspects de l'exposé conjoint des faits. Plus précisément, la Cour d'appel de l'Ontario a relevé les six aspects suivants au sujet desquels D.S. aurait pu être contre-interrogé si le juge du procès n'avait pas mal interprété la portée du privilège en cause :

- (1) La compréhension qu'avait D.S. de l'exposé conjoint des faits;
- (2) La compréhension qu'avait D.S. des conditions dont était assortie l'entente conclue quant au plaidoyer;
- (3) La compréhension qu'avait D.S. des conséquences du fait d'induire la police, le tribunal et le ministère public en erreur;
- (4) L'intérêt qu'avait D.S. à faire ce qu'il affirme maintenant être de fausses déclarations;
- (5) Les directives données par D.S. à son avocat au sujet des communications faites au tribunal et au ministère public;
- (6) La connaissance qu'avait D.S. de la thèse du ministère public au moment où il a donné ses instructions à son avocat.

[124] Admittedly, these six areas of potentially permissible lines of questioning could eventually be curtailed by issues of solicitor-client privilege. However, that is an issue for the trial judge to address as those possible issues arise. In any event, there is certainly the possibility of cross-examination in relation to these six areas. Indeed, both defence counsel and Crown counsel cross-examined D.S. on some of these very issues, eliciting information that could have been relevant in the reliability assessment.

[125] The Crown elicited evidence from D.S. regarding his understanding of the ASF. Specifically, D.S. acknowledged that at his guilty plea he agreed that “Yousanthan Youvarajah gave [D.S.] a loaded small black handgun” and that he understood what that meant. Further, the Crown read the following statement to D.S. from the ASF: “When he was given the gun, [D.S.] was told by Yousanthan Youvarajah to shoot Mr. Freake sometime during the course of the drug rip off” (A.R., vol. V, at pp. 62-63). During the Crown’s cross-examination, D.S. admitted that he remembered the statement being read at his guilty plea and that he agreed to those facts through his counsel.

[126] Similarly, defence counsel was able to elicit substantial information regarding the motive behind D.S.’s guilty plea and the ASF. Specifically, during defence counsel’s cross-examination, D.S. conceded that a factor in his decision to plead guilty was his impression that he would not have to provide further statements. He also agreed to defence counsel’s assertion that D.S. signed an ASF that he knew contained false information to “get to the end game that day which was pleading to second degree murder” (A.R., vol. III, at p. 92). Defence counsel was also able to elicit D.S.’s assertions that

[124] Il est vrai que le privilège du secret professionnel de l’avocat pouvait éventuellement être invoqué pour réduire l’éventail des questions relatives à ces six sujets. Il s’agit toutefois là d’une question qu’il revenait au juge du procès de régler au fur et à mesure que ces obstacles se présentaient. En tout état de cause, il était certainement possible de contre-interroger D.S. relativement à ces six sujets. D’ailleurs, tant l’avocat de la défense que celui du ministère public ont contre-interrogé D.S. sur certaines de ces questions précises et ont recueilli des renseignements qui auraient pu être pertinents pour apprécier la fiabilité de sa déclaration antérieure.

[125] Le ministère public a obtenu de D.S. des éléments de preuve au sujet de sa compréhension de l’exposé conjoint des faits. Plus précisément, D.S. a reconnu que, lorsqu’il avait plaidé coupable, il avait convenu que [TRADUCTION] « Yousanthan Youvarajah [lui] a[vait] remis [. . .] un petit pistolet noir chargé » et qu’il comprenait ce que cela voulait dire. De plus, le ministère public a lu à D.S. la déclaration suivante tirée de l’exposé conjoint des faits : « Après lui avoir remis le pistolet, Yousanthan Youvarajah a dit à [D.S.] d’abattre M. Freake à un certain moment au cours de la transaction de drogue » (d.a., vol. V, p. 62-63). Contre-interrogé par le ministère public, D.S. a admis qu’il se souvenait que cette déclaration avait été lue à l’occasion de son plaidoyer de culpabilité et qu’il avait admis ces faits par l’entremise de son avocat.

[126] De même, l’avocat de la défense a été en mesure d’obtenir des renseignements importants au sujet des raisons qui avaient motivé D.S. à plaider coupable et à accepter l’exposé conjoint des faits. Plus précisément, contre-interrogé par l’avocat de la défense, D.S. a admis qu’il avait été incité à plaider coupable notamment parce qu’il avait l’impression qu’il n’aurait plus à faire d’autres déclarations. Il s’est également dit d’accord avec l’assertion de l’avocat de la défense suivant laquelle il avait signé un exposé conjoint des faits sachant qu’il contenait de faux renseignements [TRADUCTION] « pour en

he had never implicated Youvarajah in the killing until his guilty plea on September 17, 2009.

