Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kelly Marie Ellard *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ELLARD

Neutral citation: 2009 SCC 27.

File No.: 32835.

2009: April 20; 2009: June 12.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Evidence — Admissibility — Prior consistent statements — Trial judge permitting Crown to re-examine its witness to show that she had made prior consistent statements — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge erred in allowing statements to be admitted in re-examination — If so, whether curative proviso applicable — Whether trial judge was required to give jury limiting instruction on use that could be made of statements — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

A teenage girl was brutally assaulted by several individuals. At the end of the assault, staggering from her injuries, she made her way across a bridge where she was again attacked and forcibly drowned. The prosecution for the murder centred on two individuals: G was convicted; the other is the accused. Both took part in the first assault and, it was alleged, followed the victim over the bridge and caused her death. This was the accused's third trial. She was convicted of second degree murder. Part of the Crown's case hinged on the testimony of a witness whose cross-examination canvassed numerous inconsistencies between her testimony at trial, her statements to police made days after the murder, and her testimony at G's trial. The defence submitted that these inconsistencies showed that she had reconstructed her memory over time under the influence of rumour and speculation. Following this cross-examination, the trial judge permitted the Crown to re-examine her to show that she had made prior consistent statements at

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Kelly Marie Ellard *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. ELLARD

Référence neutre : 2009 CSC 27.

N° du greffe : 32835.

2009 : 20 avril; 2009 : 12 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Procès — Preuve — Admissibilité — Déclarations antérieures compatibles — Juge du procès permettant au ministère public de réinterroger son témoin pour démontrer qu'elle avait fait des déclarations antérieures compatibles — Accusée déclarée coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant l'admission des déclarations en réinterrogatoire? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Le juge du procès était-il tenu de donner au jury une directive limitative sur l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Une adolescente a été agressée brutalement par plusieurs personnes. Affaiblie par ses blessures, à la fin de cette agression, elle a titubé jusqu'à l'autre extrémité d'un pont où elle a été attaquée une deuxième fois, puis noyée. La poursuite pour meurtre était centrée sur deux suspects. L'un d'eux, G, a été déclaré coupable; l'autre est l'accusée. Ils avaient tous deux participé à la première agression et, selon les allégations, ils avaient suivi la victime sur le pont et causé sa mort. Le pourvoi porte sur le troisième procès de l'accusée. Elle a été déclarée coupable de meurtre au deuxième degré. La preuve du ministère public reposait en partie sur le témoignage d'un témoin qui a été contre-interrogé relativement à de nombreuses divergences entre son témoignage au procès, ses déclarations aux policiers quelques jours après le meurtre et son témoignage au procès de G. Selon la défense, ces divergences démontraient qu'elle avait reconstitué ses souvenirs, avec le temps, sous l'influence de rumeurs et de suppositions. Après

previous trials on whether she had seen the victim cross the bridge. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge's failure to provide a limiting instruction to the jury on the use they could make of these prior consistent statements was a serious error.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction restored.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: While prior consistent statements are presumptively inadmissible, there is an exception if a party has made an allegation of recent fabrication. The opposing party may then rebut the allegation by introducing prior statements, consistent with testimony at trial, and made before the alleged fabrication arose. In this case, the statements on which the witness was re-examined did not fit within this exception since they were not made before any of the circumstances the defence argued were responsible for the witness's changed memory, namely the atmosphere of rumour and speculation following the murder. The trial judge therefore erred in ruling that the re-examination was permissible. [31-32] [34]

However, there was no reasonable possibility that the error had any impact on the verdict. It was an accepted fact at the trial that the victim crossed the bridge. Whether or not the Crown's witness claimed to have seen her do so could have had no bearing on any disputed issue, and, in the circumstances of this case, could have had little effect on her general reliability. The real question at trial — whether the witness had seen the accused and G cross the bridge — was not addressed in the re-examination. The fact that the witness had previously testified on this point had already been canvassed in the cross-examination. Furthermore, the jury necessarily would have known and appreciated that nothing in the re-examination detracted from or even addressed the inconsistencies in the witness's evidence as a whole. The curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* therefore applies to cure the trial judge's harmless error in permitting the re-examination. [35] [39-40]

The absence of a limiting instruction in this case did not amount to a legal error. A limiting instruction

le contre-interrogatoire, le juge du procès a permis au ministère public de la réinterroger pour démontrer qu'elle avait fait des déclarations antérieures compatibles lors de procès précédents quant à savoir si elle avait vu la victime traverser le pont. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès parce que, selon elle, l'omission du juge du procès de donner au jury une directive limitative sur l'utilisation qu'il pouvait faire de ces déclarations antérieures compatibles constituait une grave erreur.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité de l'accusée rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : S'il est vrai que les déclarations antérieures compatibles sont présumées inadmissibles, une exception s'applique lorsqu'une partie allègue la fabrication récente. La partie opposée peut réfuter cette allégation en produisant des déclarations antérieures qui sont compatibles avec le témoignage offert au procès et qui ont été faites avant la prétendue fabrication. En l'occurrence, les déclarations sur lesquelles a porté le réinterrogatoire ne correspondaient pas à cette exception parce qu'elles n'ont pas été faites avant que n'existent les circonstances que la défense prétend à l'origine des changements dans les souvenirs du témoin, soit le climat de rumeurs et de suppositions qui a suivi le meurtre. Le juge du procès a donc commis une erreur en décidant que le réinterrogatoire pouvait être autorisé. [31-32] [34]

Toutefois, il n'était pas raisonnablement possible que son erreur ait quelque incidence que ce soit sur le verdict. Au procès, tous ont convenu que la victime avait traversé le pont. Le fait que le témoin de la poursuite ait déclaré ou non l'avoir vue traverser le pont ne pouvait donc avoir aucune incidence sur une question litigieuse et, dans la situation particulière en cause, ne pouvait guère avoir d'effet sur sa fiabilité en général. Le réinterrogatoire n'a pas abordé la véritable question qui se posait au procès — celle de savoir si le témoin avait vu l'accusée et G traverser le pont. Le fait que le témoin ait témoigné antérieurement sur ce point avait déjà été examiné en contre-interrogatoire. De plus, le jury devait nécessairement savoir et comprendre que le réinterrogatoire n'a ni atténué, ni même abordé les contradictions dans l'ensemble du témoignage du témoin. La disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* trouve donc application et permet de remédier à l'erreur inoffensive qu'a commise le juge du procès en permettant le réinterrogatoire. [35] [39-40]

L'absence de directive limitative en l'espèce ne constituait pas une erreur de droit. Une directive

will usually be required in cases where prior consistent statements are admitted on the theory that their repetition tends to risk bolstering the witness's reliability or supporting the fact at issue. But, in the unusual circumstances of this case, the prior consistent statements were of no assistance to the Crown because they did not go to a disputed issue and did nothing to bolster the witness's reliability. Since the statements had no such value, there was no risk of the jury using them to draw impermissible inferences. [42] [44] [48]

Per Fish J. (dissenting): The outcome of this appeal depends on whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the trial judge not erred in admitting the witness's prior consistent statements. The burden in this regard rests on the Crown, and it has not been discharged in this case. The sole purpose of the evidence was to rehabilitate the witness — that is, to enhance her credibility — and Crown counsel, in this Court, was unable to provide any alternative explanation at all for the re-examination. It is entirely possible, if not probable, that the jury would have seen the substance of the re-examination as clearly relevant to a crucial factual issue: whether it was the accused who accompanied G in following the victim across the bridge. If the jury lent credence to the improperly admitted testimony of the witness that she had seen the victim cross the bridge, then it would have been obliged to reject the defence's critical proposition that the witness had in fact seen nobody cross the bridge. There was therefore a reasonable possibility that the impermissibly admitted evidence could have affected the verdict. Finally, the question whether a limiting instruction was required is entirely moot, since the erroneous admission of the evidence is alone sufficient to require a new trial. [52-55] [57] [60]

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. B. (A.J.)*, [1995] 2 S.C.R. 413; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1; *R. v. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390; *R. v. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311; *R. v. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26; *R. v. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120; *R. v.*

limitative est habituellement requise lorsque des déclarations antérieures compatibles sont admises, parce que la répétition risque de renforcer la fiabilité du témoin ou d'étayer le fait en cause. Toutefois, dans la situation inhabituelle visée en l'espèce, les déclarations antérieures compatibles n'ont pas été utiles au ministère public parce qu'elles ne portaient pas sur une question contestée et ne rehaussaient aucunement la fiabilité du témoin. Les déclarations n'ayant donc aucune valeur à cet égard, le jury ne risquait pas de les utiliser pour tirer une inférence inacceptable. [42] [44] [48]

Le juge Fish (dissident) : L'issue du pourvoi tient à la question de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur d'admettre les déclarations antérieures compatibles du témoin. Le fardeau à cet égard incombe au ministère public, qui ne s'en est pas acquitté en l'espèce. La preuve visait uniquement à réhabiliter le témoin — c'est-à-dire à en rehausser la crédibilité — et l'avocate du ministère public n'a été en mesure d'offrir à la Cour aucune autre explication au réinterrogatoire. Il est tout à fait possible, sinon probable, que le jury ait considéré la teneur du réinterrogatoire comme nettement pertinente pour l'appréciation d'une question de fait cruciale : est-ce bien l'accusée qui a accompagné G lorsque celui-ci a suivi la victime de l'autre côté du pont? S'il a ajouté foi au témoignage admis à tort dans lequel le témoin a affirmé avoir vu la victime traverser le pont, le jury était obligé de rejeter la proposition fondamentale de la défense voulant que le témoin n'ait en fait vu personne traverser le pont. Il existe donc une possibilité raisonnable que la preuve admise à tort ait pu influencer le verdict. Enfin, la question de savoir si une directive limitative était requise est entièrement théorique, puisque l'admission irrégulière de la preuve suffisait en soi pour exiger la tenue d'un nouveau procès. [52-55] [57] [60]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. B. (A.J.)*, [1995] 2 R.C.S. 413; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1; *R. c. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390; *R. c. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311; *R. c. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26; *R. c. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120; *R. c.*

G.M., [2000] O.J. No. 5007 (QL); *R. v. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Bevan, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Low, Chiasson and Frankel J.J.A.), 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59, 436 W.A.C. 59, 239 C.C.C. (3d) 233, 62 C.R. (6th) 274, [2008] B.C.J. No. 1689 (QL), 2008 CarswellBC 1877, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

John M. Gordon, Q.C., and *Mary T. Ainslie*, for the appellant.

Peter J. Wilson, Q.C., and *Brock Martland*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

[1] ABELLA J. — This appeal arises out of the third trial of Kelly Marie Ellard in connection with the tragic death of 14-year-old Reena Virk.

[2] Ms. Ellard was convicted of second degree murder. The Court of Appeal ordered a new trial because it concluded that the trial judge's failure to provide a limiting instruction on the use of certain prior consistent statements was a serious error. While admitting these statements may technically have been an error, in my view the statements had no probative value or impact in the context of this trial. The error was therefore a harmless one. In the circumstances, no limiting instruction was required.

G.M., [2000] O.J. No. 5007 (QL); *R. c. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Bevan, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Low, Chiasson et Frankel), 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59, 436 W.A.C. 59, 239 C.C.C. (3d) 233, 62 C.R. (6th) 274, [2008] B.C.J. No. 1689 (QL), 2008 CarswellBC 1877, annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

John M. Gordon, c.r., et *Mary T. Ainslie*, pour l'appelante.

Peter J. Wilson, c.r., et *Brock Martland*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le pourvoi découle du troisième procès subi par Kelly Marie Ellard par suite du décès tragique de Reena Virk, âgée de 14 ans.

[2] Madame Ellard a été reconnue coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que, selon elle, l'omission du juge de première instance de donner au jury une directive limitative sur l'utilisation de certaines déclarations antérieures compatibles constituait une grave erreur. Bien que, d'un point de vue technique, l'admission de ces déclarations ait constitué une erreur, j'estime qu'elles n'avaient aucune valeur probante et n'ont eu aucun effet dans le contexte de ce procès. Il s'agissait donc d'une erreur inoffensive. Dans les circonstances, aucune directive limitative n'était requise.

Background

[3] On November 14, 1997, a number of teenagers congregated at the southern end of the Craigflower Bridge in Victoria, British Columbia. After an argument broke out, Ms. Virk was “swarmed” by a group of eight individuals. She was punched, kicked, and burned with a cigarette. At the end of the brutal assault, staggering from her injuries, she made her way to the northern side of the bridge where she was attacked a second time and forcibly drowned in the Gorge Waterway.

[4] Six of the individuals who participated in the initial “swarming” were prosecuted in youth court in February 1998 in what came to be known as the trial of the “Shoreline Six”. Three of the six pleaded guilty to assault causing bodily harm. The other three were found guilty of the same offence following their trial.

[5] The prosecution for Ms. Virk’s murder centred on two individuals, Ms. Ellard and Warren Glowatski, both of whom took part in the first assault and who, it was alleged, followed Ms. Virk over the bridge and caused her death. Mr. Glowatski was convicted in June 1999, and an appeal from his conviction was dismissed in November 2001.

[6] The prosecution of Ms. Ellard, on the other hand, has been protracted. Her first trial, in March 2000, resulted in a conviction which was overturned on appeal in February 2003. A second trial, held between June and July 2004, resulted in a mistrial.

[7] Ms. Ellard was again convicted by a jury at a third trial which took place from February to April 2005. The conviction resulted in an automatic sentence of life imprisonment. The trial judge, Bauman J., set Ms. Ellard’s parole eligibility at seven years.

[8] The Crown’s case rested in significant part on the testimony of Mr. Glowatski, who claimed

Contexte

[3] Le 14 novembre 1997, plusieurs adolescents étaient regroupés à l’extrémité sud du pont Craigflower à Victoria, en Colombie-Britannique. Une dispute a éclaté et huit personnes se sont jetées sur M^{me} Virk. Elles l’ont frappée à coups de poing et à coups de pied et brûlée avec une cigarette. Affaiblie par ses blessures, à la fin de cette agression brutale, elle a titubé jusqu’au côté nord du pont où elle a été attaquée une deuxième fois, puis noyée dans la voie navigable Gorge.

[4] Six jeunes filles qui avaient participé à la première agression (connues comme les « Shoreline Six ») ont été poursuivies devant le tribunal pour adolescents en février 1998. Trois d’entre elles ont reconnu leur culpabilité à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Les trois autres ont été déclarées coupables de la même infraction à l’issue d’un procès.

[5] Deux suspects se sont retrouvés au centre des poursuites judiciaires pour le meurtre de M^{me} Virk, soit M^{me} Ellard et Warren Glowatski, qui avaient participé à la première agression et qui, selon les allégations, avaient suivi M^{me} Virk sur le pont et causé sa mort. Monsieur Glowatski a été déclaré coupable en juin 1999 et l’appel de sa déclaration de culpabilité a été rejeté en novembre 2001.

[6] La poursuite contre M^{me} Ellard a quant à elle traîné en longueur. Son premier procès, en mars 2000, s’est soldé par une déclaration de culpabilité qui a été infirmée en appel en février 2003. Son deuxième procès, en juin et juillet 2004, a été annulé.

[7] Madame Ellard a de nouveau été déclarée coupable par un jury lors d’un troisième procès qui s’est déroulé du mois de février au mois d’avril 2005. Ce verdict a entraîné une peine automatique d’emprisonnement à perpétuité. Le juge Bauman, qui a présidé le procès, a fixé à sept ans le délai d’admissibilité de M^{me} Ellard à la libération conditionnelle.

[8] La preuve du ministère public reposait en grande partie sur le témoignage de M. Glowatski,

that Ms. Ellard participated in the final assault on Ms. Virk and ultimately drowned her in the Gorge Waterway.

[9] Another Crown witness was Marissa Bowles, who saw the initial assault. Her evidence at this third trial was that she had seen Ms. Ellard cross the Craigflower Bridge with Mr. Glowatski some time after she saw Ms. Virk cross.

[10] Ms. Ellard's lawyers argued that Ms. Bowles' memory, as well as that of many other witnesses, had been tainted by rampant rumours and speculation in the days following Ms. Virk's murder, and that this raised the possibility of involuntary collusion. In support of this position, they pointed to the fact that Ms. Bowles gave a sworn statement to the police on November 24, 1997, two days after the discovery of Ms. Virk's body, in which she stated that she had last seen Ms. Virk under the southern end of the Craigflower Bridge, sitting in the mud. She did not tell the police that she saw Ms. Virk cross the bridge, nor that she watched Ms. Ellard and Mr. Glowatski follow her across it.

[11] Ms. Bowles was cross-examined at length about the numerous inconsistencies between her trial testimony and her statements to the police, including her recollection about whether she had seen Ms. Virk or Ms. Ellard cross the bridge. The cross-examination also canvassed inconsistencies between her testimony at this trial and at Mr. Glowatski's trial, in particular relating to how far she had seen Ms. Virk proceed across the Craigflower Bridge.

[12] Following this cross-examination, the trial judge permitted the Crown to re-examine Ms. Bowles to show that she had made prior consistent statements at previous trials about having seen Ms. Virk cross the bridge. This ruling, along with the trial judge's failure to provide a limiting instruction about the use that could be made of the brief evidence elicited on re-examination, was at the heart of Ms. Ellard's appeal to the Court of Appeal.

selon lequel M^{me} Ellard avait participé à l'agression finale contre M^{me} Virk et l'avait finalement noyée dans la voie navigable Gorge.

[9] Le ministère public a aussi fait témoigner Marissa Bowles, qui avait assisté à l'agression initiale. Dans sa déposition au troisième procès, elle a affirmé avoir vu M^{me} Ellard traverser le pont Craigflower avec M. Glowatski peu après avoir vu M^{me} Virk le traverser.

[10] Les avocats de M^{me} Ellard ont soutenu que les souvenirs de M^{me} Bowles et de beaucoup d'autres témoins avaient été contaminés par les rumeurs et les suppositions qui ont circulé dans les jours suivant le meurtre de M^{me} Virk et qu'il en résultait une possibilité de collusion involontaire. À l'appui de cet argument, ils ont souligné le fait que, le 24 novembre 1997, deux jours après la découverte du corps de M^{me} Virk, M^{me} Bowles a déclaré sous serment aux policiers avoir vu M^{me} Virk pour la dernière fois assise dans la boue sous l'extrémité sud du pont Craigflower. Elle n'a pas dit aux policiers avoir vu M^{me} Virk traverser le pont ni avoir regardé M^{me} Ellard et M. Glowatski la suivre de l'autre côté du pont.

[11] Madame Bowles a été contre-interrogée en profondeur sur les nombreuses divergences entre son témoignage au procès et ses déclarations aux policiers, et notamment sur son souvenir d'avoir vu ou non M^{me} Virk ou M^{me} Ellard traverser le pont. Elle a aussi été contre-interrogée en détail sur les divergences entre ses témoignages au dernier procès de M^{me} Ellard et au procès de M. Glowatski, plus particulièrement quant à savoir jusqu'où elle avait vu M^{me} Virk traverser le pont Craigflower.

[12] À la suite de ce contre-interrogatoire, le juge du procès a autorisé le ministère public à réinterroger M^{me} Bowles afin de démontrer que, lors d'autres procès, elle avait fait des déclarations antérieures compatibles sur le fait qu'elle aurait vu M^{me} Virk traverser le pont. Cette décision, ainsi que l'omission du juge du procès de donner une directive limitative au jury au sujet de l'utilisation qu'il pouvait faire du bref témoignage obtenu en réinterrogatoire, étaient au cœur de l'appel formé par M^{me} Ellard devant la Cour d'appel.

[13] Two of Ms. Ellard's arguments on appeal — that the trial judge had erred in failing to instruct the jury about the possibility of collusion between various Crown witnesses, and that the jury had reached an unreasonable verdict — were unanimously rejected by the Court of Appeal.

[14] Each of the three members of the panel on appeal wrote reasons dealing with the admissibility of the prior consistent statements and the absence of a jury instruction limiting their use: 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59. The majority concluded that a new trial was warranted. Frankel J.A. was of the view that Ms. Bowles' prior consistent statements were inadmissible but that, having been admitted through re-examination, they required a limiting instruction on the use the jury could make of them. Chiasson J.A., concurring in the result, concluded that the trial judge's ruling on admissibility should be granted deference, but agreed with Frankel J.A. that he should have provided a limiting instruction.

[15] In dissent, Low J.A. concluded that there was no error in the failure to give the jury a limiting instruction, and therefore no need for a new trial.

[16] In my view, the prior consistent statements should not have been admitted through re-examination. Nonetheless, these statements were of no consequence and their admission could not in any way be said to have had an impact on the jury's deliberations. The error was therefore harmless. Nor, with respect, do I agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge was required to give the jury a limiting instruction regarding these statements. I would therefore allow the Crown's appeal and restore the conviction.

Analysis

[17] I agree with the unanimous conclusion of the Court of Appeal that the verdict was not

[13] La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité deux des moyens d'appel invoqués par M^{me} Ellard — soit l'erreur que le juge du procès aurait commise en ne donnant pas de directive au jury au sujet de la possibilité de collusion entre différents témoins du ministère public et le caractère déraisonnable du verdict.

[14] Chacun des trois juges qui ont entendu l'appel a rédigé des motifs traitant de l'admissibilité des déclarations antérieures compatibles et de l'absence d'une directive au jury limitant l'utilisation de ces déclarations : 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59. La majorité a conclu qu'un nouveau procès était justifié. Le juge Frankel estimait que les déclarations antérieures compatibles de M^{me} Bowles étaient inadmissibles, mais que, comme elles avaient été admises dans le cadre du réinterrogatoire, le jury devait recevoir une directive au sujet de l'utilisation qu'il pouvait en faire. Le juge Chiasson, concourant quant au résultat, a conclu qu'il fallait faire preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès sur l'admissibilité des déclarations, mais il estimait, comme le juge Frankel, que le juge du procès aurait dû donner une directive limitative au jury.

[15] Le juge Low, dissident, a conclu que l'absence de directive limitative ne constituait pas une erreur et qu'il n'était donc pas nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[16] Selon moi, les déclarations antérieures compatibles n'auraient pas dû être admises dans le cadre du réinterrogatoire. Néanmoins, ces déclarations n'ont pas porté à conséquence, et l'on ne saurait d'aucune façon affirmer que leur admission a eu une incidence sur les délibérations du jury. Il s'agit donc d'une erreur inoffensive. En toute déférence, je ne souscris pas non plus à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès devait donner au jury une directive limitative concernant ces déclarations. Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel du ministère public et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Analyse

[17] Je fais mienne la conclusion unanime de la Cour d'appel que le verdict n'était pas déraisonnable.

unreasonable. There was ample evidence on which a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have convicted Ms. Ellard (*R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 186, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36). That evidence included the following:

- Mr. Glowatski testified about Ms. Ellard's central role in Ms. Virk's murder.
- Three of the teenagers who initially attacked Ms. Virk described Ms. Ellard's role in the first assault.
- Ms. Bowles testified that she saw Ms. Ellard cross the bridge with Mr. Glowatski. Another witness described Ms. Ellard as looking as if she were about to cross it.
- Three witnesses observed two individuals walking back across the bridge. Two of them specifically recognized Ms. Ellard as one of the individuals.
- Two witnesses saw Ms. Ellard returning home after the attack. Her pants appeared wet and she made incriminating statements at that time.
- Eleven witnesses testified about statements Ms. Ellard made about her involvement in the second attack which resulted in the forcible drowning.
- A jacket worn by Ms. Ellard bore stains consistent with the salt water in which Ms. Virk drowned.

[18] I also agree with the Court of Appeal's unanimous conclusion that a limiting instruction on the possibility of collusion was not required.

[19] We are therefore left with the challenge to Ms. Bowles' prior consistent statements which were admitted through re-examination. In order to determine whether these statements were admissible or

Il existait suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, puisse raisonnablement déclarer M^{me} Ellard coupable (*R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 186, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36). La preuve comportait notamment les éléments suivants :

- Monsieur Glowatski a témoigné au sujet du rôle central joué par M^{me} Ellard dans le meurtre de M^{me} Virk.
- Trois des adolescents ayant participé à l'attaque initiale contre M^{me} Virk ont décrit le rôle joué par M^{me} Ellard dans cette agression.
- Madame Bowles a témoigné avoir vu M^{me} Ellard traverser le pont avec M. Glowatski. Un autre témoin a décrit M^{me} Ellard comme semblant être sur le point de le traverser.
- Trois témoins ont vu deux personnes revenir sur le pont. Deux d'entre eux ont expressément reconnu M^{me} Ellard comme étant l'une de ces personnes.
- Deux témoins ont vu M^{me} Ellard retourner chez elle après l'agression. Ses pantalons semblaient mouillés et elle a fait des déclarations incriminantes à ce moment-là.
- Onze témoins ont parlé de déclarations faites par M^{me} Ellard au sujet de sa participation à la deuxième agression qui a mené à la noyade.
- Des taches sur un blouson que portait M^{me} Ellard étaient compatibles avec l'eau salée dans laquelle M^{me} Virk est morte noyée.

[18] Je suis également d'accord avec la conclusion unanime de la Cour d'appel qu'il n'était pas nécessaire de donner une directive limitative sur la possibilité de collusion.

[19] Reste donc la contestation des déclarations antérieures compatibles de M^{me} Bowles qui ont été admises dans le cadre du réinterrogatoire. Pour déterminer si ces déclarations étaient admissibles

in need of a limiting instruction, it is important to look at the context in which they arose. After testifying that she saw Ms. Virk cross the Craigflower Bridge followed by Ms. Ellard and Mr. Glowatski, Ms. Bowles was subjected to an extensive cross-examination in which many inconsistencies between her initial statements to the police and her testimony at trial were canvassed, as the following exchange demonstrates:

Q. Okay, so on November 24th, then, you told the police the last time you saw Reena she was down in the mud, right?

A. Yes.

Q. And that's what you recall 10 days after the event, right?

A. Yes.

Q. You didn't tell the police that Kelly and Warren followed her, right?

A. Yes.

Q. You didn't tell the police that you had actually seen Reena herself on the bridge, right?

A. Yes.

. . .

Q. And you knew, you'll say now, that you saw Kelly and Warren go across the bridge?

A. Yes.

Q. And you knew that the last time you saw Reena she was actually walking across the bridge?

A. Yes.

Q. So why didn't you tell the police any of these things on November 24th?

A. I don't know.

Q. You don't know? I'm going to suggest to you, Ms. Bowles, it's because you didn't actually see Warren and Kelly walk across that bridge and that that is something that you've constructed over time from all the other things you've heard. Is that possible?

et si elles commandaient une directive limitative, il est important d'examiner le contexte dans lequel elles ont été faites. Après avoir déclaré avoir vu M^{me} Virk traverser la première le pont Craigflower, suivie par M^{me} Ellard et M. Glowatski, M^{me} Bowles a été soumise à un contre-interrogatoire approfondi au cours duquel plusieurs divergences entre ses déclarations initiales à la police et son témoignage au procès ont été examinées, comme le démontre l'échange suivant :

[TRADUCTION]

Q. D'accord, le 24 novembre, donc, vous avez dit à la police que la dernière fois que vous avez vu Reena elle était en bas, dans la boue, c'est exact?

R. Oui.

Q. Et c'est ce dont vous vous souvenez 10 jours après l'incident, c'est exact?

R. Oui.

Q. Vous n'avez pas dit à la police que Kelly et Warren la suivaient, c'est exact?

R. Oui.

Q. Vous n'avez pas dit à la police que vous aviez bel et bien vu Reena elle-même sur le pont, c'est exact?

R. Oui.

. . .

Q. Et vous saviez, vous le dites maintenant, que vous avez vu Kelly et Warren traverser le pont?

R. Oui.

Q. Et vous saviez que la dernière fois que vous avez vu Reena elle traversait le pont en marchant?

R. Oui.

Q. Alors, pourquoi n'avez-vous rien dit de tout cela à la police le 24 novembre?

R. Je ne sais pas.

Q. Vous ne savez pas? Et si je vous disais, M^{me} Bowles, que c'est parce que vous n'avez pas vraiment vu Warren et Kelly traverser le pont et que c'est une histoire que vous avez imaginée avec le temps à partir de tout ce que vous avez entendu. Est-ce possible?

A. No.

Q. Well, what did you mean, then, when you said to the police, “I didn’t know where she was then, but I do now,” or, “I didn’t know where they were then but I do now?” What did that mean?

A. I don’t know. [Emphasis added.]

[20] These were far from the only inconsistencies between her statements to police and her testimony at trial. Defence counsel continuously suggested that her memories of the events surrounding Ms. Virk’s death had been reconstructed over time, including inconsistencies in how the initial fight leading to the assault broke out and how it progressed.

[21] Defence counsel also drew attention through the cross-examination to the fact that Ms. Bowles’ evidence had changed substantially, not only between her conversation with the police in 1997 and her evidence at various trials, but also between trials. These changes included whether Ms. Bowles thought Ms. Ellard had been drinking on the evening of Ms. Virk’s murder and how far she had watched Ms. Virk proceed across the Craigflower Bridge. This latter point was explored in the following exchange:

Q. So back in 1999 [at Mr. Glowatski’s trial] you said you saw [Ms. Virk] go about 10 feet, right?

A. Yes.

. . . .

Q. Okay, and that was under oath?

A. Yes.

Q. And that was true?

A. Yeah, it was an estimate.

. . . .

R. Non.

Q. Bon, que vouliez-vous dire alors, lorsque vous avez dit à la police : « Je ne savais pas où elle était à ce moment-là, mais maintenant je le sais », ou « Je ne savais pas où ils étaient à ce moment-là, mais maintenant je le sais »? Qu’est-ce que ça voulait dire?

R. Je ne sais pas. [Je souligne.]

[20] Ce sont loin d’être les seules divergences entre ses déclarations aux policiers et son témoignage au procès. Les avocats de la défense n’ont cessé d’insinuer qu’elle avait reconstitué ses souvenirs des événements entourant le décès de M^{me} Virk avec le temps, soulignant notamment des contradictions concernant le déclenchement de la dispute à l’origine de l’agression initiale et le déroulement de celle-ci.

[21] Tout au long du contre-interrogatoire, les avocats de la défense ont aussi attiré l’attention sur le fait que la version des faits de M^{me} Bowles avait beaucoup changé, non seulement entre sa conversation avec les policiers en 1997 et son témoignage à différents procès, mais aussi entre les procès. Ces changements touchaient notamment la question de savoir si M^{me} Bowles pensait que M^{me} Ellard avait bu le soir du meurtre de M^{me} Virk et jusqu’où elle avait vu M^{me} Virk traverser le pont Craigflower. L’échange suivant porte sur cette dernière question :

[TRADUCTION]

Q. Donc, en 1999 [au procès de M. Glowatski], vous avez dit avoir vu [M^{me} Virk] franchir environ 10 pieds, c’est exact?

R. Oui.

. . . .

Q. D’accord, et vous avez dit cela sous serment?

R. Oui.

Q. Et c’était la vérité?

R. Ouais, c’était une estimation.

. . . .

Q. Okay, and you say today that you also saw Kelly and Warren go -- yesterday you told us three quarters of the way across that bridge?

A. Yes.

Q. In the dark?

A. Yes.

Q. D'accord, et vous affirmez aujourd'hui que vous avez également vu Kelly et Warren franchir -- hier, vous nous avez dit les trois quarts du pont?

R. Oui.

Q. Dans l'obscurité?

R. Oui.

Q. So in . . . 1999 you can see only 10 feet, but you can see half to three quarters of the way across that bridge today in your memory? [Emphasis added.]

[22] After Ms. Bowles' cross-examination, the Crown sought to introduce prior consistent statements she had made at previous proceedings indicating that she had seen Ms. Virk cross the bridge. When the trial judge asked what the basis of the request was, the Crown replied: "What I'm going to put to this witness is that she said it [that she saw Ms. Virk cross the bridge] at every hearing that she's testified in." The trial judge then dismissed the jury and discussed the issue with counsel.

[23] Defence counsel explained her concerns over allowing the re-examination as follows:

And the last point is that my friend wants to go back to every single transcript where Ms. Bowles has testified and say, "Well, but you did tell them on this day, and you did tell them on that day." I didn't suggest to this witness that on those other occasions she didn't say it. . . . That is oath helping and if we're going to get into that, every inconsistency that is put to a witness in these proceedings, my friend can stand up and put in five or six consistent times when something was said, and that's, in my respectful submission, improper. I didn't suggest she didn't say it under oath at the last trial. [Emphasis added.]

[24] When the trial judge asked whether the statements could be admitted to rebut an allegation of recent fabrication, Ms. Ellard's counsel responded:

Q. Donc, en [. . .] 1999 vous ne pouvez voir qu'à une distance de 10 pieds, mais aujourd'hui, dans vos souvenirs, vous pouvez voir jusqu'à la moitié ou jusqu'aux trois quarts de ce pont? [Je souligne.]

[22] Après le contre-interrogatoire de M^{me} Bowles, le ministère public a voulu présenter des déclarations antérieures compatibles qu'elle avait faites lors de poursuites précédentes et qui indiquaient qu'elle avait vu M^{me} Virk traverser le pont. Au juge du procès qui demandait quel était le fondement de cette demande, le ministère public a répondu : [TRADUCTION] « Ce que je veux montrer au témoin, c'est qu'elle l'a dit [qu'elle avait vu M^{me} Virk traverser le pont] à chacune des audiences où elle a témoigné. » Le juge du procès a alors invité le jury à se retirer et a discuté de la question avec les avocats.

[23] L'avocate de la défense a expliqué en ces termes ses préoccupations concernant la possibilité que le réinterrogatoire soit autorisé :

[TRADUCTION] En dernier lieu, ma collègue veut revenir sur chacune des transcriptions contenant une déposition de M^{me} Bowles, pour dire : « Bien, mais vous leur avez dit tel jour, puis vous leur avez dit tel autre jour. » Je n'ai pas tenté de faire dire au témoin que, les autres fois, elle ne l'avait pas dit. [. . .] Il s'agit là d'un témoignage justificatif et, si nous nous aventurons sur ce terrain, pour chaque divergence portée à l'attention d'un témoin dans la procédure actuelle, ma collègue peut se lever et faire valoir cinq ou six occasions où des choses compatibles ont été dites, ce qui, à mon humble avis, est inapproprié. Je n'ai pas insinué qu'elle ne l'avait pas dit sous serment lors du dernier procès. [Je souligne.]

[24] Lorsque le juge du procès a demandé si les déclarations pouvaient être admises pour réfuter une allégation de fabrication récente, l'avocate de M^{me} Ellard a répondu ceci :

I didn't suggest it was a recent fabrication. She said, in 1997, she didn't remember this. I didn't put to this witness, "You just remembered that today." I put [it] to her she's never remembered it at all.

[25] Defence counsel also pointed out that the jury had already heard that Ms. Bowles had testified in a prior proceeding about having seen Ms. Virk cross the bridge. This was brought out during her cross-examination in which Ms. Bowles was asked about her prior evidence relating to having seen Ms. Virk cross the bridge for only a short distance. This evidence stood in marked contrast to her testimony at this trial in which she claimed to have seen Ms. Virk cross for a significantly greater distance. Defence counsel therefore submitted the following to the trial judge:

... my friend is saying, "I want to mention that in Glowatski's trial, you did testify she went across the bridge." Well, we all know that because I put that paragraph to her. So my friend's wanting to go through these various times that she's testified and say, "Well, you did say it on this occasion, and that." I think my friend now, just in her submission, has assisted the defence objection here because I was putting to her that she didn't tell the police about this. That was my point, and that was what she agreed to. I didn't suggest that she didn't tell the court on any other occasion about this. And by, in fact, as I said, bringing up the Glowatski [trial] passage, it's been brought to their attention. So it's not -- I don't think it's something that really should be allowed for. [Emphasis added.]

[26] The Crown's counter-argument was:

Well, it went further, My Lord, because then at the very end, it was put to her that she didn't see them go across the bridge, so it goes a bit further.

[27] After these submissions, and relying on *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, at p. 643, the trial judge concluded that an express allegation of recent fabrication need not necessarily be made out before a rebuttal is permitted. He therefore allowed

[TRADUCTION] Je n'ai pas insinué qu'il s'agissait d'une fabrication récente. Elle a dit, en 1997, qu'elle ne s'en souvenait pas. Je n'ai pas dit au témoin : « Vous venez juste de vous en souvenir aujourd'hui. » Je lui ai dit qu'elle ne s'en est jamais souvenu.

[25] L'avocate de la défense a également indiqué que le jury savait déjà, pour l'avoir entendu, que M^{me} Bowles avait témoigné lors d'une poursuite antérieure sur le fait qu'elle aurait vu M^{me} Virk traverser le pont. Cela a notamment été dévoilé pendant le contre-interrogatoire de M^{me} Bowles, lorsqu'on lui a posé des questions sur son témoignage antérieur concernant le fait qu'elle n'avait vu M^{me} Virk franchir qu'une courte distance sur le pont. Ce témoignage contrastait nettement avec sa déposition au dernier procès de M^{me} Ellard, dans lequel elle disait l'avoir vue franchir une distance beaucoup plus longue. L'avocate de la défense a fait l'observation suivante au juge du procès :

[TRADUCTION] ... ma collègue dit : « Je veux mentionner que, lors du procès de M. Glowatski, vous avez déclaré qu'elle a traversé le pont. » Bien, nous le savons tous parce que je lui ai rappelé ces propos. Ma collègue souhaite donc revenir sur les différentes fois où elle a témoigné, et dire : « Bien, vous l'avez dit à cette occasion et à telle autre. » Je pense que ma collègue, simplement par son observation, alimente l'objection de la défense en l'espèce parce que je lui ai signalé qu'elle n'avait rien dit à la police à ce sujet. C'est ce que je voulais démontrer, et c'est ce qu'elle a reconnu. Je n'ai pas insinué qu'à aucune autre occasion elle n'en avait parlé au tribunal. Et en fait, comme je l'ai dit, en mentionnant l'extrait [du procès] Glowatski, cela a été porté à leur attention. Ce n'est donc pas -- je ne crois pas que ce soit quelque chose qui devrait vraiment être autorisé. [Je souligne.]

[26] En contre-argument, le ministère public a fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] Bien, c'est allé plus loin, votre Seigneurie, parce que, à la fin, on lui a dit qu'elle ne les avait pas vus traverser le pont, cela va donc un peu plus loin.

[27] Après ces observations, et s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, p. 643, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la fabrication récente soit expressément alléguée pour qu'une contre-preuve soit autorisée. Il

re-examination on Ms. Bowles' prior testimony about having seen Ms. Virk cross the bridge.

[28] The re-examination, almost in its entirety, consisted of the following exchange:

Q. There were some passages put to you, Marissa, from your evidence at Warren Glowatski's trial through your cross-examination, correct?

A. Yes.

Q. At Warren Glowatski's trial you testified for the Crown?

A. Yes.

. . .

Q. I want to talk to you a little bit. You've been cross-examined at some length about how far you can see over the Craigflower Bridge and there was a passage put to you. Let me just find it here and that was from Warren Glowatski's trial, I believe. Just a second. First of all, let me do it this way. You were asked a lot about whether you actually saw Reena Virk get up and walk across the bridge and how far you could see her, correct?

A. Yes.

. . .

Q. Ms. Bowles, when we broke, I was asking you -- well, I was asking you about the statement that was put to you during your cross-examination where you told the police that you -- where you didn't tell the police about Reena going over the bridge, correct?

A. Yeah.

Q. Let me just get another book here. You testified in what we call the "Shoreline 6" trials that included [G.O.] and [C.K.] and [N.P.] on -- for the Crown on February 10th, 1998; do you remember that?

A. Yes.

Q. And on that date -- sorry, you had a chance to go through the transcript of that?

a donc permis le réinterrogatoire de M^{me} Bowles sur son témoignage au sujet du fait qu'elle aurait vu M^{me} Virk traverser le pont.

[28] Voici, presque intégralement, la teneur du réinterrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Certains extraits de votre témoignage au procès de Warren Glowatski vous ont été soumis, Marissa, au cours du contre-interrogatoire, c'est exact?

R. Oui.

Q. Au procès de Warren Glowatski, vous avez témoigné pour la poursuite?

R. Oui.

. . .

Q. Je veux vous parler un peu. Vous avez été contre-interrogée assez longuement au sujet de la distance à laquelle vous pouvez voir sur le pont Craigflower et un extrait vous a été soumis. Laissez-moi juste le trouver, et il provient du procès de Warren Glowatski, je crois. Une seconde. Premièrement, allons-y comme ceci. On vous a longuement questionnée quant à savoir si vous aviez vraiment vu Reena Virk se lever et traverser le pont et à quelle distance vous pouviez la voir, c'est exact?

R. Oui.

. . .

Q. Madame Bowles, lorsque nous nous sommes arrêtés, je vous demandais -- bien, je vous demandais, au sujet de la déclaration qui vous a été soumise au cours du contre-interrogatoire où vous avez dit à la police que vous -- où vous n'avez pas parlé à la police du fait que Reena avait traversé le pont, c'est exact?

R. Ouais.

Q. Laissez-moi juste prendre un autre volume. Vous avez déclaré, dans le cadre de ce que nous appelons les procès des « Shoreline 6 », et notamment de [G.O.] et [C.K.] et [N.P.] le -- pour la poursuite, le 10 février 1998; vous vous en rappelez?

R. Oui.

Q. Et à cette date -- désolée, vous avez eu l'occasion de lire la transcription?

A. Yes.

Q. And on that date did you testify about Reena going across the bridge?

A. Yes.

Q. You testified for the Crown in the trial against Warren Glowatski on April 15th, 1999?

A. Yes.

Q. You've had a chance to go through your transcript?

A. Yeah.

Q. And on that occasion did you testify that you saw Reena Virk walking across the bridge?

A. Yeah.

Q. You testified in other proceedings involving Ms. Ellard?

A. Yes.

Q. And have you had a chance to go through your transcripts?

A. Yes.

Q. And have you testified previously in Ellard trials that you saw Reena Virk walking across the bridge?

A. Yes.

[29] As is clear, the only information that Ms. Bowles confirmed on re-examination was that on a number of prior occasions, she had testified about having seen Ms. Virk cross the bridge, an undisputed fact at the trial. She made no reference to seeing *Ms. Ellard* cross the bridge. Nor did she say anything that addressed any of the other inconsistencies in her evidence which had been brought out in her cross-examination.

[30] The re-examination received little attention in Crown counsel's closing submissions, and was only briefly described, without objection from defence counsel, in the jury charge. There was no instruction to the jury limiting the use it could make of Ms. Bowles' prior consistent statements, nor was one sought by the defence at any time.

R. Oui.

Q. Et à cette date, avez-vous témoigné sur le fait que Reena avait traversé le pont?

R. Oui.

Q. Vous avez témoigné pour la poursuite au procès de Warren Glowatski le 15 avril 1999?

R. