

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Christopher Baldree *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BALDREE

2013 SCC 35

File No.: 34754.

2012: November 7; 2013: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Hearsay — Drug purchase call — Implied Assertions — Implied assertion tendered for the truth of its contents — Applicability of hearsay rule — Purposive approach — Principled analysis of its necessity and reliability.

After B was arrested, a caller telephoned B's cell phone to arrange for a drug delivery. A police officer answered B's cell phone and agreed to deliver the drugs at the price that B usually charged. The caller gave his address. No effort was made to find and interview him and he was not called as a witness. The trial judge concluded that the police officer's testimony was not hearsay and admitted the contents of the call. B was convicted of possessing marijuana and cocaine for the purposes of trafficking. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, ordered a new trial, and held that the evidence should not have been admitted.

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

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The hearsay rule reflects the value our criminal justice system

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Christopher Baldree *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. BALDREE

2013 CSC 35

N° du greffe : 34754.

2012 : 7 novembre; 2013 : 19 juin.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Ouï-dire — Commande téléphonique de drogue — Affirmations implicites — Affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu — Application de la règle du ouï-dire — Cadre d'analyse raisonnée — Application de la méthode d'analyse raisonnée pour déterminer la nécessité et la fiabilité de la preuve.

Après l'arrestation de B, une personne a composé le numéro du téléphone cellulaire de B pour se faire livrer de la drogue. Un agent de police a répondu à l'appel et a accepté de livrer la marchandise au prix pratiqué habituellement par B. L'auteur de l'appel a donné son adresse. La police n'a aucunement tenté de le trouver et de l'interroger, et il n'a pas été appelé à témoigner. Le juge du procès a conclu que le témoignage de l'agent de police ne constituait pas du ouï-dire et a admis en preuve le contenu de l'appel. B a été déclaré coupable de possession de marihuana et de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel, ordonné la tenue d'un nouveau procès et conclu qu'il aurait fallu écarter la preuve.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La règle du ouï-dire traduit l'importance accordée par notre

places on live, in-court testimony. The defining features of hearsay are (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. Hearsay evidence is presumptively inadmissible as a matter of law. The issue here is whether this exclusionary rule applies to express hearsay only, or to implied hearsay as well. An implied assertion tendered for the truth of its contents does not stand on a different footing, with respect to the hearsay rule, than an explicit assertion to the same effect. The principled reasons for their presumptive inadmissibility apply equally to both. There is no principled reason, in determining their admissibility, to distinguish between express and implied assertions adduced for the truth of their content.

Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under a traditional exception to the hearsay rule. If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if, pursuant to the principled analysis, sufficient indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*. Hearsay evidence is presumptively inadmissible because of the difficulties inherent in testing the reliability of the declarant's assertion. The need for a functional approach to implied assertions is readily apparent, bearing in mind the core hearsay dangers of the declarant's perception, memory, narration and sincerity.

Here, no traditional exception applies and the impugned evidence withers on a principled analysis. This was a single drug purchase call of uncertain reliability. No effort was made to find and interview the caller, still less to call him as a witness — where the assertion imputed to him could have been evaluated by the trier of fact in the light of cross-examination and the benefit of observing his demeanour. Although this drug purchase call does not withstand scrutiny under the principled approach, this need not always be the case with drug purchase calls.

Finally, the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can have no application in this case, since it cannot be said that there is no reasonable possibility the verdict would have been different had the telephone call not been admitted.

système de justice pénale au témoignage de vive voix devant le tribunal. Les caractéristiques déterminantes du ouï-dire sont les suivantes : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu et (2) l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible en droit. En l'espèce, la question en litige est celle de savoir si cette règle d'exclusion s'applique uniquement au ouï-dire exprès, ou si elle s'applique également au ouï-dire implicite. Une affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu n'est pas traitée différemment pour l'application de la règle du ouï-dire qu'une affirmation explicite équivalente. Les raisons de principe qui sous-tendent la présomption d'inadmissibilité s'appliquent également aux deux catégories de ouï-dire. Aucune raison de principe ne permet de distinguer les affirmations explicites et implicites, pour ce qui est d'en déterminer l'admissibilité, si elles sont toutes deux présentées pour établir la véracité de leur contenu.

La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire. Si elle ne relève pas d'une exception à cette règle, elle peut tout de même être admissible si, par application de la méthode d'analyse raisonnée, l'existence d'indices suffisants de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un *voir-dire*. La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible, car il est difficile de contrôler la fiabilité de la déclaration. La nécessité d'adopter une approche fonctionnelle à l'égard de l'affirmation implicite ressort à l'évidence, compte tenu des dangers inhérents au ouï-dire, à savoir la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait et sa sincérité.

En l'espèce, aucune exception traditionnelle ne s'applique, et la preuve contestée ne résiste pas à l'analyse raisonnée. Il s'agissait d'une seule commande téléphonique de drogue d'une fiabilité incertaine. La police n'a aucunement tenté de trouver l'auteur de l'appel et de l'interroger, et encore moins de l'appeler à témoigner au procès — où le juge des faits aurait pu évaluer l'affirmation qu'on lui prête en lui faisant subir un contre-interrogatoire et en observant son comportement. Bien que la commande téléphonique de drogue en l'espèce ne résiste pas à l'analyse raisonnée, il n'en sera pas nécessairement ainsi dans d'autres cas.

Enfin, la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne peut s'appliquer en l'espèce, vu qu'on ne saurait affirmer qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'appel n'avait pas été admis.

Per Moldaver J.: An implied assertion of a factual proposition is part of the “contents” of a statement for purposes of the hearsay rule. Accordingly, the evidence of the drug purchase call was hearsay because it was introduced to prove that B was in fact a drug trafficker. In such cases, however, the real concern under the principled approach is reliability and it should be the focus of the inquiry. The necessity criterion has its purpose, but it is not meant to stifle the admission of reliable evidence. Rather, it is founded on society’s interest in getting at the truth. For that reason, in cases such as this one — where the prospect of locating, identifying, and receiving accurate information from a forthcoming and cooperative caller is remote — if the evidence is reliable, it should be admitted because its reception into evidence will be necessary in order to get closer to the truth. If the evidence is not reliable, it should be excluded.

The starting point is that a long line of cases have admitted evidence similar to that at issue here on the basis that it was non-hearsay. Because judges are not in the habit of admitting evidence they deem unreliable, these earlier cases appear to rest on the conclusion that drug purchase calls are reliable more often than not and, thus, can safely be categorized as non-hearsay. Even where such evidence was excluded, the concern was reliability. The common thread in these cases is that the evidence’s reliability dictated the answer with respect to admissibility — and that is the assessment courts should focus on.

The majority’s analogy to an earlier decision of this Court to support its conclusion that the police should have tried to find and interview the caller breaks down upon scrutiny. There, the police were dealing with a known declarant who was fully cooperative and forthcoming. Here, the declarant was unknown. Apart from officer safety concerns, the likelihood of the police finding the declarant would seem slim. And the prospect of the declarant being forthcoming and cooperative, if found, would seem even slimmer. The necessity criterion was thus met.

Although it is perfectly consistent with the principled approach that even a single drug purchase call may meet the threshold test for reliability, the Crown failed in this case to establish that the call meets the test justifying its admission as substantive evidence that B was engaged in drug trafficking. Even if the caller was entirely sincere

Le juge Moldaver : Une affirmation implicite d’un élément de fait est comprise dans le « contenu » d’une déclaration pour l’application de la règle du oui-dire. Par conséquent, la commande téléphonique de drogue constituait du oui-dire, car elle a été présentée en preuve pour démontrer que B était dans les faits un trafiquant de drogue. Or, dans un tel cas, le véritable enjeu de la méthode d’analyse raisonnée est celui de la fiabilité, et c’est sur ce critère que l’analyse devrait être axée. Le critère de nécessité joue certes un rôle, mais il ne vise pas à entraver l’admission d’éléments de preuve fiables. Au contraire, il repose sur l’intérêt qu’a la société à découvrir la vérité. C’est pourquoi, dans un cas comme celui-ci — où les chances de dénicher et d’identifier l’auteur d’un appel, de trouver en lui un témoin disposé à collaborer et d’obtenir de sa part des renseignements exacts sont minces —, la preuve qui se révèle fiable devrait être admise, car elle sera nécessaire pour permettre que l’on se rapproche de la vérité. Par contre, si la preuve n’est pas fiable, elle doit être écartée.

Pour commencer, des éléments de preuve de ce type ont été admis dans une foule d’affaires, au motif qu’ils ne constituaient pas du oui-dire. Comme les juges n’ont pas l’habitude d’admettre des preuves qu’ils ne tiennent pas pour fiables, ces arrêts antérieurs semblent reposer sur la conclusion que les commandes téléphoniques de drogue se révèlent fiables plus souvent qu’autrement et qu’on peut donc considérer sans danger qu’elles ne constituent pas du oui-dire. Même dans les cas où ce type de preuve a été écarté, c’était pour une question de fiabilité. Ces affaires ont en commun que la fiabilité de la preuve a dicté la décision sur l’admissibilité, et c’est à une telle appréciation que les tribunaux doivent s’attacher.

L’analogie que font les juges majoritaires avec un arrêt antérieur de la Cour au soutien de leur conclusion selon laquelle la police aurait dû chercher à trouver l’auteur de l’appel et à l’interroger ne résiste pas à l’examen. Dans cette autre affaire, la police traitait avec un déclarant connu qui était tout à fait disposé à collaborer. En l’espèce, le déclarant n’était pas connu. Mis à part les préoccupations liées à la sécurité des agents, notons que les chances que la police trouve le déclarant semblent limitées et les chances que ce dernier soit disposé à collaborer, le cas échéant, le sont davantage encore. Il a donc été satisfait au critère de nécessité.

Bien que, selon la méthode d’analyse raisonnée, même une seule commande téléphonique de drogue puisse respecter le seuil de fiabilité, le ministère public n’a pas démontré en l’espèce que l’appel satisfait au critère et, partant, que son admission était justifiée à titre d’élément tendant à prouver au fond que B trempait dans le trafic de

in his belief that B was a drug dealer, that does not address why the caller believed what he believed — and whether his belief was in fact true or not. This is not a case of multiple calls, where common sense tells us that the probability of numerous callers all being mistaken is unlikely. Nor do we have sufficient indicia of reliability, either within the statement or in the form of confirmatory evidence outside the statement. Had the circumstances been somewhat different, there may well have been a satisfactory basis for evaluating whether the caller believed B was a drug dealer and whether that belief was in fact true. That is what threshold reliability requires.

Cases Cited

By Fish J.

Distinguished: *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698, aff'g (1996), 193 A.R. 149; **referred to:** *R. v. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123, aff'd [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358; *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84; *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. v. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370; *R. v. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; **referred to:** *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155; *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. v. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318; *R. v. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239; *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *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. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698.

drogue. Même si l'auteur de l'appel croyait sincèrement que B était un trafiquant de drogue, la raison motivant une telle croyance, et la véracité de cette dernière, ne sont pas étayées. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où de multiples appels ont été interceptés et où le bon sens dicte d'écarter pour improbable la possibilité d'une erreur de la part des nombreux auteurs d'appel. En outre, nous ne disposons pas d'indices de fiabilité suffisants, ni dans les termes mêmes de la déclaration, ni sous forme de preuve corroborante. Si les circonstances avaient été quelque peu différentes, elles auraient pu permettre de déterminer si l'auteur de l'appel croyait que B était un trafiquant de drogue et si sa croyance était vraie dans les faits. Voilà ce qu'il faut pour satisfaire au seuil de fiabilité.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698, conf. (1996), 193 A.R. 149; **arrêts mentionnés :** *R. c. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123, conf. par [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345; *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358; *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84; *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. c. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. c. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370; *R. c. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155; *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42; *R. c. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318; *R. c. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239; *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *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. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698.

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii), 693(1)(a).
Criminal Justice Act 2003 (U.K.), 2003, c. 44, s. 115.
Evidence Act 1995 (Aust.), No. 2, s. 59(1).
Federal Rules of Evidence (U.S.), Rule 801.

Authors Cited

Birch, Di. “Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?”, [2004] *Crim. L.R.* 556.
 Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: Information Canada, 1975.
 Dennis, I. H. *The Law of Evidence*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
 Dufraimont, Lisa. Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331.
 Finman, Ted. “Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence” (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682.
 Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2012, release 22).
 McCormick, Charles T. “The Borderland of Hearsay” (1930), 39 *Yale L.J.* 489.
McCormick on Evidence, vol. 2, 7th ed. by Kenneth S. Broun, General Editor. Eagan, Minn.: Thomson Reuters, 2013.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
Shipson on Evidence, 17th ed. by Hodge C. Malek et al. London: Sweet & Maxwell, 2010.
 Rice, Paul R. “Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence” (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529.
 Schiff, Stanley. “Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule: A Functional View” (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 674.
 Weinstein, Jack B., and Margaret A. Berger. *Weinstein’s Evidence: Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts*, vol. 4. New York: Matthew Bender, 1983 (loose-leaf updated August 1990, release 38).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii), 693(1)(a).
Criminal Justice Act 2003 (R.-U.), 2003, ch. 44, art. 115.
Evidence Act 1995 (Austr.), No. 2, art. 59(1).
Federal Rules of Evidence (É.-U.), règle 801.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

Doctrine et autres documents cités

Birch, Di. « Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay : Same Old Story, Same Old Song? », [2004] *Crim. L.R.* 556.
 Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa : Information Canada, 1975.
 Dennis, I. H. *The Law of Evidence*, 4th ed. London : Sweet & Maxwell, 2010.
 Dufraimont, Lisa. Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331.
 Finman, Ted. « Implied Assertions as Hearsay : Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence » (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682.
 Hill, S. Casey, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2012, release 22).
 McCormick, Charles T. « The Borderland of Hearsay » (1930), 39 *Yale L.J.* 489.
McCormick on Evidence, vol. 2, 7th ed. by Kenneth S. Broun, General Editor. Eagan, Minn. : Thomson Reuters, 2013.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.
Shipson on Evidence, 17th ed. by Hodge C. Malek et al. London : Sweet & Maxwell, 2010.
 Rice, Paul R. « Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence » (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529.
 Schiff, Stanley. « Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule : A Functional View » (1978), 56 *R. du B. can.* 674.
 Weinstein, Jack B., and Margaret A. Berger. *Weinstein’s Evidence : Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts*, vol. 4. New York : Matthew Bender, 1983 (loose-leaf updated August 1990, release 38).

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Blair and Watt JJ.A.), 2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, 287 O.A.C. 327, 280 C.C.C. (3d) 191, 92 C.R. (6th) 331, [2012] O.J. No. 924 (QL), 2012 CarswellOnt 1741, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed.

James C. Martin and Brian G. Puddington, for the appellant.

Michael Davies and James Foord, for the respondent.

John S. McInnes, for the intervener the Attorney General of Ontario.

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

FISH J. —

I

[1] An out-of-court statement by a person not called as a witness in the proceedings is properly characterized as hearsay where it is tendered in evidence to make proof of the truth of its contents.

[2] It is undisputed on this appeal that hearsay evidence is presumptively inadmissible as a matter of law.

[3] The sole issue is whether this exclusionary rule applies to “express hearsay” only, or to “implied hearsay” as well. As a matter of logic and of principle, I am satisfied that it does.

[4] In both instances, the relevance of the out-of-court statement is not *that the statement was made*,

Wigmore, John Henry. *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston : Little, Brown & Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Feldman, Blair et Watt), 2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, 287 O.A.C. 327, 280 C.C.C. (3d) 191, 92 C.R. (6th) 331, [2012] O.J. No. 924 (QL), 2012 CarswellOnt 1741, qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l’accusé et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

James C. Martin et Brian G. Puddington, pour l’appelante.

Michael Davies et James Foord, pour l’intimé.

John S. McInnes, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

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

LE JUGE FISH —

I

[1] Une déclaration extrajudiciaire faite par une personne qui n’est pas citée comme témoin au procès est qualifiée, à juste titre, de oui-dire lorsqu’elle est présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu.

[2] Nul ne conteste en l’espèce que la preuve par oui-dire est présumée inadmissible en droit.

[3] La seule question en litige est celle de savoir si cette règle d’exclusion s’applique au « oui-dire exprès » uniquement, ou si elle s’applique également au « oui-dire implicite ». Compte tenu de la logique et des principes, je suis convaincu que c’est le cas.

[4] Dans les deux cas, la pertinence de la déclaration extrajudiciaire ne tient pas au *fait qu’elle a*

but rather *what the content of the statement purports to prove*. And, in both instances, what the statement purports to prove is the truth of what the person not called as a witness is alleged to have asserted — expressly or by implication.

[5] With respect to their logical relevance, there is thus no substantive distinction between express and implied hearsay. The principled reasons for their presumptive inadmissibility apply equally to both.

[6] For these reasons and the reasons that follow, I agree with the majority in the Court of Appeal that the impugned out-of-court statement in issue here ought to have been excluded by the trial judge. It falls within no traditional exception to the hearsay rule and lacks the indicia of necessity and reliability that might otherwise render it admissible.

[7] Accordingly, I would dismiss the Crown's appeal to this Court against the judgment of the Court of Appeal.

II

[8] The respondent was convicted at his trial before judge alone of possessing marijuana and cocaine for the purposes of trafficking, contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

[9] His appeal was allowed by a majority of the Ontario Court of Appeal and a new trial ordered. The Crown appeals to this Court as of right, pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the questions of law on which the dissent of Watt J.A. was based.

[10] Since I agree with the Court of Appeal that a new trial is warranted, I shall refer to the facts only to the extent necessary to dispose of this appeal.

été faite, mais plutôt à *ce que son contenu vise à établir*. Dans les deux cas, la déclaration en question vise à établir la véracité des propos exprès ou implicites que l'on prête à la personne qui n'a pas été citée comme témoin.

[5] En ce qui concerne la pertinence sur le plan de la logique, il n'y a donc aucune distinction substantielle entre le oui-dire exprès et le oui-dire implicite. Les raisons de principe qui sous-tendent la présomption d'inadmissibilité s'appliquent également aux deux catégories de oui-dire.

[6] Pour les motifs qui précèdent et ceux exposés ci-après, j'estime, tout comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, que le juge du procès aurait dû exclure la déclaration extrajudiciaire contestée en l'espèce. Elle ne relève d'aucune exception traditionnelle à la règle du oui-dire et ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité qui pourraient autrement la rendre admissible.

[7] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté par le ministère public devant notre Cour à l'encontre du jugement de la Cour d'appel.

II

[8] Au terme d'un procès devant un juge seul, l'intimé a été déclaré coupable de possession de marijuana et de cocaïne en vue d'en faire le trafic, en contravention au par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

[9] Son appel a été accueilli par les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, qui ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant la Cour en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sur les questions de droit au sujet desquelles le juge Watt de la Cour d'appel est dissident.

[10] Comme je partage l'avis de la Cour d'appel que la tenue d'un nouveau procès est justifiée, je ne ferai mention des faits que dans la mesure nécessaire pour trancher le présent pourvoi.

[11] On May 11, 2006, Cornwall police officers Sergeant Shawn Martelle and Constable Robert Ouellette responded to a suspected break-in at the apartment of a certain Eric Lepage. They knocked on the door and a man, who identified himself as Chris Baldree, allowed them in. The officers entered and immediately detected an odour of marijuana, and discovered marijuana “joints” and small marijuana buds in an ashtray.

[12] In the closet of the spare bedroom, Sgt. Martelle found an open safe containing a sandwich bag filled with 90 grams of cocaine — and, beside the safe, a large cardboard box with one ziplock bag containing 511 grams of marijuana.

[13] Mr. Baldree was arrested along with three other people found in the apartment. The police seized from him a cellular telephone and some cash found in his possession.

[14] At the police station, Mr. Baldree’s phone was ringing. Sgt. Martelle answered. At trial, he described the call as follows:

A. A male voice on the other end of the, of the phone advised that he was at 327 Guy Street and that he was a friend of Megan and asked for Chris. Knowing that there were two Chris that I had just arrested, I asked, “Chris who?” the male advised, “Baldree” and requested one ounce of weed. I then stated that I was now running the, the show here and that Mr. Baldree was not here and I was gonna take his

THE COURT: All right, sorry, asked for Chris.

A. Yes, I’m sorry Your Honour.

THE COURT: Yes.

A. And I questioned him, I asked him, “Chris who?” and he answered, “Baldree”.

THE COURT: Yes.

[11] Le 11 mai 2006, le sergent Shawn Martelle et l’agent Robert Ouellette de la police de Cornwall ont répondu à un appel concernant une possible introduction par effraction dans l’appartement d’un dénommé Eric Lepage. Ils ont frappé à la porte, et un homme qui a dit s’appeler Chris Baldree les a laissé entrer. Une fois à l’intérieur, les policiers ont immédiatement détecté une odeur de marihuana et ont découvert des « joints » et de petites cocottes de marihuana dans un cendrier.

[12] Dans la penderie de la chambre d’amis, le sergent Martelle a découvert un coffre-fort ouvert dans lequel se trouvait un sac à sandwich contenant 90 grammes de cocaïne et, à côté du coffre-fort, une grande boîte en carton renfermant un sac ziplock contenant 511 grammes de marihuana.

[13] M. Baldree et trois autres personnes qui se trouvaient dans l’appartement ont été arrêtés. Les policiers ont saisi le téléphone cellulaire du premier ainsi que l’argent qu’ils ont trouvé en sa possession.

[14] Au poste de police, le téléphone de M. Baldree a sonné. Le sergent Martelle a répondu. Lors du procès, il a ainsi décrit l’appel :

[TRADUCTION]

R. À l’autre bout du fil, un homme a dit qu’il se trouvait au 327, rue Guy, qu’il était un ami de Megan et qu’il voulait parler à Chris. Sachant que je venais d’arrêter deux personnes du nom de Chris, j’ai demandé « Chris qui? » et l’homme a répondu « Baldree » et a demandé une once de pot. J’ai alors dit que je menais maintenant le, le bal, que M. Baldree était absent et que je prendrais sa

LA COUR : D’accord, pardon, a demandé à parler à Chris.

R. Oui, excusez-moi Votre Honneur.

LA COUR : Oui.

R. Et je lui ai posé la question, je lui ai demandé « Chris qui? » et il a répondu « Baldree ».

LA COUR : Oui.

A. He asked for one ounce of weed. I then asked him how much Chris charges him, he says he pays \$150. I then advised him I would deliver same, 327 Guy, and that was the end of the conversation. [A.R., vol. II, at p. 76]

The police made no effort at all to contact the caller at the address he provided.

[15] Counsel for the accused promptly objected to this testimony on the ground that it was inadmissible hearsay. The trial judge disagreed. He found the evidence to be “non-hearsay”, a convenient term I shall adopt throughout, on the basis of *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698, and *R. v. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.), *aff’d* on other grounds, [1996] 1 S.C.R. 128.

[16] In the judge’s view:

Whether these calls can be referred to as admissible hearsay or simply statements of state of mind, the law holds that they are admissible as circumstantial evidence to indicate a person engaged in drug trafficking. They are not tendered in evidence for the truth of the fact that the individual phoning is in fact the individual whom the individual states to be or that the individual in fact will carry out the trafficking of the drugs. As stated, it is circumstantial evidence of an individual engaged in the trafficking of drugs. [A.R., vol. I, at pp. 22-23]

[17] Having concluded that Sgt. Martelle’s testimony was not hearsay, the trial judge found it unnecessary to weigh its probative value against its prejudicial effect.

III

[18] All three justices in the Ontario Court of Appeal wrote separate reasons. Feldman and Blair J.J.A. allowed the appeal and ordered a new trial; Watt J.A., dissenting, would have dismissed the appeal.

[19] Feldman J.A. disagreed with the trial judge’s characterization of the phone call as circumstantial

R. Il a demandé une once de pot. Je lui ai alors demandé combien Chris le lui vendait; il a répondu qu’il payait 150 \$. Je lui ai dit ensuite que je livrerais la marchandise au 327, rue Guy, et la conversation s’est alors terminée. [d.a., vol. II, p. 76]

La police n’a aucunement essayé de communiquer avec l’auteur de l’appel à l’adresse qu’il avait donnée.

[15] L’avocat de l’accusé s’est promptement opposé à ce témoignage au motif qu’il constituait une preuve par ouï-dire inadmissible. Le juge du procès n’était pas de cet avis. Il a conclu que la preuve ne constituait pas du « ouï-dire », suivant les arrêts *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698, et *R. c. Edwards* (1994), 91 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.), *conf.* pour d’autres motifs par [1996] 1 R.C.S. 128.

[16] De l’avis du juge :

[TRADUCTION] Que ces appels soient qualifiés de preuve par ouï-dire admissible ou simplement de déclarations démontrant l’état d’esprit, la loi les considère comme admissibles à titre de preuve circonstancielle révélant que la personne en cause est impliquée dans le trafic de drogue. Ils ne sont pas présentés en preuve en vue d’établir que la personne qui téléphone est en fait la personne qu’elle déclare être ou que la personne se livrera dans les faits au trafic de drogue. Comme il a été mentionné, il s’agit d’une preuve circonstancielle d’une personne impliquée dans le trafic de drogue. [d.a., vol. I, p. 22-23]

[17] Ayant conclu que le témoignage du sergent Martelle ne constituait pas du ouï-dire, le juge du procès était d’avis qu’il n’était pas nécessaire d’apprécier sa valeur probante en regard de son effet préjudiciable.

III

[18] Les trois juges de la Cour d’appel de l’Ontario ont rédigé des motifs distincts. Les juges Feldman et Blair ont accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès; le juge Watt, dissident, était d’avis de rejeter l’appel.

[19] La juge Feldman ne partageait pas l’avis du juge du procès selon qui l’appel téléphonique

evidence indicating that Mr. Baldree was engaged in drug trafficking. On the contrary, in her view, “admitting the contents of [the] call into evidence is admitting that evidence for a hearsay purpose. It is the implied assertion of the caller, untested by cross-examination, that the accused is a drug dealer” (para. 140).

[20] Feldman J.A. found that the trial judge thus erred by focusing “on the truth of whether the caller really wanted to purchase drugs, which was of course irrelevant, and not on the implied assertion in the request” (para. 144).

[21] Citing the reasons of the majority of the House of Lords in *R. v. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345, and the opinion of McMurtry C.J.O. in *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), Feldman J.A. concluded that the hearsay analysis should not hinge on whether the assertion is express or implied (para. 140).

[22] She found that the telephone call was hearsay and should not have been admitted as evidence against Mr. Baldree because it could not withstand scrutiny under the principled approach to the hearsay rule. Regarding necessity, the police had the caller’s address, yet made no effort to contact him; as to reliability, there was simply no basis to test the caller’s belief without subjecting him to cross-examination (para. 146).

[23] Feldman J.A. also concluded that the evidence was inadmissible because its probative value was outweighed by its prejudicial effect (para. 147).

[24] Feldman J.A. declined to apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and therefore held that the trial judge’s error required a new trial. Particularly in light of Crown counsel’s characterization of the drug purchase

constituait une preuve circonstancielle révélant que M. Baldree était impliqué dans le trafic de drogue. À ses yeux, au contraire, [TRADUCTION] « admettre en preuve le contenu de [l]’appel c’est admettre en preuve du ouï-dire. L’auteur de l’appel, qui n’a pas subi l’épreuve du contre-interrogatoire, affirme implicitement que l’accusé est un trafiquant de drogue » (par. 140).

[20] Selon la juge Feldman, le juge du procès a donc commis une erreur en s’attachant à [TRADUCTION] « la véracité de l’affirmation selon laquelle l’auteur de l’appel voulait effectivement acheter de la drogue, ce qui, bien entendu, n’était pas pertinent, et non à l’affirmation implicite que recelait la commande » (par. 144).

[21] Renvoyant aux motifs des juges majoritaires de la Chambre des lords dans *R. c. Kearley*, [1992] 2 All E.R. 345, ainsi qu’à l’avis du juge en chef de l’Ontario, le juge McMurtry, dans *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.), la juge Feldman a conclu que le résultat de l’analyse relative au ouï-dire ne devrait pas différer selon qu’il s’agit d’une affirmation expresse ou implicite (par. 140).

[22] La juge estimait que l’appel constituait du ouï-dire et qu’il n’aurait pas dû être présenté en preuve contre M. Baldree parce qu’il ne pouvait résister à l’examen selon la méthode d’analyse raisonnée en matière de ouï-dire. En ce qui concerne la nécessité, la police connaissait l’adresse de l’auteur de l’appel, mais n’a pas tenté de communiquer avec lui; pour ce qui est de la fiabilité, rien ne permettait de mettre à l’épreuve la croyance de l’auteur de l’appel sans lui faire subir un contre-interrogatoire (par. 146).

[23] La juge Feldman a également conclu que la preuve était inadmissible parce que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante (par. 147).

[24] La juge Feldman a refusé d’appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* et, partant, elle était d’avis que l’erreur du juge de première instance exigeait la tenue d’un nouveau procès. Compte tenu en particulier

call as the strongest piece of evidence against the accused, Feldman J.A. could not conclude that the improper admission of Sgt. Martelle's testimony had no effect on the verdict (para. 149).

[25] In separate but concurring reasons, Blair J.A. was uncertain whether the impugned evidence constituted hearsay. In any event, he considered it preferable "for jurists to spend less time focusing on the characterization of evidence into 'hearsay' or 'non-hearsay' categories in these types of close-call scenarios and to spend more effort focusing on the principled criteria of necessity/reliability and prejudice vs. probative value" (para. 155).

[26] Accordingly, Blair J.A. found it unnecessary to "cut the 'hearsay' Gordian knot to resolve this appeal" because the impugned evidence failed on both an assessment of its necessity and reliability and on weighing its probative value against its prejudicial effect (para. 156).

[27] In his dissenting reasons, Watt J.A. agreed with the trial judge that this Court's decision in *Ly* held that evidence of a single drug purchase call is admissible as non-hearsay (para. 73).

[28] According to Watt J.A., a principled analysis was unnecessary on these facts because the impugned evidence was not hearsay. He disagreed with his colleagues that the evidence should have been excluded on the basis that its prejudicial effect outweighed its probative value (paras. 95-98).

[29] In the alternative, Watt J.A. was of the view that even if the drug purchase call was improperly admitted at trial, the conviction should nevertheless stand pursuant to the curative proviso (para. 99).

du fait que, selon le ministère public, la commande téléphonique de drogue constituait la preuve la plus solide contre l'accusé, la juge Feldman ne pouvait tirer comme conclusion que l'admission irrégulière du témoignage du sergent Martelle n'avait eu aucune incidence sur le verdict (par. 149).

[25] Dans ses motifs concordants, le juge Blair ne pouvait affirmer avec certitude que la preuve contestée constituait du oui-dire. Quoi qu'il en soit, il jugeait préférable [TRADUCTION] « pour les juristes de s'attacher moins à catégoriser la preuve selon qu'elle constitue ou non du "oui-dire", dans ce genre de cas limites, et davantage aux critères de principe relatifs à la nécessité et à la fiabilité d'une part et à la valeur probante par rapport à l'effet préjudiciable d'autre part » (par. 155).

[26] Ainsi, le juge Blair a estimé qu'il n'était pas nécessaire de [TRADUCTION] « trancher le nœud gordien que présente la question du "oui-dire" pour statuer en l'espèce » parce que la preuve contestée ne résistait ni à l'examen portant sur la nécessité et la fiabilité ni à l'évaluation du rapport entre sa valeur probante et son effet préjudiciable (par. 156).

[27] Dans ses motifs dissidents, le juge Watt partageait l'opinion du juge du procès que, suivant l'arrêt *Ly* de notre Cour, la preuve d'une seule commande téléphonique de drogue est admissible à titre de preuve ne constituant pas du oui-dire (par. 73).

[28] Selon le juge Watt, il n'était pas nécessaire de procéder à une analyse raisonnée dans ces circonstances parce que la preuve contestée ne constituait pas du oui-dire. Il ne souscrivait pas à l'avis de ses collègues selon qui la preuve devait être écartée au motif que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante (par. 95-98).

[29] Subsidiairement, le juge Watt était d'avis que, même si la commande téléphonique de drogue avait été admise en preuve à tort au procès, la déclaration de culpabilité devrait néanmoins être maintenue en vertu de la disposition réparatrice (par. 99).

IV

[30] The defining features of hearsay are (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 56. As Justice Charron explained in *Khelawon*, at para. 35, the hearsay rule reflects the value our criminal justice system places on live, in-court testimony:

Our adversary system puts a premium on the calling of witnesses, who testify under oath or solemn affirmation, whose demeanour can be observed by the trier of fact, and whose testimony can be tested by cross-examination. We regard this process as the optimal way of testing testimonial evidence. Because hearsay evidence comes in a different form, it raises particular concerns. 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. The fear is that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves.

[31] In short, hearsay evidence is presumptively inadmissible because of the difficulties inherent in testing the reliability of the declarant's assertion. Apart from the inability of the trier of fact to assess the declarant's demeanour in making the assertion, courts and commentators have identified four specific concerns. They relate to the declarant's perception, memory, narration, and sincerity: *Khelawon*, at para. 2; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, at para. 159.

[32] First, the declarant may have *misperceived* the facts to which the hearsay statement relates; second, even if correctly perceived, the relevant facts may have been *wrongly remembered*; third, the declarant may have narrated the relevant facts in an *unintentionally misleading manner*; and finally, the declarant may have *knowingly made a false assertion*. The opportunity to fully probe these

IV

[30] Les caractéristiques déterminantes du ouï-dire sont les suivantes : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu et (2) l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 56. Comme l'explique la juge Charron dans *Khelawon*, par. 35, la règle du ouï-dire traduit l'importance accordée par notre système de justice pénale au témoignage de vive voix devant le tribunal :

Notre système accusatoire attache une grande importance à l'assignation de témoins qui déposent sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et dont le comportement peut être observé par le juge des faits, et le témoignage, vérifié au moyen d'un contre-interrogatoire. Nous considérons que ce processus représente la meilleure façon de vérifier la preuve testimoniale. Parce qu'elle se présente sous une forme différente, la preuve par ouï-dire suscite des préoccupations particulières. 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. On craint que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu'elle n'en mérite.

[31] Bref, la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible, car il est difficile de contrôler la fiabilité de la déclaration. Outre l'impossibilité pour le juge des faits d'apprécier le comportement du déclarant au moment où il fait la déclaration, les tribunaux et les auteurs de doctrine ont recensé quatre sujets de préoccupation, à savoir la perception du déclarant, sa mémoire, sa relation du fait et sa sincérité : *Khelawon*, par. 2; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, par. 159.

[32] Premièrement, il se peut que le déclarant ait *mal perçu* les faits relatés dans sa déclaration; deuxièmement, même s'il a correctement perçu les faits pertinents, il se peut qu'il ne se les *remémore pas fidèlement*; troisièmement, il est possible qu'en relatant les faits pertinents il *induisse involontairement en erreur*; finalement, il pourrait avoir *sciemment fait une fausse déclaration*. La

potential sources of error arises only if the declarant is present in court and subject to cross-examination.

[33] Over the years, a number of common law exceptions were recognized, based on the belief that an overly rigid application of the exclusionary rule would impede the truth-finding process. As J. H. Wigmore explains:

The theory of the Hearsay rule . . . is that the many possible sources of inaccuracy and untrustworthiness which may lie underneath the bare untested assertion of a witness can best be brought to light and exposed, if they exist, by the test of cross-examination. But this test or security may in a given instance be superfluous; it may be sufficiently clear, in that instance, that the statement offered is free from the risk of inaccuracy and untrustworthiness, so that the test of cross-examination would be a work of supererogation. Moreover, the test may be impossible of employment — for example, by reason of the death of the declarant —, so that, if his testimony is to be used at all, there is a necessity for taking it in the untested shape.

(*Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, at §1420, quoted with approval in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 929.)

[34] Beginning with *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, the Court has moved away from a set of judicially created exceptions to the hearsay rule, and instead mandated a purposive approach, governed by a principled framework set out this way by McLachlin C.J. in *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358, at para. 15:

- (a) Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under an exception to the hearsay rule. The traditional exceptions to the hearsay rule remain presumptively in place.
- (b) A hearsay exception can be challenged to determine whether it is supported by indicia of necessity and reliability, required by the principled approach. The exception can be modified as necessary to bring it into compliance.

possibilité de sonder en profondeur ces éventuelles sources d'erreur ne se présente que si le déclarant comparaît pour être contre-interrogé.

[33] Au fil des ans, plusieurs exceptions ont été reconnues en common law, au motif qu'une application trop rigide de la règle d'exclusion entraverait le processus de recherche de la vérité. Comme l'explique J. H. Wigmore :

[TRADUCTION] La règle du ouï-dire repose sur la théorie [. . .] que c'est l'épreuve du contre-interrogatoire qui peut le mieux révéler et dévoiler, le cas échéant, les nombreuses sources possibles d'inexactitude et de manque de fiabilité que peut receler la simple déclaration non vérifiée d'un témoin. Mais, dans une situation donnée, cette épreuve ou cette garantie peut être superflue; il peut être suffisamment clair, dans ce cas, que la déclaration ne comporte aucun risque d'inexactitude ou de manque de fiabilité, de sorte que le contre-interrogatoire serait un exercice surérogatoire. De plus, cette épreuve peut être impossible à faire subir en raison, par exemple, du décès du déclarant, de sorte que, si on doit utiliser son témoignage, il faut l'accepter sans qu'il soit vérifié.

(*Wigmore on Evidence* (2^e éd. 1923), vol. III, §1420, cité avec approbation dans *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 929.)

[34] À partir de l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, la Cour s'est écartée de la notion d'un ensemble de catégories d'exceptions à la règle du ouï-dire conçues par les tribunaux, préférant établir une approche téléologique, régie par un cadre d'analyse raisonnée, que la juge en chef McLachlin énonce en ces termes dans *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358, par. 15 :

- a) La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception à la règle du ouï-dire. Les exceptions traditionnelles continuent présomptivement de s'appliquer.
- b) Il est possible de contester une exception à l'exclusion du ouï-dire au motif qu'elle ne présenterait pas les indices de nécessité et de fiabilité requis par la méthode d'analyse raisonnée. On peut la modifier au besoin pour la rendre conforme à ces exigences.

- (c) In “rare cases”, evidence falling within an existing exception may be excluded because the indicia of necessity and reliability are lacking in the particular circumstances of the case.
- (d) If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*.

[35] The hearsay rule, like many others, is easier to state than to apply.

[36] No evidence is hearsay on its face. As mentioned at the outset, its admissibility depends on the *purpose* for which it is sought to be admitted. Evidence is hearsay — and presumptively inadmissible — if it is tendered to make proof of the truth of its contents.

V

[37] Plainly, in this case, the Crown adduced Sgt. Martelle’s evidence as proof of the truth of its contents. Since the declarant was not called to testify, Sgt. Martelle’s testimony constituted hearsay and was therefore presumptively inadmissible. Accordingly, in my view, the trial judge erred in failing to subject the evidence to a principled analysis.

[38] Sergeant Martelle testified, it will be recalled, that someone claiming to be a resident of 327 Guy Street called the cell phone which Sgt. Martelle had seized from Chris Baldree, asked for Mr. Baldree, and requested an ounce of marijuana for the price of \$150.

[39] I agree with Feldman J.A. that the Crown did not offer this testimony as circumstantial evidence that the respondent was engaged in drug trafficking. Rather, the Crown asked the trier of fact to conclude, based on Sgt. Martelle’s testimony, that the unknown caller intended to purchase marijuana from the respondent *because he believed the respondent to be a drug dealer*. The relevance of the statement thus hinges on the truth of the declarant’s underlying

- c) Dans de « rares cas », la preuve relevant d’une exception existante peut être exclue parce que, dans les circonstances particulières de l’espèce, elle ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité requis.
- d) Si la preuve par ouï-dire ne relève pas d’une exception à la règle d’exclusion, elle peut tout de même être admissible si l’existence d’indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d’un voir-dire.

[35] La règle du ouï-dire, comme tant d’autres, est plus facile à énoncer qu’à appliquer.

[36] Aucune preuve ne constitue a priori du ouï-dire. Comme je le mentionne au début, son admissibilité dépend de la *fin* à laquelle elle est déposée. La preuve constitue du ouï-dire — et est présumée inadmissible — si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu.

V

[37] Manifestement, en l’espèce, le ministère public a présenté le témoignage du sergent Martelle comme preuve de la véracité de son contenu. Puisque le déclarant n’a pas été appelé à témoigner, la déposition du policier constituait du ouï-dire et, de ce fait, était présumée inadmissible. J’estime donc que le juge du procès a commis une erreur en n’examinant pas la preuve suivant la méthode d’analyse raisonnée.

[38] Rappelons que le sergent Martelle a témoigné qu’une personne, qui affirmait habiter au 327, rue Guy, a composé le numéro du téléphone cellulaire qu’il avait confisqué à Chris Baldree, a demandé à parler à ce dernier et a commandé une once de marihuana à 150 \$.

[39] Je conviens avec la juge Feldman que le ministère public n’a pas présenté ce témoignage à titre de preuve circonstancielle que l’intimé était impliqué dans le trafic de drogue. Le ministère public a plutôt demandé au juge des faits de conclure, sur la foi du témoignage du sergent Martelle, que l’auteur anonyme de l’appel avait l’intention d’acheter de la marihuana de l’intimé *parce qu’il croyait que ce dernier était un trafiquant de drogue*.

belief. Any inference that can be drawn from the statement necessarily assumes its veracity.

[40] Had the caller stated that he wanted to buy drugs from Mr. Baldree because *Mr. Baldree sells drugs*, this would have amounted to an express assertion that Mr. Baldree is a drug dealer. Thus framed, the caller's assertion would doubtless have constituted hearsay.

[41] But the caller stated instead that he was calling because he wished to *purchase drugs from Mr. Baldree*. His assertion that Mr. Baldree is a drug dealer was no less manifest in substance, though implicit rather than explicit in form. In the Crown's submission, implied assertions are not caught by the hearsay rule and the telephone conversation was presumptively admissible for that reason.

[42] In my view, the hearsay nature of this evidence cannot be made to depend on how the declarant framed his request. Such a formalistic analysis disregards the purposive approach to the hearsay rule adopted by this Court. Indeed, "it seems absurd that anything should turn on the grammatical form of the declarant's assertions": L. Dufraimont, Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331, at p. 334.

[43] There is no principled or meaningful distinction between (a) "I am calling Mr. Baldree because I want to purchase drugs from him" and (b) "I am calling Mr. Baldree because he sells drugs". In either form, this out-of-court statement is being offered for an identical purpose: to prove the truth of the declarant's assertion that Mr. Baldree sells drugs. No trier of fact would need to be a grammarian in order to understand the import of this evidence.

La pertinence de la déclaration dépend donc de la véracité de la croyance sous-jacente du déclarant. Toute inférence susceptible d'être tirée de la déclaration suppose nécessairement la véracité de celle-ci.

[40] Si l'auteur de l'appel avait dit vouloir acheter de la drogue de M. Baldree parce que *M. Baldree en vendait*, sa déclaration aurait constitué une affirmation expresse selon laquelle M. Baldree est un trafiquant de drogue. Formulée ainsi, la déclaration aurait sans aucun doute constitué du ouï-dire.

[41] Or, l'auteur de l'appel a plutôt dit vouloir *acheter de la drogue de M. Baldree*. L'affirmation selon laquelle M. Baldree était un trafiquant de drogue n'en était pas moins manifeste dans sa substance, même si elle se présentait sous une forme implicite plutôt qu'explicite. Selon la thèse du ministère public, les affirmations implicites ne sont pas visées par la règle du ouï-dire, et la conversation téléphonique était présumée admissible pour cette raison.

[42] À mon avis, la réponse à la question de savoir si cet élément de preuve constituait ou non du ouï-dire ne saurait être subordonnée à la manière dont la commande est formulée. Une telle analyse formaliste fait fi de l'approche raisonnée adoptée par notre Cour à l'égard de la règle du ouï-dire. En effet, [TRADUCTION] « il semble absurde que la forme grammaticale des affirmations du déclarant soit déterminante » : L. Dufraimont, Annotation to *R. v. Baldree* (2012), 92 C.R. (6th) 331, p. 334.

[43] Il n'existe aucune différence de principe ou significative entre dire a) « j'appelle M. Baldree pour lui acheter de la drogue » et b) « j'appelle M. Baldree parce qu'il vend de la drogue ». Quelle que soit la manière dont elle est formulée, cette déclaration extrajudiciaire est présentée à une seule fin, à savoir prouver la véracité de l'affirmation selon laquelle M. Baldree vend de la drogue. Le juge des faits n'a pas à être grammairien pour comprendre la signification de cette preuve.

[44] The need for a functional approach to implied assertions is readily apparent, bearing in mind the core hearsay dangers of perception, memory, narration, and sincerity.

[45] It has been argued that the danger of lack of sincerity is sometimes diminished for implied assertions. This is because “[i]f a declarant possesses no intention of asserting anything, it would seem to follow that he also possesses no intention of misrepresenting anything”: P. R. Rice, “Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence” (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529, at p. 531.

[46] But the other hearsay dangers clearly remain operative, and may in fact increase when an individual “states” something by implication:

Looked at from the point of view of the four hearsay dangers, there is a much reduced risk of lies if the declarant did not intend to convey that which his statement is relied upon to prove, particularly if he it [*sic*] was not his purpose to make a representation of fact at all. But the other hearsay dangers remain, that is, the risk of misperception, false memory (unless the implied assertion concerns the declarant’s own state of mind) and ambiguity. Indeed the last danger may be magnified. When X says: “Is Z in there?” does this imply that Z is not with X and nothing more, or that Z is not with X and X wants Z, or Z is in danger, or X wants to know where Z is? *The upshot is that in many situations implied assertions depend for their value on the reliability of the declarant just as much as express assertions.* [Emphasis added.]

(H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (17th ed. 2010), at p. 889)

Moreover, even insincerity remains a concern with implied assertions:

[44] La nécessité d’adopter une approche fonctionnelle à l’égard de l’affirmation implicite ressort à l’évidence, compte tenu des dangers inhérents au ouï-dire, à savoir la perception, la mémoire, la relation du fait et la sincérité.

[45] D’aucuns soutiennent que le danger relatif à la sincérité est parfois atténué dans le cas d’une affirmation implicite. Il en est ainsi parce que [TRADUCTION] « [s]i le déclarant n’a pas l’intention d’affirmer quoi que ce soit, il devrait alors s’ensuivre qu’il ne peut avoir l’intention de déformer quoi que ce soit » : P. R. Rice, « Should Unintended Implications of Speech be Considered Nonhearsay? The Assertive/Nonassertive Distinction Under Rule 801(a) of the Federal Rules of Evidence » (1992), 65 *Temp. L. Rev.* 529, p. 531.

[46] En revanche, il ne fait aucun doute que les autres dangers inhérents au ouï-dire demeurent présents, voire augmentent lorsqu’une personne « affirme » en quelque sorte un fait de manière implicite :

[TRADUCTION] Si l’on examine la question du point de vue des quatre dangers inhérents au ouï-dire, le risque de mensonge est considérablement réduit si le déclarant n’avait pas l’intention d’affirmer ce que sa déclaration est censée prouver, en particulier s’il n’avait aucunement l’intention de faire une déclaration de fait. Par contre, les autres dangers en matière de ouï-dire subsistent, à savoir, le risque de perception erronée, de mémoire défaillante (à moins que l’affirmation implicite ne porte sur l’état d’esprit du déclarant) et d’ambiguïté. En fait, ce dernier danger pourrait être accru. Lorsque X demande si Z est là, doit-on comprendre uniquement que Z n’accompagne pas X, ou bien que Z n’accompagne pas X et que ce dernier le cherche, ou alors que Z est en danger, ou encore que X veut savoir où se trouve Z? *En conséquence, dans de nombreux cas, la valeur de l’affirmation implicite, tout comme celle de l’affirmation expresse, est fonction de la fiabilité de son auteur.* [Italiques ajoutés.]

(H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (17^e éd. 2010), p. 889)

Qui plus est, même la question de l’insincérité se pose dans le cas d’une affirmation implicite :

If the justification for the assertive/nonassertive distinction is the absence of the insincerity problem, and through that guarantee of sincerity a reduced level of perception, memory, and ambiguity problems, this justification cannot be applied to implied statements from speech. Speech is a mechanism of communication; it is virtually always used for the purpose of communicating something to someone. It is illogical to conclude that the question of sincerity is eliminated and that the problem of unreliability is reduced for unintended implications of speech if that speech might have been insincere in the first instance, relative to the direct message intentionally communicated. If potential insincerity is injected into the utterance of words that form the basis for the implied communication, the implication from the speech is as untrustworthy as the utterance upon which it is based. [Rice, at p. 534]

[47] In short, “if the standard for comparing express and implied assertions is the quantity of dangers each entails, they are indistinguishable”: T. Finman, “Implied Assertions as Hearsay: Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence” (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682, at p. 689.

[48] Accordingly, there is no principled reason, in determining their admissibility, to distinguish between express and implied assertions adduced for the truth of their contents. Both function in precisely the same way. And the benefits of cross-examining the declarant are not appreciably different when dealing with one form of testimony than the other. If an out-of-court statement implicates the traditional hearsay dangers, it constitutes hearsay and must be dealt with accordingly.

[49] In the present matter, the trial judge and the dissenting judge in the Court of Appeal both found that this Court had decided otherwise in *Ly*. With respect, I disagree.

[50] *Ly* concerned the admissibility of a telephone conversation between a police officer who had called a suspected “dial-a-dope” operation and the person who answered his call. The officer had called

[TRANSCRIPTION] Si la distinction entre l’affirmation expresse et l’affirmation implicite tient à l’absence de problème d’insincérité, et que cette garantie de sincérité se traduit par une diminution des problèmes de perception, de mémoire et d’ambiguïté, cette distinction ne saurait s’appliquer à l’affirmation implicite verbale. L’expression orale est un mécanisme de communication; elle sert pour ainsi dire toujours à transmettre un message à un interlocuteur. Il est illogique de conclure que la question de la sincérité ne se pose pas et que le problème de non-fiabilité est atténué en présence d’une affirmation implicite non intentionnelle découlant de paroles, s’il se peut que celles-ci aient été teintées d’insincérité au départ par rapport au message direct communiqué de façon intentionnelle. Si un manque éventuel de sincérité s’infiltrait dans les paroles qui recèlent l’affirmation implicite, cette dernière sera aussi peu digne de foi que les paroles auxquelles elle est attribuable. [Rice, p. 534]

[47] Bref, [TRANSCRIPTION] « si la norme qui distingue l’affirmation expresse de l’affirmation implicite porte sur le nombre de dangers que chacune entraîne, elles ne se distinguent point » : T. Finman, « Implied Assertions as Hearsay : Some Criticisms of the Uniform Rules of Evidence » (1962), 14 *Stan. L. Rev.* 682, p. 689.

[48] Par conséquent, aucune raison de principe ne permet de distinguer les affirmations explicites et implicites, pour ce qui est d’en déterminer l’admissibilité, si elles sont toutes deux présentées pour établir la véracité de leur contenu. Les deux types de preuve fonctionnent exactement de la même façon. Qui plus est, les avantages qu’offre le contre-interrogatoire du déclarant ne diffèrent pas sensiblement d’une forme de témoignage à l’autre. Si une déclaration extrajudiciaire met en jeu les dangers traditionnels inhérents au ouï-dire, elle constitue du ouï-dire et doit être traitée en conséquence.

[49] En l’espèce, le juge du procès et le juge dissident de la Cour d’appel ont conclu que la Cour avait tiré une conclusion différente dans *Ly*. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[50] L’affaire *Ly* portait sur l’admissibilité d’une conversation téléphonique entre un agent de police qui avait composé le numéro d’une opération soupçonnée de vente de drogue sur appel et la personne

to arrange for the purchase and delivery of drugs. And the appellant, drugs in hand, later showed up at the agreed-upon time and place — where he was promptly arrested and charged with possession of drugs for the purpose of trafficking.

[51] The trial judge characterized as hearsay, and excluded for that reason, evidence of the police officer's conversation with the person who had answered his call. On an appeal by the Crown, the Alberta Court of Appeal disagreed. It found that the impugned conversation was admissible as "part of the narrative", since "[i]t was impossible to understand the development of the later events without the evidence of the telephone conversation which preceded them" ((1996), 193 A.R. 149, at para. 3).

[52] In brief oral reasons, this Court agreed with the Court of Appeal that evidence of the conversation was improperly excluded at trial. The Court noted that the conversation was tendered to explain why the appellant appeared at the designated time and place in possession of the drugs — and not, as in the case that concerns us here, for the truth of its contents: *Ly*, at para. 3.

[53] I see nothing in *Ly* to suggest — let alone decide — that an implied assertion tendered for the truth of its contents stands on a different footing, with respect to the hearsay rule, than an explicit assertion to the same effect. Unlike *Ly*, that is the issue here.

[54] And the issue now comes before us for the first time, though it has for at least half a century divided lower courts in several provinces: see, for example, *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (Ont. C.A.); *Edwards; Wilson*; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84 (C.A.); *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273

qui avait répondu à son appel. L'agent avait alors pris des dispositions pour l'achat et la livraison des substances. L'appelant s'est présenté, en possession de la marchandise, à l'endroit et à l'heure fixés et a été arrêté sans délai et accusé de possession de drogue en vue d'en faire le trafic.

[51] Le juge du procès a qualifié de ouï-dire la preuve concernant la conversation du policier avec son interlocuteur et l'a écartée pour cette raison. À l'issue de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Alberta n'était pas de cet avis. Selon elle, la conversation en cause était admissible [TRADUCTION] dans « la chronologie des faits », vu qu'« [i]l était impossible de comprendre les incidents ultérieurs sans la preuve de la conversation téléphonique les ayant précédés » ((1996), 193 A.R. 149, par. 3).

[52] Dans les courts motifs de jugement rendus oralement, la Cour estimait, à l'instar de la Cour d'appel, que la preuve au sujet de la conversation avait été écartée à tort au procès. La Cour a signalé que celle-ci avait été présentée en preuve pour expliquer la présence de l'appelant, à l'heure et à l'endroit fixés, avec la drogue, et non pas, comme dans l'affaire qui nous intéresse, pour établir la véracité de son contenu : *Ly*, par. 3.

[53] J'estime que rien dans l'arrêt *Ly* ne permet de croire — et encore moins de trancher — qu'une affirmation implicite présentée en preuve pour établir la véracité de son contenu est traitée différemment pour l'application de la règle du ouï-dire qu'une affirmation explicite équivalente. Contrairement à l'affaire *Ly*, c'est la question qui nous occupe.

[54] Bien que nous en soyons saisis pour la première fois, cette question divise les juridictions inférieures dans plusieurs provinces depuis au moins une cinquantaine d'années : voir, par exemple, *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (C.A. Ont.); *Edwards; Wilson*; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Cook* (1978), 10 B.C.L.R. 84 (C.A.); *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Parchment*, 2004 BCSC 1806 (CanLII); *R. c.*

B.C.A.C. 86; *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. v. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370.

Williams, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII); *R. c. Ramsum*, 2003 ABQB 45, 329 A.R. 370.

VI

[55] The highest courts of England and Wales, and Australia, have likewise concluded that the hearsay rule governs implied assertions, only to have these decisions reversed by statute: see *Kearley*; *R. v. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87 (H.C.); *Criminal Justice Act 2003* (U.K.), 2003, c. 44, s. 115; *Evidence Act 1995* (Aust.), No. 2, s. 59(1).

[56] In Canada, Parliament has not found it necessary or appropriate to adopt legislation classifying implied assertions as non-hearsay. This is, of course, entirely understandable in view of our principled and more flexible approach to exclusion.

[57] As noted by Feldman J.A., the facts in *Kearley*, the leading British decision, were similar to the facts in this case. In *Kearley*, the police raided the home of the accused on suspicion that he was selling drugs. Drugs were found, but in insufficient quantities to support an inference of drug trafficking. While the police were present at the accused's residence, they intercepted ten telephone calls from callers asking to purchase drugs from him. Seven people also came to the apartment seeking to buy narcotics.

[58] The majority of the House of Lords concluded that the drug purchase calls and the in-person statements were inadmissible hearsay. Because they were phrased as requests for drugs, the statements did not directly assert but instead implied that the accused was a drug dealer. However, whether stated expressly or impliedly, their Lordships found the information communicated to be the same. In Lord Ackner's words:

VI

[55] Les plus hauts tribunaux judiciaires de l'Angleterre, du Pays de Galles et de l'Australie ont conclu de même que la règle du ouï-dire régit les affirmations implicites, mais ces décisions ont été infirmées par voie législative : voir *Kearley*; *R. c. Bannon* (1995), 132 A.L.R. 87 (H.C.); *Criminal Justice Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 44, art. 115; *Evidence Act 1995* (Austr.), n° 2, par. 59(1).

[56] Au Canada, le législateur n'a pas jugé nécessaire ni pertinent d'adopter des dispositions législatives précisant que les affirmations implicites ne constituent pas du ouï-dire. Il s'agit évidemment d'une démarche tout à fait compréhensible compte tenu de notre approche raisonnée et plus flexible en matière d'exclusion.

[57] Comme l'a mentionné le juge Feldman, les faits dans *Kearley*, l'arrêt britannique de principe, étaient semblables à ceux de l'espèce. Dans *Kearley*, la police a effectué une descente chez l'accusé parce qu'il était soupçonné de vendre de la drogue. Les policiers y ont découvert des substances illégales, mais en quantité insuffisante pour qu'ils puissent conclure au trafic de drogue. Toutefois, ils y ont intercepté dix appels provenant de personnes intéressées à lui acheter de la drogue. En outre, sept personnes se sont présentées à l'appartement pour y acheter des stupéfiants.

[58] La Chambre des lords, à la majorité, a conclu que les commandes téléphoniques de drogue et les déclarations des visiteurs constituaient une preuve par ouï-dire inadmissible. Parce qu'elles étaient énoncées comme des commandes de drogue, elles n'affirmaient pas expressément, mais sous-entendaient, que l'accusé était un trafiquant de drogue. Néanmoins, selon les lords juges, qu'elle soit communiquée expressément ou implicitement, l'information transmise était identique. Pour reprendre les propos de lord Ackner :

... if the inquirer had said in the course of making his request, “I would like my usual supply of amphetamine at the price which I paid you last week” . . . , the hearsay rule prevents the prosecution from calling police officers to recount the conversation which I have described. . . .

If [however] the simple request or requests for drugs to be supplied by the appellant, as recounted by the police, contains in substance, but only by implication, the same assertion, then I can find neither authority nor principle to suggest that the hearsay rule should not be equally applicable and exclude such evidence. What is sought to be done is to use the oral assertion, even though it may be an implied assertion, as evidence of the truth of the proposition asserted. That the proposition is asserted by way of necessary implication rather than expressly cannot, to my mind, make any difference. [pp. 363-64]

[59] Two main reasons have been urged against applying the hearsay rule to implied assertions.

[60] First, as Watt. J.A. states (at para. 83) and as the Crown argues, excluding implied assertions as hearsay has the potential of broadening the exclusionary rule, given that “[v]irtually every human action is based on some set of assumptions implicitly accepted and, on this approach, ‘asserted’ by the actor” (A.F., at para. 62, quoting *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 7-21).

[61] Second, as critics of *Kearley* have pointed out, applying the hearsay rule to implied assertions such as drug purchase calls has the potential to deprive the trier of fact of reliable evidence and thereby impede the truth-finding process: see, for example, D. Birch, “Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?”, [2004] *Crim. L.R.* 556, at pp. 564-65.

[62] The short answer to the first argument is that we are not concerned on this appeal with the application of the hearsay rule to assertions implied

[TRANSCRIPTION] . . . si l’interlocuteur avait formulé sa demande en ces termes : « Je voudrais ma commande habituelle d’amphétamines pour le prix auquel tu me les as vendues la semaine dernière » [. . .], la règle du ouï-dire empêcherait la poursuite de citer comme témoin l’agent de police pour qu’il relate cette conversation. . . .

Si [toutefois] la simple commande de drogue faite à l’appelant relatée par l’agent de police contient essentiellement la même affirmation, mais implicite seulement, je ne connais aucune source ni aucun principe voulant que la règle du ouï-dire ne s’applique pas tout autant pour écarter une telle preuve. On vise à utiliser la déclaration verbale, même implicite, comme preuve de la véracité de la proposition énoncée. Le fait que cette dernière soit implicite et non formulée expressément ne saurait, à mon avis, rien changer. [p. 363-364]

[59] On a invoqué deux principales raisons qui militent contre l’application de la règle du ouï-dire aux affirmations implicites.

[60] Premièrement, comme l’affirme le juge Watt de la Cour d’appel (par. 83) et comme le fait valoir le ministère public, écarter les affirmations implicites au motif qu’elles constituent du ouï-dire risque d’élargir la portée de la règle d’exclusion, étant donné que [TRANSCRIPTION] « [p]resque chaque action humaine repose sur un ensemble de présomptions acceptées de façon implicite et, suivant une telle philosophie, “affirmées” par l’acteur » (m.a., par. 62, citant *McWilliams’ Canadian Criminal Evidence* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 7-21).

[61] Deuxièmement, comme le soulignent les détracteurs de l’arrêt *Kearley*, l’application de la règle du ouï-dire aux affirmations implicites, telles les commandes téléphoniques de drogue, risque de priver le juge des faits d’éléments de preuve fiables et d’entraver ainsi le processus de recherche de la vérité : voir, par exemple, D. Birch, « Criminal Justice Act 2003 (4) Hearsay : Same Old Story, Same Old Song? », [2004] *Crim. L.R.* 556, p. 564-565.

[62] La réponse lapidaire au premier argument est que le présent pourvoi ne porte pas sur l’application de la règle du ouï-dire aux affirmations implicites

through non-verbal conduct. Our concern, rather, is with a quintessentially *verbal* statement.

[63] The issue of the applicability of the hearsay rule to inferences that can be drawn from non-verbal conduct is best left for another day. For present purposes, I find it sufficient to say that “one can engage in conduct without ever intending to communicate *anything to anyone* [but] the same is not true of speech or a combination of speech and conduct (for example, placing a bet) because the sole purpose of speech is communication”: Rice, at p. 536 (emphasis in original).

[64] The second concern mentioned above is greatly attenuated, I again emphasize, by Canada’s principled approach to hearsay.

[65] In *Kearley*, having found the evidence in that case to be hearsay, it was automatically excluded because it did not fall within a traditional exception to the hearsay rule.

[66] The Canadian approach suffers from no such inflexibility. Under our law, hearsay evidence that is not admissible under a traditional exception may nonetheless be admitted pursuant to a principled analysis of its necessity and reliability. This “sensible scheme” recognizes that “some implied assertions, like some express assertions, will be highly reliable even in the absence of cross-examination”: Finman, at p. 693. Pursuant to its terms, implied assertions that are necessary and reliable may be admitted while those that are unreliable or unnecessary will be excluded.

VII

[67] On the facts of this case, no traditional exception applies and the impugned evidence withers on a principled analysis. It satisfies neither the

déoulant d’un comportement. Il porte plutôt sur une déclaration purement *verbale*.

[63] Il vaut mieux remettre à une autre occasion l’examen de la question de l’applicabilité de la règle du ouï-dire à une inférence susceptible d’être tirée d’un comportement. Dans le contexte qui nous occupe, j’estime qu’il suffit de dire qu’[TRADUCTION] « il est possible d’adopter tel ou tel comportement sans jamais avoir l’intention de communiquer *quoi que ce soit* à *quiconque* [mais] il n’en va pas de même des paroles ou d’une combinaison de paroles et de comportements (par exemple, faire un pari) parce que les paroles ont pour seule fin la communication » : Rice, p. 536 (en italique dans l’original).

[64] Le deuxième motif de préoccupation est grandement atténué, je le répète, par l’effet de l’approche raisonnée en matière de ouï-dire adoptée au Canada.

[65] Dans *Kearley*, après avoir conclu que la preuve constituait du ouï-dire, la Chambre des lords l’a écartée automatiquement parce qu’elle ne relevait pas d’une exception traditionnelle à la règle du ouï-dire.

[66] La démarche canadienne n’est pas victime d’un tel manque de souplesse. Sous le régime du droit canadien, la preuve par ouï-dire qui n’est pas admissible au titre d’une exception traditionnelle peut néanmoins être admise suivant une analyse raisonnée visant à en déterminer la nécessité et la fiabilité. Ce [TRADUCTION] « régime logique » reconnaît que « certaines affirmations implicites, tout comme certaines affirmations expresses, seront très fiables même en l’absence d’un contre-interrogatoire » : Finman, p. 693. Dans le cadre de ce régime, les affirmations implicites qui sont nécessaires et fiables peuvent être admises en preuve alors que les autres seront écartées.

VII

[67] Au vu des faits de la présente affaire, aucune exception traditionnelle ne s’applique. La preuve contestée ne résiste pas à l’analyse raisonnée; elle

requirement of necessity nor the requirement of reliability.

[68] In *Khelawon*, necessity was conceded. Justice Charron nonetheless took care to note that

in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party. [para. 104]

This is the kind of “appropriate case” contemplated by *Khelawon*. And the answer is that the police *made no effort at all* to secure the evidence of the declarant: they never sought to interview or even find him, though *he gave them his address*. Moreover, there was no explanation offered as to why no efforts were made to locate the declarant.

[69] Nor is the single telephone call in this case sufficiently reliable. As Feldman J.A. found in the court below, “[t]here was no basis to say that the caller’s belief was reliable without testing the basis for that belief by cross-examination” (para. 146). Indeed, this is not a situation “in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished”: *Khelawon*, at para. 62, quoting *Wigmore on Evidence*, at §1420.

[70] In concluding as I have, I take care not to be understood to have proposed a categorical rule for drug purchase calls. Although the call at issue here does not withstand scrutiny under the principled approach, this need not always be the case.

[71] For example, where the police intercept not one but several drug purchase calls, the quantity of the calls might well suffice in some circumstances to establish reliability — indeed, while “[o]ne or two

ne satisfait ni à l’exigence de nécessité ni à celle de fiabilité.

[68] Dans l’arrêt *Khelawon*, la nécessité avait été reconnue. La juge Charron a tout de même pris la peine de signaler que

dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l’autre partie. [par. 104]

Nous sommes en présence en l’espèce du genre d’« instance appropriée » dont il est question dans l’affaire *Khelawon*. Et, le fin mot dans cette histoire, c’est que la police *n’a fait aucun effort* pour obtenir le témoignage du déclarant, n’a pas cherché à l’interroger ni même à le trouver, même si *celui-ci avait indiqué son adresse*. Qui plus est, aucun motif n’a été avancé pour expliquer l’absence d’efforts visant à dénicher le déclarant.

[69] En outre, l’appel en l’espèce ne permet pas de satisfaire au critère de fiabilité. Comme l’a conclu la juge Feldman de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « [r]ien ne permet d’affirmer que la croyance de l’auteur de l’appel était fiable sans mettre à l’épreuve le fondement de cette croyance au moyen d’un contre-interrogatoire » (par. 146). En fait, il ne s’agit pas d’un cas où « on peut facilement voir qu’une telle épreuve requise [c’est-à-dire le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont en grande partie déjà été atteints » : *Khelawon*, par. 62, citant *Wigmore on Evidence*, §1420.

[70] En tirant cette conclusion, je me garde de proposer une règle catégorique applicable aux commandes téléphoniques de drogue. Bien que l’appel visé en l’espèce ne résiste pas à l’analyse raisonnée, ce ne sera pas nécessairement toujours le cas.

[71] Par exemple, dans le cas où la police intercepte non pas une mais plusieurs commandes téléphoniques de drogue, le nombre d’appels peut très bien suffire dans certaines circonstances à établir la

might [be] mistaken, or might even have conspired to frame the defendant as a dealer”, it would “def[y] belief that all the callers had made the same error or were all party to the same conspiracy”: I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4th ed. 2010), at p. 708.

[72] Moreover, the number of callers could also inform necessity. The Crown cannot be expected, where there are numerous declarants, to locate and convince most or all to testify at trial, even in the unlikely event that they have supplied their addresses — as in this case. And it is important to remember that the criteria of necessity and reliability work in tandem: if the reliability of the evidence is sufficiently established, the necessity requirement can be relaxed: see *Khelawon*, at para. 86, citing *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

[73] Here, we are presented with a single drug purchase call of uncertain reliability. The caller gave his address. No effort was made to find and interview him, still less to call him as a witness — where the assertion imputed to him could have been evaluated by the trier of fact in the light of cross-examination and the benefit of observing his demeanour.

VIII

[74] Manifestly, the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can have no application in this case, since it cannot be said that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the impugned telephone call not been admitted: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

[75] Indeed, in summing up, Crown counsel described the impugned telephone call as the strongest piece of evidence in the case (A.R., vol. IV, at p. 127). In counsel’s words, “the cell phone call placing the order seals the story as far as I’m concerned” (p. 138). Moreover, the trial judge referred to the phone call in his reasons for

fiabilité — certes, même si [TRADUCTION] « [u]ne ou deux personnes ont pu se tromper, ou bien comploter pour faire accuser le défendeur de trafic de drogue », il serait « difficile de croire que tous les interlocuteurs ont commis la même erreur ou fomentent le même complot » : I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4^e éd. 2010), p. 708.

[72] En outre, le nombre d’appels peut aussi étayer le critère de nécessité. On ne saurait s’attendre, lorsque les déclarants sont nombreux, que le ministère public les trouve et les convainque tous ou presque tous de témoigner au procès, et ce, même dans la situation peu probable où ils auraient fourni leurs adresses, comme en l’espèce. Il ne faut pas oublier que les critères de nécessité et de fiabilité vont de pair; si la preuve est suffisamment fiable, l’exigence de nécessité peut être assouplie : voir *Khelawon*, par. 86, citant *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

[73] En l’espèce, nous sommes en présence d’une seule commande téléphonique de drogue d’une fiabilité incertaine. L’auteur de l’appel a donné son adresse. La police n’a aucunement tenté de le trouver et de l’interroger, et encore moins de l’appeler à témoigner au procès — où le juge des faits aurait pu évaluer l’affirmation qu’on lui prête en lui faisant subir un contre-interrogatoire et en observant son comportement.

VIII

[74] Manifestement, la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel* ne peut s’appliquer en l’espèce, vu qu’on ne saurait affirmer qu’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le coup de fil en cause n’avait pas été admis : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617.

[75] En effet, pour résumer, l’avocat du ministère public a qualifié l’appel téléphonique contesté d’élément de preuve le plus solide dans l’affaire (d.a., vol. IV, p. 127). Aux dires de l’avocat, [TRADUCTION] « en ce qui me concerne, la commande passée au numéro de cellulaire conclut l’affaire » (p. 138). En outre, le juge du procès a

judgment and took it into account when assessing Mr. Baldree’s credibility (A.R., vol. I, at p. 29).

[76] In this light, it can hardly be stated that the improper admission of this evidence could not have affected the result at trial.

IX

[77] For all of these reasons, I would dismiss this appeal, affirm the judgment of the Court of Appeal, set aside the respondent’s conviction, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[78] I join my colleague Fish J. in rejecting this drug purchase call under the principled approach to hearsay, and I agree in the main with his opinion. In particular, I agree that an implied assertion of a factual proposition is part of the “contents” of a statement for purposes of the hearsay rule. Indeed, while the parties disagree, the intervenor Attorney General of Ontario advances that very view.

[79] I write separately, however, to underscore my reservations with Part VII of my colleague’s reasons, which deal with the criteria of necessity and reliability under the principled approach. In particular, I am concerned by my colleague’s approach to necessity. That criterion has its purpose, but we ought not to approach it as a box that must invariably be checked off before drug purchase calls like this one can be admitted. In such cases, the real concern is reliability — and that, in my respectful view, should be the focus of our inquiry.

mentionné l’appel dans ses motifs et en a tenu compte pour évaluer la crédibilité de M. Baldree (d.a., vol. I, p. 29).

[76] Compte tenu de ce qui précède, on ne peut guère affirmer que l’admission irrégulière de cet élément de preuve n’a pas eu d’incidence sur l’issue du procès.

IX

[77] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter l’appel, de confirmer le jugement de la Cour d’appel, d’annuler la déclaration de culpabilité de l’intimé et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[78] À l’instar de mon collègue, le juge Fish, je rejette en l’espèce la preuve relative à la commande téléphonique de drogue par application de la méthode d’analyse raisonnée en matière de oui-dire et je souscris pour l’essentiel à ses motifs. Tout particulièrement, je suis d’accord pour dire qu’une affirmation implicite d’un élément de fait est comprise dans le « contenu » d’une déclaration pour l’application de la règle du oui-dire. En effet, si les parties ne s’entendent pas sur ce point, c’est exactement ce que propose le procureur général de l’Ontario, intervenant en l’espèce.

[79] Cependant, je rédige des motifs distincts pour exprimer mes réserves sur la partie VII des motifs de mon collègue, où il traite des critères de nécessité et de fiabilité que comporte la méthode d’analyse raisonnée. Tout particulièrement, j’ai des réserves à propos de la démarche de mon collègue en matière de nécessité. Ce critère joue certes un rôle, mais un rôle qui n’est pas essentiel à l’admissibilité de commandes téléphoniques de drogue comme celle qui nous occupe en l’espèce. Dans ces cas, le véritable enjeu est celui de la fiabilité, et, à mon humble avis, c’est sur ce critère que devrait être axée notre analyse.

[80] The starting point is the recognition that we are today characterizing as hearsay — and thus presumptively inadmissible — evidence which has long been received by the courts as circumstantial evidence. It is not a step to be undertaken lightly. Nonetheless, I believe it is the right one. As my colleague observes, the characterization of a particular piece of evidence as hearsay should not hinge on the declarant's particular choice of words (paras. 42-43). Rather, the focus should be on the existence (or non-existence) of the hearsay dangers having regard to the purpose for which the out-of-court statement is being tendered.

[81] Thus, I agree that judges must satisfy themselves of the reliability of drug purchase calls on a case-by-case basis. If the evidence is reliable, it should be admitted *because its reception will be necessary in order to get closer to the truth*. If it is not reliable, the evidence should stay out. The only difference between yesterday and today should be that in characterizing implied assertions as hearsay, we avoid the thorny debate about what the declarant did or did not intend to assert and, instead, put the focus on what truly matters in cases such as this one: “. . . whether the evidence is sufficiently reliable to warrant its reception” (A. W. Bryant, S. N. Lederman and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at p. 244).

[82] Here, for reasons I will explain, this call cannot be said to be sufficiently reliable. Accordingly, I agree that it should have been excluded.

II. Analysis

A. *The Concern Is Threshold Reliability*

[83] It is important to set the stage for the following discussion by clarifying what is actually at issue. Here, I am speaking only of *threshold* reliability, not *ultimate* reliability. At this point, a court is concerned only with whether the call exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact “a satisfactory basis for evaluating

[80] Il faut commencer par reconnaître que nous qualifions aujourd'hui de preuve par ouï-dire — et donc de preuve présumée inadmissible — des éléments que les tribunaux acceptent de longue date comme preuve circonstancielle. C'est un pas qu'il ne faut pas faire à la légère, mais je crois néanmoins que c'est le bon. Comme mon collègue le fait remarquer, qu'un élément de preuve donné soit classé ou non comme du ouï-dire ne devrait pas dépendre du choix des mots employés par le déclarant (par. 42-43). L'analyse devrait plutôt porter sur l'existence (ou l'inexistence) des dangers liés au ouï-dire, compte tenu de l'objet pour lequel la déclaration extrajudiciaire est présentée en preuve.

[81] Par conséquent, je conviens que le juge doit évaluer la fiabilité d'une commande téléphonique de drogue au cas par cas. Si la preuve est fiable, elle doit être admise, car *elle sera nécessaire pour permettre que l'on se rapproche de la vérité*. Au contraire, si elle n'est pas fiable, elle doit être écartée. La seule différence entre hier et aujourd'hui devrait tenir au fait qu'en qualifiant l'affirmation implicite de ouï-dire on évite le débat épineux consistant à déterminer ce que le déclarant avait l'intention ou non d'affirmer et on s'attache à la véritable question dans un cas comme celui qui nous occupe, c'est-à-dire celle de savoir [TRADUCTION] « si la preuve est suffisamment fiable pour justifier son admission » (A. W. Bryant, S. N. Lederman et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3^e éd. 2009), p. 244).

[82] En l'espèce, pour les raisons que j'expliquerai, l'appel ne constitue pas un élément suffisamment fiable. Partant, je conviens qu'il aurait dû être écarté.

II. Analyse

A. *C'est le seuil de fiabilité qui nous intéresse*

[83] Il importe de bien établir les paramètres de l'analyse qui suit en précisant la véritable question en litige. En l'espèce, il est uniquement question du *seuil* de fiabilité, et non de la fiabilité *en dernière analyse*. À ce stade-ci, le tribunal décide seulement si l'appel téléphonique présente suffisamment d'indices de fiabilité pour donner au juge

the truth of the statement” (*R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 75). Threshold reliability exists because of a “fear . . . that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves” (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 35).

[84] But once threshold reliability is established, ultimate reliability — including what weight, if any, to attach to the evidence — is a matter for the trier of fact. As Charron J. observed in *Khelawon*, at para. 50:

Whether the hearsay statement will or will not be ultimately relied upon in deciding the issues in the case is a matter for the trier of fact to determine at the conclusion of the trial based on a consideration of the statement in the context of the entirety of the evidence.

B. *The Historical Treatment of Drug Purchase Calls*

[85] As Watt J.A. observed in his dissenting reasons at the Court of Appeal, the question about drug purchase calls — in particular, whether they may contain an implied assertion — “has played little or no role” in the jurisprudence to date (2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, at para. 53). Nonetheless, as my colleague Fish J. points out, a long line of cases have admitted evidence similar to the evidence under consideration here on the basis that it was non-hearsay (para. 54). See, e.g., *R. v. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155 (Ont. C.A.); *R. v. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (Ont. C.A.); *R. v. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318 (B.C.C.A.); *R. v. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239 (C.A.); *R. v. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. v. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. v. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. v. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII).

[86] These decisions give me pause. Can we have been wrong for so long?

des faits « une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration » (*R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 75). Le seuil de fiabilité doit son existence à la « craint[e] que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu’elle n’en mérite » (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 35).

[84] Toutefois, une fois le seuil de fiabilité établi, la fiabilité en dernière analyse — notamment la question de savoir quel poids, s’il en est, accorder à la preuve — ressortit au juge des faits. Comme le fait remarquer la juge Charron dans *Khelawon*, par. 50 :

Il appartient au juge des faits de décider, à l’issue du procès, s’il s’en remettra, en fin de compte, à la déclaration relatée pour trancher les questions en litige, après l’avoir examinée en fonction de l’ensemble de la preuve.

B. *Le traitement des commandes téléphoniques de drogue à ce jour*

[85] Comme le dit le juge Watt de la Cour d’appel, dissident, la question que soulève une commande téléphonique de drogue — en particulier celle de savoir si elle est susceptible de contenir une affirmation implicite — [TRADUCTION] « n’a guère, voire jamais, joué de rôle » dans la jurisprudence à ce jour (2012 ONCA 138, 109 O.R. (3d) 721, par. 53). Néanmoins, ainsi que le signale mon collègue, le juge Fish, des éléments de preuve du type de celui qui nous intéresse en l’espèce ont été admis dans une foule d’affaires, au motif qu’ils ne constituaient pas du ouï-dire (par. 54). Voir, p. ex., *R. c. Owad* (1951), 102 C.C.C. 155 (C.A. Ont.); *R. c. Fialkow*, [1963] 2 C.C.C. 42 (C.A. Ont.); *R. c. Cook* (1978), 46 C.C.C. (2d) 318 (C.A.C.-B.); *R. c. Edwards* (1994), 19 O.R. (3d) 239 (C.A.); *R. c. Nguyen*, 2003 BCCA 556, 188 B.C.A.C. 218; *R. c. Williams*, 2009 BCCA 284, 273 B.C.A.C. 86; *R. c. Lucia*, 2010 ONCA 533 (CanLII); *R. c. Graham*, 2013 BCCA 75 (CanLII).

[86] Ces arrêts m’amènent à m’interroger. Se peut-il que nous ayons tort depuis si longtemps?

[87] Because I think it safe to conclude that judges are not in the habit of admitting evidence they deem unreliable, I am led to believe that these earlier cases rest on the conclusion — often unstated, but sometimes explicit — that drug purchase calls are inherently reliable. It may be that these decisions reflect an implicit judicial consensus, emerging from multiple decisions over multiple decades, that because such evidence is reliable more often than not, it can safely be categorized as non-hearsay. Feldman J.A. made a similar point in her reasons (para. 131).

[88] The case of *Edwards* offers a helpful example of an explicit conclusion as to the reliability of these calls. In that case, the issue was whether “a number of calls [to the accused’s phone] from people ordering small amounts of crack cocaine” were admissible to prove the accused was a drug dealer (p. 243). Although McKinlay J.A. concluded that the evidence was not being introduced to prove the truth of its contents and thus was not hearsay, in the alternative, she held that the evidence was admissible under the principled approach:

In my view, the evidence in issue fulfils these criteria. It was necessary to prove the nature of the appellant’s drug activities, and they could not have been proven in this case in any other way that was available to the police. They did not know the identity of the callers, and, in any event, it is unlikely the callers would have testified if their identity had been known. The evidence is reliable, because it was made under circumstances which negate the possibility that the requests were spurious ones. The callers were led to believe that the persons to whom they were speaking (the police) were speaking on behalf of the appellant. [Emphasis added; p. 249.]

[89] To the extent the other cases reflect McKinlay J.A.’s view about the reliability of such calls, they

[87] Comme j’estime pouvoir conclure sans risque de me tromper que les juges n’ont pas l’habitude d’admettre des preuves qu’ils ne tiennent pas pour fiables, je suis porté à croire que ces arrêts antérieurs reposent sur la conclusion — souvent implicite, mais parfois expresse — que les commandes téléphoniques de drogue sont intrinsèquement fiables. Il se peut que ces arrêts reflètent un consensus judiciaire implicite — ressorti de multiples décisions rendues sur de multiples décennies — voulant que, comme ce type de preuve se révèle fiable plus souvent qu’autrement, on puisse considérer sans danger qu’il ne constitue pas du ouï-dire. La juge Feldman de la Cour d’appel a présenté une thèse semblable dans ses motifs (par. 131).

[88] L’arrêt *Edwards* constitue un bon exemple d’une conclusion expresse quant à la fiabilité de ce genre d’appels. Il s’agissait dans cette affaire de déterminer si [TRADUCTION] « un certain nombre d’appels [faits au numéro de téléphone de l’accusé] provenant de personnes intéressées à acheter de petites quantités de crack » étaient admissibles pour prouver que l’accusé était un trafiquant de drogue (p. 243). Bien que la juge McKinlay de la Cour d’appel ait statué que la preuve n’était pas présentée pour démontrer la véracité de son contenu et, partant, ne constituait pas du ouï-dire, subsidiairement, elle a conclu à l’admissibilité de la preuve en application de la méthode d’analyse raisonnée :

[TRADUCTION] À mon avis, la preuve en cause respecte ces critères. Il était nécessaire de prouver la nature des activités de l’appelant relatives à la drogue, et il n’existait en l’espèce aucun autre moyen pour la police de le faire. La police ne connaissait pas l’identité des auteurs des appels et, de toute manière, même si leur identité avait été connue, il aurait été improbable qu’ils acceptent de témoigner. La preuve est fiable parce qu’elle a été recueillie dans des circonstances écartant toute possibilité de commandes fallacieuses. Les auteurs des appels ont été amenés à croire que leurs interlocuteurs (les policiers) agissaient pour le compte de l’appelant. [Je souligne; p. 249.]

[89] Dans la mesure où les autres affaires reflètent le point de vue de la juge McKinlay de la

align with explicit conclusions to the same effect made by regulation or statute in other jurisdictions. See, e.g., *Federal Rules of Evidence* (U.S.), Rule 801; *Criminal Justice Act 2003* (U.K.), 2003, c. 44, s. 115. As one leading treatise on the U.S. *Federal Rules of Evidence* observed in explaining the Rules' blanket exclusion of implied assertions from the definition of hearsay:

. . . when a person acts in a way consistent with a belief but without intending by his act to communicate that belief, one of the principal reasons for the hearsay rule — to exclude declarations whose veracity cannot be tested by cross-examination — does not apply, because the declarant's sincerity is not then involved. [Emphasis added.]

(J. B. Weinstein and M. A. Berger, *Weinstein's Evidence: Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts* (loose-leaf), vol. 4, at § 801(a)(01))

See also *McCormick on Evidence* (7th ed. 2013), vol. 2 (arguing the Rule 801 definition is “a compromise between theory and the need for a relatively simple and workable definition in situations where hearsay dangers are generally reduced”, at pp. 208-9); I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4th ed. 2010) (arguing that because “hearsay dangers are often significantly reduced in cases of implied assertions, there is no compelling systemic reason for applying the hearsay rule to them”, at p. 710).

[90] Indeed, the Law Reform Commission of Canada's proposed *Evidence Code* of 1975 proceeded on the same basis. Its definition of hearsay thus excluded implied assertions, whether verbal or non-verbal. See *Evidence Code*, s. 27(2)(b) in *Report on Evidence* (1975). The commissioners — including Antonio Lamer, who would go on to become a principal architect of the principled approach to hearsay — concluded:

Cour d'appel sur la fiabilité de ce genre d'appels, elles vont dans le même sens que les dispositions réglementaires et législatives expresses adoptées à cet égard dans d'autres ressorts. Voir, p. ex., *Federal Rules of Evidence* (É.-U.), règle 801; *Criminal Justice Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 44, art. 115. Un traité reconnu des *Federal Rules of Evidence* des États-Unis explique ainsi l'exclusion générale des affirmations implicites de la définition du ouï-dire prévue dans les règles :

[TRADUCTION] . . . prenons le cas d'une personne qui pos un geste sur la foi d'une croyance, mais sans avoir l'intention de communiquer cette croyance par son geste. L'une des principales raisons qui sous-tendent la règle du ouï-dire — à savoir écarter les déclarations dont la véracité ne peut subir l'épreuve du contre-interrogatoire — ne s'applique pas, car la sincérité du déclarant n'est alors pas mise en cause. [Je souligne.]

(J. B. Weinstein et M. A. Berger, *Weinstein's Evidence : Commentary on Rules of Evidence for the United States Courts and for State Courts* (feuilles mobiles), vol. 4, § 801(a)(01))

Voir également *McCormick on Evidence* (7^e éd. 2013), vol. 2 (selon qui la définition prévue à la règle 801 constitue [TRADUCTION] « un compromis entre la théorie et le besoin d'établir une définition relativement simple et applicable aux situations où les dangers liés au ouï-dire sont généralement atténués », p. 208-209); I. H. Dennis, *The Law of Evidence* (4^e éd. 2010) (selon qui puisque [TRADUCTION] « les dangers liés au ouï-dire sont souvent considérablement atténués dans le cas d'une affirmation implicite, aucune raison systémique ne milite en faveur de l'application de la règle du ouï-dire à ce genre d'affirmation », p. 710).

[90] En effet, le *Code de la preuve* proposé en 1975 par la Commission de réforme du droit du Canada s'inscrivait dans la même lignée. Sa définition du ouï-dire excluait donc l'affirmation implicite — verbale ou non. Voir l'al. 27(2)b) du *Code de la preuve* dans le *Rapport sur la preuve* (1975). Les commissaires, dont Antonio Lamer, qui est par la suite devenu l'un des principaux architectes de la méthode d'analyse raisonnée applicable au ouï-dire, ont conclu en ces termes :

Under the definition, . . . a person's words or conduct are not hearsay if he did not intend them to be assertive. In assessing the reliability of such evidence account may have to be taken of the dangers of hearsay evidence. . . . [U]nlike conscious assertions, a person is seldom likely to be deliberately misleading when he engaged in non-assertive activity, which is the most important danger associated with hearsay. In defining hearsay to exclude non-assertive conduct the Code follows the better view of the present law. [Emphasis added; p. 69.]

[91] The above reasoning, however, suffers from one important drawback. That is because when we speak about hearsay in a case such as this one, a distinction must be drawn between the *fact* that something is true and the declarant's *belief* that it is true. As Professor McCormick observed:

It is only where the statement is offered as the basis for the inferences, first, that the declarant *believed* it, and, second, that the facts were in accordance with his belief, that the evidence is hearsay. [Emphasis in original.]

(C. T. McCormick, "The Borderland of Hearsay" (1930), 39 *Yale L.J.* 489, at p. 490)

[92] Our concerns with respect to the reliability of the hearsay statement are thus two-fold. First, there is the concern that the declarant may not *believe* what she is saying and thus may be consciously lying (the sincerity hearsay danger). Second, even though she may believe what she says, she may be *mistaken about the facts* of what she is saying (the perception, memory, and narration dangers). As some scholars have observed, it is this second concern that has at times been overlooked. See, e.g., S. Schiff, "Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule: A Functional View" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 674, at p. 683, fn. 33 (criticizing the *Evidence Code* definition for "ignor[ing] every reason for the hearsay rule except the danger that the declarant may have been insincere").

. . . comme le précise la définition, le comportement d'un individu ou les paroles prononcées par lui ne constituent pas du ouï-dire s'il n'avait pas l'intention de leur conférer valeur d'affirmation. Il n'en demeure pas moins qu'en évaluant la fiabilité de ce genre de preuve, on peut avoir à tenir compte des risques inhérents à la preuve de ouï-dire. [. . .] [À] l'encontre d'une assertion faite consciemment, une activité n'ayant pas valeur d'affirmation cherche rarement à induire en erreur; or c'est ce qui constitue le principal danger associé au ouï-dire. En excluant le comportement qui ne tient pas lieu d'affirmation, la définition contenue au présent Code adopte l'optique la meilleure. [Je souligne; p. 78.]

[91] Cependant, ce raisonnement présente une lacune importante. C'est qu'il faut distinguer lorsqu'il s'agit de ouï-dire, comme en l'espèce, entre le *fait* qu'un élément est vrai et la *croyance* du déclarant quant à la véracité de cet élément. Pour reprendre les propos du professeur McCormick :

[TRADUCTION] C'est seulement lorsque la déclaration est présentée pour appuyer les inférences selon lesquelles le déclarant y *ajoute foi*, premièrement, et que les faits confirment cette croyance, deuxièmement, que la déclaration constituera du ouï-dire. [En italique dans l'original.]

(C. T. McCormick, « The Borderland of Hearsay » (1930), 39 *Yale L.J.* 489, p. 490)

[92] Ainsi, nos préoccupations relatives à la fiabilité d'une déclaration relatée sont de deux ordres. Premièrement, il se peut que la déclarante ne *croie* pas ce qu'elle affirme et donc qu'elle mente sciemment (le danger relatif à la sincérité). Deuxièmement, même si elle croit ce qu'elle affirme, il se peut qu'elle *se trompe sur les faits* qu'elle relate (les dangers relatifs à la perception, à la mémoire et à la relation du fait). Comme le font remarquer certains auteurs, c'est cette deuxième préoccupation qui a parfois été négligée. Voir, p. ex., S. Schiff, « Evidence — Hearsay and the Hearsay Rule : A Functional View » (1978), 56 *R. du B. can.* 674, p. 683, note 33 (où l'auteur critique la définition élaborée dans le *Code de la preuve* parce qu'elle [TRADUCTION] « fait fi de toutes les raisons justifiant l'application de la règle du ouï-dire sauf le danger d'insincérité du déclarant »).

[93] It seems to me that this second ground of concern is what led to the decision in *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.). In that case, the Crown sought to tender evidence that while the police were at the accused's home, "a man came to the door asking for 'Rob' and seeking to buy drugs" (p. 104). The accused's name was Robert Wilson. The trial judge admitted the evidence on the strength of *Edwards*, but the Court of Appeal reversed. McMurtry C.J.O. reasoned that it was "dangerous" and "unsafe" to draw an inference that the accused was a drug dealer from a single visit (pp. 104-5).

[94] Significantly, however, McMurtry C.J.O. was untroubled by the result in *Edwards*. In his view, the evidence of "ten separate calls" in that case permitted an "irresistible inference" about the nature of that accused's activities (p. 104). Thus, while it is possible that one individual could be mistaken in believing that the person he called (or called on) was a drug dealer, one would be hard-pressed to conclude that *ten* such people could *all* be mistaken. See D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at pp. 111-12; Dennis, at pp. 707-9.

[95] In other words, the distinction between *Edwards* and *Wilson* is that the evidence in one case was judged to be *reliable* and the evidence in the other was not. It was that assessment that dictated the answer with respect to admissibility — and that, as I see it, is the assessment we should be focusing on.

C. *What Is the Role of Necessity?*

[96] I turn then to the question of necessity. It bears recalling that "the central reason for the presumptive exclusion of hearsay statements is the general inability to test their reliability" (*Khelawon*, at para. 2 (emphasis added)). That, of course, is not to suggest that we have ousted necessity as a prerequisite to the admission of hearsay evidence. We have not. But what we have said is that

[93] Il me semble que cette deuxième préoccupation a mené à la décision dans l'arrêt *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.). Dans cette affaire, le ministère public cherchait à faire admettre une preuve révélant que, pendant que les policiers se trouvaient au domicile de l'accusé, [TRADUCTION] « un homme s'est présenté à la porte pour voir "Rob" et acheter de la drogue » (p. 104). L'accusé s'appelait Robert Wilson. Le juge du procès a admis la preuve, suivant l'arrêt *Edwards*, mais la Cour d'appel a infirmé sa décision. De l'avis du juge McMurtry, juge en chef de l'Ontario, il était [TRADUCTION] « hasardeux » et « imprudent » de conclure d'une seule visite que l'accusé vendait de la drogue (p. 104-105).

[94] Fait intéressant cependant, le juge McMurtry n'était nullement déconcerté par le résultat dans l'affaire *Edwards*. À son avis, dans ce cas, la preuve de [TRADUCTION] « dix appels distincts » entraînait « irrésistiblement une inférence » quant à la nature des activités de l'accusé (p. 104). Certes, s'il est possible qu'une personne croie à tort que le destinataire de son appel (ou de sa visite) est un trafiquant de drogue, on peut difficilement conclure que *dix* personnes pourraient *toutes* s'être trompées. Voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6^e éd. 2011), p. 111-112; Dennis, p. 707-709.

[95] Autrement dit, ce qui distingue *Edwards* de *Wilson* est le fait que la preuve a été jugée *fiable* dans un cas et non dans l'autre. Cette appréciation a dicté la décision sur l'admissibilité, et, à mon avis, c'est à une telle appréciation que nous devons nous attacher.

C. *Quel est le rôle du critère de nécessité?*

[96] J'en viens donc à la question de la nécessité. Il vaut la peine de rappeler que « l'exclusion dont les déclarations relatées sont présumées faire l'objet tient essentiellement à l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité » (*Khelawon*, par. 2 (je souligne)). Bien sûr, il ne faut pas entendre par là que le critère de nécessité ne constitue plus un élément préalable à l'admission de la preuve par

“necessity and reliability should not be considered in isolation” because “[o]ne criterion may have an impact on the other” (para. 77). Indeed, we have recognized that “[i]n the interest of seeking the truth, the very high reliability of [a] statement [can render] its substantive admission necessary” (para. 86 (emphasis added), citing *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764). That is the principle I would apply here.

[97] My colleague, however, sees a broader role for necessity in cases such as this one. He quotes Charron J. in *Khelawon*, at para. 104, for the proposition that “in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party” (emphasis added). On that basis, he concludes, at para. 68:

This is the kind of “appropriate case” contemplated by *Khelawon*. And the answer is that the police *made no effort at all* to secure the evidence of the declarant: they never sought to interview or even find him, though *he gave them his address*. [Italics in original; underlining added.]

[98] With respect, I am not at all sure that this is the kind of “appropriate case” Charron J. had in mind when she said what she said in *Khelawon*.

[99] The declarant in *Khelawon* was a frail 81-year-old who was living in a retirement home after having suffered a stroke. He died before trial and thus could not be called to testify, but the Crown sought to introduce, under the principled approach, an unsworn videotaped statement he made to the police during the course of their investigation. It was in that context that Charron J. observed, at para. 104:

ouï-dire, ce qui serait faux. Du reste, la Cour a dit que « la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément » parce qu’« [u]n critère peut influencer sur l’autre » (par. 77). En effet, elle a reconnu que « [p]ar souci de recherche de la vérité, il [peut se révéler] nécessaire d’admettre quant au fond [une] déclaration en raison de sa très grande fiabilité » (par. 86 (je souligne), renvoyant aux arrêts *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764). C’est le principe que je suis d’avis d’appliquer en l’espèce.

[97] Cependant, mon collègue attribue au critère de nécessité un rôle élargi dans un cas comme en l’espèce. Il cite les propos de la juge Charron dans *Khelawon*, par. 104, selon qui : « . . . dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l’autre partie » (je souligne). De ce passage, mon collègue tire la conclusion suivante, au par. 68 :

Nous sommes en présence en l’espèce du genre d’« instance appropriée » dont il est question dans l’affaire *Khelawon*. Et, le fin mot dans cette histoire, c’est que la police *n’a fait aucun effort* pour obtenir le témoignage du déclarant, n’a pas cherché à l’interroger ni même à le trouver, même si *celui-ci avait indiqué son adresse*. [En italique dans l’original; je souligne.]

[98] En toute déférence, je ne suis pas du tout convaincu que nous sommes en présence du genre d’« instance appropriée » que la juge Charron avait à l’esprit quand elle a rédigé ce passage dans *Khelawon*.

[99] Dans l’affaire *Khelawon*, le déclarant était un vieillard frêle de 81 ans qui vivait dans une résidence pour personnes âgées depuis un accident vasculaire cérébral. Il est décédé avant la tenue du procès et ne pouvait donc être cité à témoigner. Toutefois, le ministère public a demandé que soit admise, en application de la méthode d’analyse raisonnée, une déclaration vidéo faite sans prêter serment par le déclarant à la police au cours de l’enquête. C’est dans ce contexte que la juge Charron a fait la remarque suivante, au par. 104 :

Although Mr. Skupien was elderly and frail at the time he made the allegations, there is no evidence that the Crown attempted to preserve his evidence by application under ss. 709 to 714 of the *Criminal Code*. He did not testify at the preliminary hearing. The record does not disclose if he had died by that time. In making these comments, I do not question the fact that it was necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien's evidence in hearsay form. Necessity is conceded. However, in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party. That issue is not raised here. [Emphasis added.]

[100] It seems to me that Charron J. was making the point that even though the police should reasonably have anticipated that the declarant might not be able to attend the trial — “Mr. Skupien was elderly and frail” — they did nothing to secure his evidence in a better form even though they knew he was likely to be cooperative and forthcoming. As Charron J. noted, ss. 709 to 714 of the *Criminal Code* “expressly contemplate this eventuality and provide a procedure for the taking of the evidence before a commissioner in the presence of the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused” (para. 7 (emphasis added)).

[101] The facts in *Khelawon* are thus a far cry from the facts in the case at hand — and because of that, care should be taken before we start accepting that a perfectly reasonable request of the police in one set of circumstances will necessarily translate into an equally reasonable request in other circumstances.

[102] And that, in my respectful view, is where the analogy to *Khelawon* breaks down. In *Khelawon*, the police were dealing with a known declarant who was fully cooperative and forthcoming. Here, the declarant was unknown and even if the police had been able to find him — a big “if” — there is no reason to believe that he would have been forthcoming and cooperative. Indeed, the opposite is more likely to be true.

Même si M. Skupien était âgé et frêle au moment de ses allégations, rien ne prouve que le ministère public a tenté de préserver son témoignage en application des art. 709 à 714 du *Code criminel*. M. Skupien n'a pas témoigné à l'enquête préliminaire. Le dossier n'indique pas s'il était décédé à cette époque. En faisant ces commentaires, je ne mets pas en question la nécessité pour le ministère public de recourir au témoignage sous forme relatée de M. Skupien. Je reconnais que c'était nécessaire. Toutefois, dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l'autre partie. Cette question ne se pose pas en l'espèce. [Je souligne.]

[100] Il me semble que la juge Charron voulait préciser que, même si les policiers auraient raisonnablement dû s'attendre à ce que le déclarant ne puisse assister au procès — « M. Skupien était âgé et frêle » —, ils n'ont pris aucune mesure pour obtenir de lui une déclaration améliorée sur le plan de la forme, et ce, sachant qu'il serait probablement disposé à collaborer. Comme le fait remarquer la juge Charron, les art. 709 à 714 du *Code criminel* « envisagent expressément cette éventualité et établissent une procédure de prise de déposition par un commissaire en présence de l'accusé ou de son avocat, ce qui permet de préserver à la fois la preuve et les droits de l'accusé » (par. 7 (je souligne)).

[101] Ainsi, les faits de l'affaire *Khelawon* sont très différents de ceux de la présente espèce. C'est pourquoi il ne faut pas accepter d'emblée qu'une demande adressée à la police et jugée parfaitement raisonnable dans un cas le sera nécessairement dans un autre.

[102] À mon humble avis, c'est là que l'analogie avec l'affaire *Khelawon* s'arrête. La police y traitait avec un déclarant connu qui était tout à fait disposé à collaborer. En l'espèce, le déclarant n'était pas connu et, même si la police avait pu le repérer — ce dont je doute grandement — rien n'indique qu'il aurait été disposé à collaborer. En fait, le contraire est plus probable.

[103] With that in mind, it bears recalling that, as Charron J. herself observed shortly after *Khelawon*, the test for necessity is not whether the hearsay statement is the best form of the evidence (for that will always be live testimony), but whether it is the “best available form” in the circumstances (*R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 79 (emphasis added)).

[104] The question that arises then is: Should we be requiring the police, in the name of necessity, to track down unknown and often unknowable declarants, who are unlikely to be found and unlikely to be forthcoming and cooperative in the event they are found?

[105] The answer, I believe, is found in *Edwards*, where McKinlay J.A. observed:

[The police] did not know the identity of the callers, and, in any event, it is unlikely the callers would have testified if their identity had been known. [p. 249]

In my respectful view, McKinlay J.A.’s logic remains sound, even on the facts here.

[106] Although it is true the police in this case had the benefit of the caller’s address, the caller’s identity was still unknown. Surely, the police were not going to show up at 327 Guy St. and ask who there was looking to buy drugs from Chris Baldree. Apart from officer safety concerns, the likelihood of the police finding the declarant would seem slim. And the prospect of the declarant being forthcoming and cooperative, if found, would seem even slimmer. An undercover drug buy would be even more problematic, given the number of officers who would be needed to see it through and the obvious risks to the officer safety inherent in such an operation.

[103] À la lumière de ce qui précède, il vaut la peine de rappeler — et c’est ce que la juge Charron a affirmé elle-même peu de temps après la publication de l’arrêt *Khelawon* — que le critère de nécessité vise à déterminer non pas si la déclaration relatée constitue la meilleure forme de preuve (car le témoignage de vive voix l’est toujours), mais s’il s’agit de « la meilleure forme possible » dans les circonstances (*R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 79 (je souligne)).

[104] La question qui se pose alors est la suivante : faut-il exiger de la police, au nom de la nécessité, qu’elle déniché un déclarant inconnu — et souvent impossible à identifier — qui sera probablement impossible à trouver et — à supposer qu’il soit trouvé — ne sera probablement pas disposé à collaborer?

[105] La réponse à cette question se trouve à mon avis dans les motifs de la juge McKinlay de la Cour d’appel dans l’arrêt *Edwards* :

[TRANSLATION] [La police] ne connaissait pas l’identité des auteurs des appels et, de toute façon, si elle l’avait connue, il est peu probable qu’ils eussent témoigné. [p. 249]

À mon humble avis, la logique de la juge McKinlay tient, même au vu des faits de l’espèce.

[106] Certes, il est vrai qu’en l’espèce la police disposait de l’adresse de l’auteur de l’appel, mais elle ne connaissait pas son identité. La police n’allait tout de même pas se présenter au 327, rue Guy, pour demander laquelle des personnes qui s’y trouvaient voulait acheter de la drogue de Chris Baldree. Mis à part les préoccupations liées à la sécurité des agents, notons que les chances que la police trouve le déclarant semblent limitées, et les chances que ce dernier soit disposé à collaborer, le cas échéant, le sont davantage encore. L’organisation d’une opération secrète d’achat de drogue poserait d’autres problèmes, étant donné le nombre d’agents nécessaires pour la mener et les risques évidents pour la sécurité de ces derniers inhérents à ce genre d’opérations.

[107] Under either option, the game would hardly be worth the candle. And that, in my view, provides a full answer to the concern that the police offered no explanation as to why they made no efforts to locate the declarant. With respect, no explanation was necessary — common sense provides one. If there is little chance of finding the declarant, and little chance that, if found, he or she will be forthcoming and provide the police with evidence in a better form than the call itself (such as a *B. (K.G.)* statement or testimony in court), the necessity criterion will have been met.

[108] Equally problematic is the suggestion by my colleague that *even where there are multiple callers*, the police could be expected to go out and seek to persuade *at least some* of them to testify (para. 72). With respect, absent evidence of collusion, I see that as being wasteful. It amounts to little more than tipping our hat to necessity for necessity's sake. That has not been, and should not be, what the test for necessity requires.

[109] At bottom, the point is that the necessity criterion is not meant to stifle the admission of reliable evidence. Rather, it is “founded on society’s interest in getting at the truth” (*Khelawon*, at para. 49). Necessity should be viewed as a servant of the truth, not its master. For that reason, in cases such as this one — where the prospect of locating, identifying, and receiving accurate information from a forthcoming and cooperative caller is remote — if the evidence is reliable, it should be admitted because its reception into evidence will be necessary in order to get closer to the truth. If the evidence is not reliable, it should be excluded. Either way, in my view, the focus should be reliability.

D. *Was This Call Reliable?*

[110] The reliability of a particular hearsay statement can be tested by looking at, among other

[107] Dans un cas comme dans l’autre, le jeu n’en vaudrait guère la chandelle. Et cela, selon moi, suffit pour répondre pleinement à la préoccupation concernant l’absence d’explication fournie par la police quant à sa décision de ne prendre aucune mesure pour trouver le déclarant. En toute déférence, j’estime qu’aucune explication n’était nécessaire si ce n’est celle que dicte le bon sens. S’il y a peu de chances de trouver le déclarant et, le cas échéant, peu de chances qu’il soit disposé à fournir à la police une preuve d’une qualité supérieure à l’appel téléphonique en soi (p. ex. une déclaration de type *B. (K.G.)* ou un témoignage de vive voix), il aura été satisfait au critère de nécessité.

[108] La suggestion de mon collègue selon laquelle, *même dans les cas présentant de multiples appels*, on pourrait s’attendre de la police qu’elle trouve et tente de persuader *au moins quelques-uns* des auteurs de témoigner (par. 72) pose également problème. En toute déférence, je considère une telle action, si elle n’est pas justifiée par des indices de collusion, comme étant inutile. Ce n’est rien d’autre qu’une mesure prise pour la forme. Ce n’est pas ce qu’exige — et ce que devrait exiger — le critère de nécessité.

[109] Au fond, le fait est que ce critère ne vise pas à entraver l’admission d’éléments de preuve fiables. Au contraire, il « repose sur l’intérêt qu’a la société à découvrir la vérité » (*Khelawon*, par. 49). La nécessité est au service de la vérité, elle ne prévaut pas contre elle. C’est pourquoi, dans un cas comme celui qui nous occupe — où les chances de dénicher et d’identifier l’auteur d’un appel, de trouver en lui un témoin disposé à collaborer et d’obtenir de sa part des renseignements exacts sont minces —, la preuve qui se révèle fiable devrait être admise, car elle sera nécessaire pour permettre que l’on se rapproche de la vérité. Par contre, si la preuve n’est pas fiable, elle doit être écartée. D’une manière ou d’une autre, l’analyse doit à mon avis être axée sur la fiabilité.

D. *L’appel en l’espèce était-il fiable?*

[110] On peut évaluer la fiabilité d’une déclaration relatée au regard, entre autres, des circonstances

things, the circumstances in which the statement came about. One may look for indicia of reliability within the four corners of the statement. The law also provides that indicia of reliability may be found outside the statement in the form of confirmatory evidence (*Khelawon*, at para. 100).

[111] The Crown maintains that this call was sufficiently reliable to warrant its reception. In particular, the Crown relies on the absence of any evidence that “the caller was motivated by anything other than a desire to purchase drugs” and the argument that the “spontaneity of the conversation was made under circumstances where an intentional lie was remote” (A.F., at para. 82).

[112] This argument has something to it. As I indicated above, there is good reason to believe that the sincerity hearsay danger is reduced in cases such as this one. That said, Mr. Baldree argues that the circumstances in which this call came about are sufficient to warrant concern that this call may have been “made to throw suspicion” on him (R.F., at para. 85).

[113] As the record reveals, there was initially some uncertainty about the respective roles of Mr. Baldree and the other Chris in this case, Christopher Anderson, as to the drugs found in the apartment. Sgt. Martelle testified that Mr. Anderson was known to be “deal[ing] in . . . those types of drugs” (A.R., vol. II, at p. 106). He was apparently a man of some repute, known “on the streets” as “the Mexican” (p. 59).

[114] On its own, Mr. Baldree’s argument is insufficient to impugn the reliability of this call. He has not suggested, for example, how Mr. Anderson or anyone else could have arranged for a fabricated call when the police seized all cell phones at the time of the arrests and no persons were released by the police until *after* the call was received. Had either of Mr. Anderson’s two associates been released by the police *before* the call was received on

y ayant donné naissance. On peut sonder les termes mêmes de la déclaration pour y déceler des indices de fiabilité. Le droit prévoit également la possibilité de trouver de tels indices au-delà de la déclaration, sous la forme d’une preuve corroborante (*Khelawon*, par. 100).

[111] Selon le ministère public, l’appel était suffisamment fiable pour en justifier l’admission. Tout particulièrement, il invoque l’absence de toute preuve tendant à démontrer que [TRADUCTION] « l’auteur de l’appel était animé par quoi que ce soit d’autre que l’envie d’acheter de la drogue » et l’argument selon lequel « la spontanéité de la conversation témoigne de circonstances où la possibilité d’un mensonge intentionnel était infime » (m.a., par. 82).

[112] L’argument présente un certain intérêt. Comme on l’a vu, il existe de bonnes raisons de croire que le danger relatif à la sincérité est atténué dans un cas comme la présente espèce. Cela étant dit, M. Baldree fait valoir que les circonstances entourant l’appel suffisent pour soulever une préoccupation quant à la possibilité que le coup de fil ait [TRADUCTION] « visé à éveiller les soupçons » à son égard (m.i., par. 85).

[113] Selon le dossier, une certaine incertitude régnait au départ sur les rôles respectifs des deux Chris — Baldree et Anderson — en rapport avec la drogue découverte dans l’appartement. Dans son témoignage, le sergent Martelle a déclaré que M. Anderson était connu pour [TRADUCTION] « vend[re] [. . .] ce genre de drogue » (d.a., vol. II, p. 106). Il semblait jouir d’une certaine réputation, connu « dans la rue » sous le surnom « le Mexicain » (p. 59).

[114] L’argument de M. Baldree ne suffit pas à lui seul à mettre en doute la fiabilité de l’appel. Par exemple, il n’a pas tenté d’expliquer comment M. Anderson — ou quiconque — aurait pu orchestrer le coup de fil trompeur alors que la police avait confisqué tous les téléphones cellulaires en procédant aux arrestations et que les autres n’ont été remis en liberté qu’*après* l’appel. Si la police avait relâché l’un des deux acolytes de M. Anderson

Mr. Baldree's phone, it would have been a different matter. But those are not our facts.

[115] I caution thus against inferring suspicious circumstances in these types of cases absent any evidence suggesting as much. If that were our approach, many of our time-tested hearsay exceptions would unravel. To state the obvious, a dying man does not lose his ability to lie. And yet, in the case of dying declarations, we do not indulge in speculation about potential fabrication. Instead, the law recognizes that a motive to lie in such circumstances is at best remote (*R. v. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352 (K.B.), at p. 353). In other words, we recognize a norm of human behaviour for what it is — a norm.

[116] In sum, because our rules are not designed around theoretical possibilities but practical realities, a drug purchase call by mere dint of being a drug purchase call should not raise suspicions of fabrication. While the onus remains on the proponent of the evidence to establish that the evidence is sufficiently reliable to warrant its reception, I would suggest that “it falls to the person opposing the evidence to show circumstances of suspicion” (*R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, at para. 8, *per* McLachlin C.J.). Here, the record does not reveal a sufficient basis to worry about the circumstances in which the call to Mr. Baldree's phone came about.

[117] Examining the sincerity of this caller's belief, however, does not end the matter — and ultimately this is where the Crown's argument in this case falls short.

[118] Here, the Crown sought to introduce the drug purchase call to establish not merely that the caller *believed* that Mr. Baldree was a drug trafficker (evidence of limited value to the Crown's case), but that Mr. Baldree was *in fact* a drug trafficker

avant l'appel au numéro de M. Baldree, il en aurait été autrement, mais ce n'était pas le cas.

[115] Par conséquent, il faut s'abstenir de conclure à des circonstances suspectes dans ce genre de cas en l'absence de tout élément de preuve en ce sens. Si notre démarche permettait de telles inférences, nombre des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ne tiendraient plus. Il va sans dire qu'un homme à l'article de la mort a toujours la faculté de mentir. Et pourtant, dans le cas de la déclaration d'un mourant, on ne se perd pas en conjectures sur la possibilité d'une fausse déclaration. Au contraire, il est reconnu en droit que les raisons susceptibles de pousser au mensonge dans de telles circonstances sont tout au plus infimes (*R. c. Woodcock* (1789), 1 Leach 500, 168 E.R. 352 (B.R.), p. 353). Autrement dit, on reconnaît une norme régissant le comportement humain pour ce qu'elle est, à savoir une norme.

[116] Bref, nos règles étant élaborées en fonction non pas de possibilités hypothétiques, mais bien de réalités pratiques, une commande téléphonique de drogue, de par sa simple nature, ne devrait pas éveiller de soupçons quant à son authenticité. S'il incombe à la personne voulant faire admettre la preuve de démontrer que cette dernière est suffisamment fiable pour que son admission se justifie, à mon avis « il incombe à la personne qui s'oppose à l'admission de la preuve de démontrer l'existence de circonstances douteuses » (*R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, par. 8, la juge en chef McLachlin). En l'espèce, le dossier ne présente pas suffisamment d'éléments pour justifier qu'on se soucie des circonstances entourant l'appel fait au numéro de M. Baldree.

[117] Cependant, apprécier la sincérité de la croyance de l'auteur du coup de fil ne permet pas de régler la question, et, finalement, c'est en quoi l'argument du ministère public ne me convainc pas.

[118] En l'espèce, le ministère public tentait de faire admettre en preuve la commande téléphonique de drogue pour démontrer, non pas simplement que l'auteur de l'appel *croyait* que M. Baldree était un trafiquant de drogue (un élément d'une valeur

(evidence of significant value). Indeed, though he characterized it as circumstantial evidence, the trial judge here correctly recognized that the evidence was being used to establish that *Mr. Baldree was “engaged in the trafficking of drugs”* (A.R., vol. I, at p. 23 (emphasis added)). It was on the basis of *that fact* that the Crown sought an inference that Mr. Baldree was in possession of the cocaine and marijuana found in the apartment.

[119] The problem with the Crown’s argument is that it says little about the reliability of the assertion that Mr. Baldree is in fact a drug trafficker. The argument is more successful with respect to the fact that the caller *intended to purchase drugs*. Accordingly, the statement would have been admissible as a statement of present intention if the Crown had sought to introduce it for *that* purpose (see, e.g., *R. v. Ly*, [1997] 3 S.C.R. 698). But, as Feldman J.A. observed, that is not why the Crown sought to introduce this evidence (para. 144).

[120] Put another way, the problem with the Crown’s argument is that even if the caller was entirely sincere in his belief that Mr. Baldree was a drug dealer, that does not address *why the caller believed what he believed* — and whether his belief was in fact true or not. This is not a case of multiple calls, where common sense tells us that the probability of numerous callers all being mistaken is unlikely. Nor do we have sufficient indicia of reliability, either within the statement or in the form of confirmatory evidence outside the statement.

[121] Accordingly, and absent more, it thus seems to me a bridge too far to accept the Crown’s argument that this call meets threshold reliability thereby justifying its admission as substantive evidence that Mr. Baldree was engaged in drug trafficking.

limitée pour la poursuite), mais que M. Baldree l’était *dans les faits* (une preuve d’une importance considérable). En effet, même s’il a qualifié cet élément de preuve circonstancielle, le juge du procès a reconnu à juste titre qu’il visait à établir que *M. Baldree est* [TRADUCTION] « *impliqué dans le trafic de drogue* » (d.a., vol. I, p. 23 (italiques ajoutés)). C’est sur le fondement de *ce fait* que le ministère public cherchait à faire conclure que M. Baldree avait en sa possession la cocaïne et la marijuana trouvées dans l’appartement.

[119] La faille dans l’argument du ministère public tient à ce qu’il n’éclaire guère sur la fiabilité de l’affirmation selon laquelle M. Baldree est dans les faits un trafiquant de drogue. Son argument pèse davantage lorsqu’il s’agit de démontrer le fait que l’auteur de l’appel *avait l’intention d’acheter de la drogue*. Partant, la déclaration aurait été admissible à titre de déclaration d’intention si le ministère public l’avait présentée à *cette* fin (voir, p. ex., *R. c. Ly*, [1997] 3 R.C.S. 698). Or, comme le fait observer la juge Feldman de la Cour d’appel, ce n’est pas dans cette optique qu’il l’invoquait (par. 144).

[120] Autrement dit, la faiblesse dans l’argument du ministère public tient à ce que, même si l’auteur de l’appel croyait sincèrement que M. Baldree était un trafiquant de drogue, *la raison motivant une telle croyance*, et la véracité de cette dernière, ne sont pas étayées. Il ne s’agit pas en l’espèce d’une affaire où de multiples appels ont été interceptés et où le bon sens dicte d’écarter pour improbable la possibilité d’une erreur de la part des nombreux auteurs d’appel. En outre, nous ne disposons pas d’indices de fiabilité suffisants, ni dans les termes mêmes de la déclaration, ni sous forme de preuve corroborante.

[121] Par conséquent, en l’absence d’autres éléments, accepter l’argument du ministère public — que l’appel satisfait au seuil de fiabilité et, partant, que son admission était justifiée à titre d’élément tendant à prouver au fond que M. Baldree trempait dans le trafic de drogue, équivaldrait à mon avis à franchir un trop grand pas.

E. *Can a Single Call Ever Be Reliable?*

[122] Just because the single call here did not meet the threshold test for admissibility, it does not follow that multiple calls are *required* to establish as much. Indeed, it is perfectly consistent with the principled approach that even a single drug purchase call may meet that threshold. I will attempt to explain why using the facts of this call as an example.

[123] As I mentioned earlier, what is missing in this call is some assurance that Mr. Baldree was *in fact* a drug dealer. There are insufficient circumstantial guarantees of trustworthiness within the call itself and little or no external confirmatory evidence. However, if the caller had declined the offer of delivery and instead asked “if I can drop by Eric’s apartment to pick up the drugs”, that may have been sufficient because it would have indicated greater familiarity with Mr. Baldree and his activities, including contemporary knowledge of his recent move to Mr. Lepage’s apartment. A debt list at Mr. Lepage’s apartment with Mr. Baldree’s fingerprints on it may also have done the trick because it would have served as confirmatory evidence of Mr. Baldree’s involvement in drug trafficking. One can imagine other scenarios.

[124] My point is simply that had the circumstances been somewhat different, there may well have been a satisfactory basis for evaluating whether the caller *believed* Mr. Baldree was a drug dealer *and* whether that belief was *in fact* true. That is what threshold reliability requires. Setting aside the facts of this case, we do not know what the circumstances of some future call might be. I would thus caution against the notion that only multiple calls can be reliable.

E. *Un seul appel peut-il parfois se révéler fiable?*

[122] Si en l’espèce le coup de fil n’atteint pas le seuil nécessaire pour être admissible, il ne faudra pas *nécessairement* de multiples appels pour établir l’admissibilité. En effet, selon la méthode d’analyse raisonnée, même une seule commande téléphonique de drogue pourrait respecter ce seuil. Je tenterai d’illustrer ma thèse à l’aide des faits de la présente affaire.

[123] Comme je le mentionne précédemment, il manque dans l’échange téléphonique un élément venant confirmer que M. Baldree était *dans les faits* un trafiquant de drogue. L’échange en soi présente trop peu de gages circonstanciels de fiabilité et il n’existe guère d’éléments de preuve externes, voire aucun, tendant à confirmer une telle thèse. En revanche, si l’auteur de l’appel avait refusé l’offre de livraison et avait plutôt demandé s’il pouvait « passer prendre la drogue chez Eric », cet élément aurait peut-être suffi, car il aurait révélé davantage de familiarité avec M. Baldree et ses activités, y compris la connaissance actuelle du déménagement récent de ce dernier à l’appartement de M. Lepage. Si on avait trouvé dans l’appartement de ce dernier une liste de dettes portant les empreintes digitales de M. Baldree, cela aurait également pu faire l’affaire, à titre de preuve corroborante que M. Baldree trempe dans le trafic de drogue. Il est possible d’imaginer d’autres scénarios.

[124] Mon propos est simplement le suivant : si les circonstances avaient été quelque peu différentes, elles auraient pu permettre de déterminer si l’auteur de l’appel *croyait* que M. Baldree était un trafiquant de drogue *et* si sa croyance était vraie *dans les faits*. Voilà ce qu’il faut pour satisfaire au seuil de fiabilité. Outre les éléments factuels de la présente affaire, nous ne pouvons prédire les circonstances susceptibles d’entourer à l’avenir un autre coup de fil. Je fais donc une mise en garde contre l’idée que seuls de multiples appels peuvent constituer une preuve fiable.

III. Conclusion

[125] Subject to these comments, I join the reasons of my colleague. Accordingly, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Brampton.

Solicitors for the respondent: Foord Davies, Ottawa.

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

III. Conclusion

[125] Sous réserve des commentaires formulés dans les présentes, je souscris aux motifs de mon collègue. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Brampton.

Procureurs de l'intimé : Foord Davies, Ottawa.

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