[127] These examples are merely illustrative of the information that was potentially available on cross-examination without breaching D.S.'s asserted solicitor-client privilege. Had the trial judge permitted the cross-examination to proceed and addressed issues involving solicitor-client privilege as they arose, information sufficient to meet the threshold reliability standard may have been brought forward.

[128] The appellant claims that any cross-examination on the six aforementioned areas would either skirt the critical issues or be entirely blocked by solicitor-client privilege. I cannot agree with this position. The appellant's position presupposes that D.S.'s recantation arose from direct or indirect communications with counsel. While this is certainly possible, and maybe even likely, an admissibility inquiry should not rest on assumptions. Further, and as I have already alluded to, limits on cross-examination should not be applied rigidly and absolutely where solicitor-client privilege is asserted. Rather, issues of privilege should be addressed as they arise on cross-examination. This way, relevant information that may not be prohibited by the assertion of privilege may still be elicited, furthering the underlying truth-seeking function of the proceedings.

[129] While the issue is not before this Court, it bears mentioning that this approach is not an invitation for counsel to attempt to skirt privilege by inducing the waiver of privilege by an unsuspecting witness who has clearly asserted

finir avec toute cette histoire ce jour-là en plaçant coupable de meurtre au deuxième degré » (d.a., vol. III, p. 92). L'avocat de la défense a également été en mesure de faire dire à D.S. qu'il n'avait jamais impliqué M. Youvarajah dans le meurtre jusqu'à ce qu'il plaide coupable le 17 septembre 2009.

[127] Ces exemples ne font qu'illustrer le type de renseignements que l'on pouvait obtenir en contre-interrogatoire sans violer le secret professionnel de l'avocat revendiqué par D.S. Si le juge du procès avait autorisé le contre-interrogatoire et s'il avait tranché les questions de privilège du secret professionnel de l'avocat au fur et à mesure qu'elles se seraient présentées, on aurait peut-être pu mettre en lumière des renseignements suffisants pour qu'il soit satisfait au critère de fiabilité.

[128] L'appelant prétend que tout contre-interrogatoire sur les six sujets mentionnés précédemment éluderait les questions critiques ou serait entièrement restreint par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Je ne suis pas de cet avis. L'argument de l'appelant presuppose que la rétractation de D.S. découle de communications directes ou indirectes avec son avocat. Bien que cette hypothèse ne puisse certainement pas être écartée et qu'elle soit même probable, l'analyse de l'admissibilité ne saurait reposer sur des hypothèses. De plus, et comme j'y ai déjà fait allusion, on ne devrait pas appliquer de façon rigide et absolue des limites au contre-interrogatoire lorsque le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué. Les questions de privilège doivent plutôt être abordées au fur et à mesure qu'elles sont soulevées lors du contre-interrogatoire. De cette manière, on peut quand même recueillir des renseignements pertinents dont le privilège du secret professionnel de l'avocat ne peut empêcher la communication, favorisant ainsi la recherche de la vérité qui est à la base de tout procès.

[129] Bien que la question n'ait pas été soumise à la Cour, il vaut la peine de mentionner que cette approche ne se veut pas une invitation lancée aux avocats de chercher à esquiver le privilège en amenant un témoin, qui ne se doute de rien et qui a de

solicitor-client privilege. Solicitor-client privilege is a fundamental principle of the Canadian legal system. Any conduct that unscrupulously attempts to erode solicitor-client privilege should not be encouraged. While solicitor-client privilege is not absolute and circumstances may arise where it will be subordinated, duping a witness into waiving privilege is never an acceptable practice.

[130] Given that there were several subjects about which D.S. could have been cross-examined and that this could have potentially assisted in establishing reliability, the trial judge erred in determining that cross-examination was effectively foreclosed by the claim of solicitor-client privilege.

[131] The appellant argues that the mistaken view of the scope of solicitor-client privilege rested solely on the shoulders of Crown counsel and that the trial judge cannot be held accountable for the tactical decisions made by counsel. I cannot agree with this argument, given the facts before this Court. Crown counsel certainly misunderstood the implications of D.S.'s asserted privilege, but the transcripts provide clear indication that the mistake was shared. Indeed, defence counsel was the first to state that any cross-examination was meaningfully foreclosed once D.S. asserted privilege, a position that, coincidentally or not, was advantageous to the accused's case. Crown counsel seemingly concurred by indicating that he did not anticipate calling further witnesses after the privilege was asserted. The trial judge did not correct these erroneous assumptions. Rather, as Simmons J.A. correctly notes, "the trial judge put his stamp of approval on this approach — and effectively prevented the Crown from reconsidering calling D.S.'s counsel" (para. 95). This is evident from the following exchange:

toute évidence invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat, à renoncer à ce privilège. Le secret professionnel de l'avocat est un élément fondamental du système juridique canadien et toute tentative éhontée visant à éroder le privilège du secret professionnel de l'avocat ne doit pas être encouragée. Bien que ce privilège ne soit pas absolu et qu'il existe des circonstances dans lesquelles il sera subordonné à d'autres droits, on ne doit pas encourager les manœuvres visant à tromper un témoin de manière à l'inciter à y renoncer.

[130] Comme D.S. aurait pu être contre-interrogé sur plusieurs sujets et que cela aurait pu aider à juger de la fiabilité de l'exposé conjoint des faits, le juge du procès a commis une erreur en concluant que D.S. ne pouvait pas être contre-interrogé au motif qu'il avait invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[131] L'appelant soutient que cette conception erronée de la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat est uniquement imputable à l'avocat du ministère public et que l'on ne peut tenir le juge du procès responsable des décisions stratégiques des avocats. Compte tenu des faits portés à la connaissance de la Cour, je ne puis souscrire à cet argument. L'avocat du ministère public a certainement mal saisi les conséquences du privilège revendiqué par D.S., mais la transcription nous donne des indices nous permettant clairement de penser qu'il n'a pas été le seul à commettre cette erreur. En effet, c'est l'avocat de la défense qui a lancé l'idée selon laquelle dès que D.S. a invoqué le privilège, le contre-interroger était exclu, un argument qui, que ce soit par hasard ou non, était favorable à la cause de l'accusé. L'avocat du ministère public a apparemment souscrit à ce point de vue en expliquant qu'il ne prévoyait pas assigner d'autres témoins puisque le privilège avait été invoqué. Le juge du procès n'a pas rectifié ces postulats erronés. Pour sa part, la juge Simmons de la Cour d'appel a fait observer à juste titre que : [TRADUCTION] « le juge du procès s'est contenté d'entériner cette façon de voir et a effectivement empêché le ministère public de réexaminer la possibilité de rappeler l'avocat de D.S. » (par. 95), comme le démontre à l'évidence l'échange suivant :

[CROWN COUNSEL]: And I don't anticipate even now given the comments of Mr. Marentette I don't anticipate needing to call further witnesses.

THE COURT: Well, no legal witnesses that have ever spoken to this man anyway.

[CROWN COUNSEL]: Right.

THE COURT: Right. I mean, we're going to take Mr. Marentette's word as the final word on that.

[CROWN COUNSEL]: Right. [A.R., vol. II, at p. 132]

[132] The trial judge's misapprehensions were also evident when he stated: "Well, you bump into the solicitor/client . . . privilege every which way here" (A.R., vol. III, at p. 1). Perhaps most telling was the following excerpt from the trial judge's reasons where he summarized the impact of solicitor-client privilege without having heard any argument on the matter:

Solicitor/client privilege precluded questions to or from [D.S.] or indeed of his counsel about how it came to be that this confession from [D.S.] as the shooter and his implication of the accused as the person who provided him with the gun and directed him to do the shooting was made on the day of his guilty plea almost two years after his arrest when he had never confessed or implicated Yousanthan Youvarajah in all that time. [A.R., vol. I, at p. 59]

[133] The appellant is correct in asserting that a judge must remain an impartial arbiter and refrain from intervening where parties do not properly raise evidentiary issues (see *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at para. 36). However, it cannot be said that the trial judge in the present case remained impartial by weighing in with a clear expression of prohibition. The appellant's argument would be more compelling had the trial judge remained silent on the matter and merely allowed Crown counsel to proceed, but this was clearly not

[TRANSDUCTION]

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Et je n'envisage toujours pas, compte tenu des commentaires de M^e Marentette, je ne pense pas avoir besoin de citer d'autres témoins.

LA COUR : Aucun témoin juriste ayant déjà parlé à cet homme en tout cas.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien.

LA COUR : Bien, je voulais dire que M^e Marentette a le dernier mot à cet égard.

[AVOCAT DU MINISTÈRE PUBLIC] : Bien. [d.a., vol. II, p. 132]

[132] Les erreurs du juge du procès ressortent aussi à l'évidence du commentaire suivant qu'il a formulé : [TRANSDUCTION] « Et bien, on tombe sur le privilège du secret professionnel de l'avocat [. . .] à tout bout de champ dans ce dossier » (d.a., vol. III, p. 1). Cela dit, le passage peut-être le plus révélateur est l'extrait suivant de ses motifs dans lequel le juge du procès a résumé les conséquences du privilège du secret professionnel de l'avocat sans avoir entendu le moindre argument sur la question :

[TRANSDUCTION] Le privilège du secret professionnel de l'avocat interdisait de poser des questions à [D.S.] ou, évidemment, à son avocat, à propos de la raison pour laquelle la confession dans laquelle [D.S.] s'identifiait comme étant le tireur et impliquait l'accusé comme étant la personne lui ayant fourni l'arme et ordonné de tirer a été faite la même journée que son plaidoyer de culpabilité près de deux ans après son arrestation, alors qu'il n'avait jamais avoué ou impliqué Yousanthan Youvarajah. [d.a., vol. I, p. 59]

[133] L'appelant a raison d'affirmer qu'un juge doit demeurer l'arbitre impartial du procès et s'abstenir d'intervenir lorsque les parties ne soulèvent pas de questions se rapportant à la preuve (voir *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 36). On ne saurait toutefois dire que le juge du procès, en l'espèce, est demeuré impartial en intervenant et en exprimant aussi clairement l'interdiction. L'argument de l'appelant serait plus convaincant si le juge du procès était resté muet sur la question et avait simplement permis à l'avocat du ministère

the case. At the very least, the trial judge's remarks improperly influenced the conduct of counsel.

[134] While the appellant did not present the argument before this Court that the instant case was analogous to the situation in *Conway*, a brief discussion of that case is warranted to support the conclusion that the opportunity to cross-examine D.S. was not illusory.

[135] In *Conway*, two men were charged with the second degree murder of an elderly disabled man while committing a robbery. They pleaded not guilty to murder charges but guilty to the lesser charge of manslaughter on the grounds that they did not have the requisite *mens rea*, having ingested intoxicating substances prior to committing the offence. One witness provided a written statement to the police denying knowledge of the killing and provided a subsequent written statement implicating the accused. This statement had none of the indicia of reliability outlined in *B. (K.G.)*. At trial, the witness could not recall providing either written statement to police. In finding the second written statement inadmissible for its truth, Labrosse J.A. found that the opportunity to cross-examine a witness who recanted and denied all recollection of the prior inconsistent statement was illusory.

[136] The important distinction to be made between that matter and the present one is that two versions of the witness's story could not be said to be before the trier of fact. The evidence given by the witness amounted to a declaration of "I don't remember" (p. 589). As Labrosse J.A. stresses, the value of cross-examining a recanting witness lies in assessing the comparative reliability of the two versions. Where both versions cannot be tested by the trier of fact, this cannot be accomplished.

public d'aller de l'avant. De toute évidence, ce n'est toutefois pas ce qui s'est passé. À tout le moins, les remarques du juge du procès ont influencé de façon irrégulière la conduite des avocats.

[134] Bien que l'appellant n'ait pas avancé devant la Cour l'argument selon lequel la présente affaire était analogue à la situation dans *Conway*, il convient de s'arrêter brièvement sur cet arrêt pour étayer la conclusion selon laquelle il n'était pas illusoire de contre-interroger D.S.

[135] Dans l'affaire *Conway*, deux hommes avaient été accusés du meurtre au deuxième degré d'un homme âgé handicapé au cours d'un vol qualifié. Ils avaient plaidé non coupables aux accusations de meurtre, mais coupables à l'accusation moindre d'homicide involontaire coupable. En effet, ils soutenaient ne pas avoir eu la *mens rea* requise puisqu'ils avaient ingéré des substances intoxicantes avant de perpétrer l'infraction. Un des témoins avait fait une déclaration écrite à la police dans laquelle il niait être au courant du meurtre et avait par la suite fait une déclaration écrite dans laquelle il impliquait les accusés. Cette déclaration ne comportait aucun des indices de fiabilité énoncés dans *B. (K.G.)*. Au procès, le témoin ne se rappelait pas avoir fait ces déclarations écrites à la police. Pour conclure que la seconde déclaration écrite ne pouvait pas être admise en preuve pour établir la véracité de son contenu, le juge Labrosse a conclu que la possibilité de contre-interroger un témoin qui s'était rétracté et qui affirmait n'avoir aucun souvenir de sa déclaration antérieure incompatible était illusoire.

[136] Il convient d'établir une distinction importante entre cette affaire et celle qui nous occupe. En effet, dans l'affaire *Conway*, on ne peut affirmer que les deux versions du témoin avaient été soumises au juge des faits. La déposition de ce témoin revenait à déclarer : [TRADUCTION] « je ne m'en souviens pas » (p. 589). Or, comme le juge Labrosse l'a souligné, la valeur du contre-interrogatoire d'un témoin qui se rétracte réside dans l'évaluation de la fiabilité comparative des deux versions. Lorsque les deux versions ne peuvent être vérifiées par le juge des faits, on ne peut procéder à cette comparaison.

[137] In the instant case, the potential cross-examination of D.S. as to his statements does not suffer from the same deficiency as that encountered in *Conway*. Simmons J.A. correctly states that while D.S. initially claimed not to recall signing the ASF, he later confirmed that he remembered a number of events set out within the document. Indeed, Simmons J.A. astutely points out, at para. 74, that the trial judge acknowledged this very fact when he stated: “When cross-examined by the Crown, [D.S.] admitted making many of the statements in the [ASF] and conceded that many of those statements were true” (A.R., vol. I, at pp. 49-50).

[138] So while it is possible for a recanting witness’s cross-examination to prove too illusory to ground a reliability analysis, this may not be the situation in the present case. D.S. was available for cross-examination, he recalled having made many of the statements within the ASF, he did not dispute understanding the key facts in the ASF which he subsequently denied at Youvarajah’s trial, and he recalled the ASF being read in at his guilty plea proceeding. As a result, Simmons J.A. correctly summarized that the trial judge erred by failing to assess “whether it could properly be said that two versions of the events were before the court; and whether the extent of D.S.’s recollection would afford sufficient scope to assist the jury in assessing which, if either, version was true” (para. 79).

[139] Accordingly, the trial judge erred in precluding a cross-examination which possibly could have gone towards establishing the threshold reliability of the ASF. Given the importance of cross-examination in the admissibility inquiry, this error is sufficient in and of itself to order a new trial. However, in the interest of completeness and of providing guidance for the new trial, I will briefly

[137] Dans le cas qui nous occupe, le contre-interrogatoire potentiel de D.S. quant à ses déclarations ne souffre pas des mêmes lacunes que celles qui avaient été signalées dans l’affaire *Conway*. La juge Simmons a affirmé à juste titre que, bien que D.S. eût tout d’abord prétendu ne pas se souvenir d’avoir signé l’exposé conjoint des faits, il avait par la suite confirmé qu’il se souvenait de certains des faits relatés dans ce document. D’ailleurs, la juge Simmons de la Cour d’appel a judicieusement souligné, au par. 74, que le juge du procès avait reconnu ce fait précis en déclarant que [TRADUCTION] « [l]orsqu’il a été contre-interrogé par le ministère public, [D.S.] a admis avoir fait bon nombre des déclarations contenues dans l’exposé conjoint des faits et a admis que beaucoup d’entre elles étaient vraies » (d.a., vol. I, p. 49-50).

[138] Ainsi, bien qu’il soit possible que le contre-interrogatoire du témoin qui se rétracte s’avère trop illusoire pour qu’on puisse procéder à une analyse de la fiabilité, ce n’était pas nécessairement le cas en l’espèce. D.S. était disponible pour être contre-interrogé, il se souvenait d’avoir fait plusieurs des déclarations contenues dans l’exposé conjoint des faits, ne prétendait pas ne pas comprendre les faits essentiels de l’exposé conjoint des faits qu’il avait par la suite niés au procès de M. Youvarajah et se souvenait que l’exposé conjoint des faits avait été lu lors de l’audience durant laquelle il avait plaidé coupable. En conséquence, c’est à juste titre que la juge Simmons a conclu à une erreur du juge du procès du fait qu’il n’a pas vérifié [TRADUCTION] « si l’on pouvait, à bon droit, dire que les deux versions des faits avaient été soumises au tribunal et si D.S. se souvenait suffisamment des faits pour permettre au jury de déterminer laquelle des deux versions était véridique, le cas échéant » (par. 79).

[139] En conséquence, le juge du procès a commis une erreur en empêchant la tenue d’un contre-interrogatoire qui aurait pu contribuer à établir le degré de fiabilité de l’exposé conjoint des faits. Compte tenu de l’importance du contre-interrogatoire dans le cadre de l’analyse de l’admissibilité, cette erreur suffit à elle seule à justifier la tenue d’un nouveau procès. Toutefois, par souci

address the errors of the trial judge with regard to other indicia of reliability.

(b) *Other Indicia of Reliability*

[140] The two other indicia of reliability detailed in *B. (K.G.)*, namely a statement made under oath and captured by video, were not present in the context of the ASF in this matter. However, the inquiry does not end there. A reliability analysis is not restricted to the three indicia detailed in *B. (K.G.)*. In fact, as stated by Lamer C.J. in *B. (K.G.)* itself, “other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible” (p. 796). This was clearly understood by the Ontario Court of Appeal in this case where Simmons J.A. stated that “the focus of the threshold reliability inquiry can change depending on the circumstances of the case” (para. 123). I also agree with the Ontario Court of Appeal’s finding that other factors were available in this case that could have satisfied the trial judge that the circumstances surrounding the drafting and reading in of the ASF provided assurances of reliability equivalent to an oath and presence, in the form of video. If these indicia had been considered and cross-examination had been permitted, it is possible that threshold reliability would have been met.

[141] In the instant case, perhaps the most persuasive indicia of reliability are the nature of the statement and how it was constructed. As quoted above, in *Khelawon*, at para. 41, Charron J. indicated that where the declarant is available for cross-examination, an accurate record of the statement can do much to alleviate the dangers of hearsay.

[142] The ASF tendered as evidence in D.S.’s guilty plea proceeding provides just such a record. Having been reduced to writing, signed not only by D.S. but by both Crown and defence counsel, and

d’exhaustivité et pour proposer certaines balises pour la tenue d’un nouveau procès, je vais brièvement examiner les erreurs commises par le juge du procès au sujet des autres indices de fiabilité.

b) *Autres indices de fiabilité*

[140] Les deux autres indices de fiabilité énoncés par *B. (K.G.)* — à savoir l’existence d’une déclaration faite sous serment et son enregistrement sur bande vidéo — n’existaient pas dans le cas de l’exposé conjoint des faits en l’espèce. L’analyse ne se termine toutefois pas là. En effet, l’analyse de la fiabilité ne se limite pas aux trois indices prévus dans *B. (K.G.)*. En fait, comme l’a affirmé le juge en chef Lamer dans cette affaire : « d’autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond » (p. 796). La Cour d’appel de l’Ontario a bien saisi cette nuance dans le cas qui nous occupe puisque la juge Simmons a déclaré que [TRADUCTION] « le point de mire de l’analyse du seuil de fiabilité peut changer selon les circonstances de l’espèce » (par. 123). Je suis également d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel de l’Ontario suivant laquelle il existait, en l’espèce, d’autres facteurs qui auraient pu convaincre le juge du procès que les circonstances entourant la rédaction de l’exposé conjoint des faits et sa lecture à l’occasion du plaidoyer fournissaient des assurances de fiabilité équivalentes à un serment et à un enregistrement vidéo. Si ces indices avaient été examinés et que le contre-interrogatoire avait été autorisé, il aurait pu être satisfait au critère de fiabilité.

[141] Dans le cas qui nous occupe, c’est la nature de la déclaration et la façon dont elle a été élaborée qui constituent sans doute les indices de fiabilité les plus convaincants. Dans l’extrait déjà cité du par. 41 de *Khelawon*, la juge Charron a expliqué que, lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, un compte rendu exact de sa déclaration contribue grandement à atténuer les dangers du ouï-dire.

[142] L’exposé conjoint des faits déposé en preuve durant l’audience où D.S. a enregistré son plaidoyer de culpabilité constitue précisément un compte rendu de ce type. Comme il a été consigné par écrit,

having been read in to the record in the context of D.S.'s guilty plea, the source of the document cannot be disputed.

[143] The nature of how the ASF was constructed further supports its reliability. This was not a statement that was unilaterally drafted and forced upon D.S. to adopt. Rather, the drafting of the ASF was a collaborative effort where there is evidence that at least one crucial component to the Crown's case against Youvarajah was supplied by defence counsel — namely the statement that Youvarajah supplied D.S. with the gun.

[144] Moreover, D.S. had the opportunity to review the ASF with his counsel prior to signing it and adopting it. This is an important aspect as it refutes any negative inferences that could be drawn against the ASF on the grounds that it was not captured in D.S.'s own words or that D.S. did not understand its contents.

[145] The appellant correctly argues that a lawyer's ethical obligation not to knowingly present false statements to the court does not ensure the truth of the contents of the ASF. However, it does provide some assurances that D.S. was advised of the consequences of providing a false statement. Before entering a guilty plea, counsel has an ethical obligation under rules of professional conduct to ensure that the client (1) is voluntarily admitting the elements of the offence; and (2) understands the implications and possible consequences of a guilty plea, particularly with regards to the authority and discretion of the court. In the absence of evidence to the contrary in the instant case, it is not unreasonable to assume that counsel would have advised D.S. about the contents of the ASF, the potential consequences of implicating the appellant, and the potential penal consequences of subsequently recanting. This assumption is also supported on the record by D.S.'s admission that he understood that the basis of his guilty plea was the ASF.

qu'il a été signé non seulement par D.S., mais aussi par le représentant du ministère public et par l'avocat de la défense et qu'il a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité de D.S., la manière dont la déclaration a été enregistrée est incontestable.

[143] La façon dont l'exposé conjoint des faits a été élaboré confirme également sa fiabilité. Il ne s'agit pas d'une déclaration qui a été rédigée unilatéralement et qu'on a forcé D.S. à adopter. Ce document a plutôt été rédigé en collaboration, et au moins un élément crucial de la preuve à charge du ministère public contre M. Youvarajah a été fourni par l'avocat de la défense, en l'occurrence l'affirmation suivant laquelle il avait fourni le pistolet à D.S.

[144] Qui plus est, ce dernier a eu la possibilité d'examiner l'exposé conjoint des faits avec son avocat avant de le signer et de l'adopter. Cet élément est important, car il réfute toutes inférences négatives tirées de ce document, du fait qu'il ne reprend pas mot à mot les propos de D.S., ou que ce dernier n'en aurait pas compris la teneur.

[145] L'appelant soutient à juste titre que l'obligation déontologique selon laquelle les avocats ne peuvent pas présenter sciemment de fausses déclarations au tribunal ne garantit pas la véracité du contenu de l'exposé conjoint des faits. Elle garantit toutefois jusqu'à un certain point que D.S. a été mis en garde au sujet des conséquences d'une fausse déclaration. Avant d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité, l'avocat a l'obligation suivant le code de déontologie de s'assurer que son client : (1) est disposé à admettre de son plein gré les éléments de l'infraction et (2) comprend les implications et les conséquences éventuelles d'un plaidoyer de culpabilité, en particulier quant au pouvoir général et au pouvoir discrétionnaire du tribunal. En l'absence de preuve contraire en l'espèce, il n'est pas déraisonnable de présumer que l'avocat de la défense a conseillé D.S. sur la teneur de l'exposé conjoint des faits, sur les conséquences éventuelles d'impliquer l'appelant et les conséquences pénales d'une rétractation ultérieure. Cette hypothèse est également confirmée au dossier par l'aveu de D.S. suivant lequel il comprenait que son plaidoyer de culpabilité était fondé sur l'exposé conjoint des faits.

[146] Perhaps most importantly, D.S. testified that he understood the three crucial components of the ASF, namely that the appellant gave D.S. the gun, told him to shoot Freake, and demanded that D.S. return the gun. Without more persuasive evidence to the contrary, this essentially forecloses any argument that D.S. lacked understanding of the ASF's contents.

[147] Looking beyond the construction of the ASF, the context of the proceedings under which it was read in to court and the contents of the ASF itself provide additional indicia supporting threshold reliability. As the Ontario Court of Appeal stated, "the solemnity of the occasion on which the [ASF] was presented" was a feature that favoured threshold reliability (para. 137). It certainly would have been ideal for the ASF to have been adopted under oath or solemn affirmation, but the nature of the guilty plea can help fill that gap when considered with the other indicia of reliability before the court.

[148] The Ontario Court of Appeal also correctly rejected the trial judge's assertion that the lack of spontaneity of the statement and the fact that it was not in D.S.'s own words detracted from the reliability of the ASF. While spontaneity can be an indication of reliability, its absence does not necessarily detract from it. With regards to an ASF prepared in the context of a guilty plea, reliability is not found through spontaneity but through the carefully crafted language which is subsequently adopted by the declarant after careful consideration with his counsel.

[149] Finally, the Ontario Court of Appeal concluded that the lack of "presence" when the ASF was read in at the guilty plea, for example by way of video, was of no consequence since D.S.'s only contribution was to reply "yes" in response to two separate questions by counsel (para. 128). I respectfully

[146] Fait peut-être encore plus important, D.S. a expliqué qu'il comprenait bien les trois éléments cruciaux de l'exposé conjoint des faits, à savoir que l'appelant lui avait donné le pistolet, lui avait dit d'abattre M. Freake et avait exigé qu'il lui remette le pistolet. À défaut d'éléments de preuve plus convaincants à l'effet contraire, tout argument que D.S. ne comprenait pas la teneur de l'exposé conjoint des faits se trouve d'emblée exclu.

[147] Indépendamment de la façon dont l'exposé conjoint des faits était libellé, le contexte de l'instance au cours de laquelle il a été versé au dossier et son contenu même fournissent des éléments supplémentaires qui appuient la thèse de l'atteinte du seuil de fiabilité. En effet, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario l'a déclaré : [TRADUCTION] « la solennité de l'occasion au cours de laquelle l'exposé conjoint des faits a été présenté » est une caractéristique qui favorise cette thèse (par. 137). Certes, dans un monde idéal, l'exposé en cause aurait été adopté sous la foi du serment ou d'une déclaration solennelle, mais la nature du plaidoyer de culpabilité peut contribuer à combler cette lacune lorsqu'on tient compte des autres indices de fiabilité portés à la connaissance du tribunal.

[148] La Cour d'appel de l'Ontario a également rejeté à bon droit l'affirmation du juge du procès suivant laquelle le manque de spontanéité de la déclaration et le fait qu'elle ne reprenait pas mot à mot les paroles de D.S. affaiblissaient sa fiabilité. Bien que la spontanéité puisse constituer un indice de fiabilité, son absence ne lui enlève pas nécessairement toute sa fiabilité à une déclaration. En ce qui concerne l'exposé conjoint des faits préparé dans le contexte d'un plaidoyer de culpabilité, la fiabilité ne se juge pas en fonction de la spontanéité, mais à la lumière des termes soigneusement choisis qui sont par la suite adoptés par le déclarant après un examen minutieux avec son avocat.

[149] Enfin, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'absence d'un enregistrement vidéo — lorsque l'exposé conjoint des faits a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité — n'avait pas de conséquences, puisque la seule contribution de D.S. avait été de répondre « oui » aux deux questions

disagree with this assessment. It is not appropriate to dismiss presence as indicia of reliability merely because of the declarant's limited level of involvement or because of the brevity of his statement. Had there been video presence, D.S.'s demeanour could have been assessed throughout the reading in of the ASF as well as in his answers to the two questions posed to him. Even if one were to focus solely on D.S.'s two short responses, such presence could provide invaluable insight into D.S.'s demeanour and ultimately into the veracity of the statement.

[150] While I cannot agree with the Ontario Court of Appeal's assessment on the issue of presence, I do not think that lack of presence is detrimental to potentially establishing reliability. If the cross-examination is found sufficiently meaningful and other indicia support the reliability of the ASF, presence may be superfluous. As I have detailed above, the reliability indicia from *B. (K.G.)* are not rigid and the absence of one factor can be overcome if other factors are sufficient in establishing threshold reliability. It is not necessary for me to draw any firm conclusion in this regard in the instant matter, and this is a question best left for a new trial where all of the factors can be assessed in concert.

V. Conclusion

[151] While there are certainly concerns with admitting evidence from a guilty plea proceeding at the trial of a third party, I find it unpalatable to apply a blanket prohibition at the admissibility inquiry stage. A proper admissibility inquiry is only intended to determine whether the prior inconsistent statement has sufficient markers of reliability to allow the trier of fact to reasonably assess the appropriate weight it should be given. This is a contextual question that will change with the particular circumstances of each case.

posées par l'avocat (par. 128). Je ne puis, en toute déférence, souscrire à cette analyse. On ne peut régulièrement écarter la preuve vidéo comme indice de fiabilité en invoquant simplement le faible degré de participation du déclarant ou la brièveté de sa déclaration. S'il y avait eu un enregistrement vidéo, on aurait pu observer le comportement de D.S. au moment où l'exposé conjoint a été lu à l'occasion du plaidoyer de culpabilité et examiner ses réponses aux deux questions qui lui ont été posées. Même en ne tenant compte que des deux courtes réponses données par D.S., la preuve vidéo pouvait donner des renseignements précieux sur le comportement de D.S. et, en dernière analyse, sur la véracité de la déclaration.

[150] Bien que je ne puisse souscrire à l'évaluation que la Cour d'appel de l'Ontario a faite de la question, je ne crois pas que l'absence d'une présence vidéo empêche en fin de compte de satisfaire au critère de fiabilité. Si le contre-interrogatoire est jugé suffisamment solide et que d'autres indices confirment la fiabilité de l'exposé conjoint des faits, une telle preuve vidéo peut s'avérer superflue. Comme je l'ai déjà expliqué, les indices de fiabilité donnés dans *B. (K.G.)* ne sont pas exclusifs et l'absence d'un facteur peut être compensée par d'autres facteurs si ceux-ci sont suffisants pour établir l'atteinte du seuil de fiabilité. Il n'est pas nécessaire que je tire une conclusion définitive sur le sujet, puisqu'il est préférable de laisser au juge qui présidera le nouveau procès le soin d'apprécier globalement tous les facteurs.

V. Conclusion

[151] Bien qu'on puisse à juste titre avoir des réserves quant à l'admissibilité d'éléments de preuve tirés de l'audience relative à un plaidoyer de culpabilité enregistré lors du procès d'un tiers, je ne peux me résigner à appliquer une interdiction absolue à l'étape de l'analyse de l'admissibilité. Une analyse appropriée de l'admissibilité ne vise qu'à déterminer si la déclaration antérieure incompatible présente des indices de fiabilité suffisants pour permettre au juge des faits d'évaluer raisonnablement la valeur qu'il convient de lui attribuer. Il s'agit d'une question contextuelle qui varie selon les circonstances particulières de chaque cas.

[152] Based on my analysis above, I do not think that a proper analysis was conducted in this case — particularly in relation to the opportunity for cross-examination and the consideration of other potential indicia of reliability. Accordingly, the decision of the Ontario Court of Appeal should be upheld and a new trial ordered. Reliability may be properly assessed at the new trial and the evidence may be appropriately admitted or excluded upon consideration of all the relevant factors.

[153] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, ROTHSTEIN and WAGNER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.

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

Solicitors for the intervener: Henein Hutchison, Toronto.

[152] Compte tenu de mon analyse, je ne crois pas que le juge du procès a mené, en l'espèce, une analyse appropriée — plus particulièrement sur la possibilité de contre-interroger D.S. et sur l'examen d'indices éventuels de fiabilité. En conséquence, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel de l'Ontario et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La question de la fiabilité pourra être convenablement examinée dans le cadre d'un nouveau procès au cours duquel les éléments de preuve pourront être admis ou exclus comme il se doit, après examen de tous les facteurs pertinents.

[153] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges ROTHSTEIN et WAGNER sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Henein Hutchison, Toronto.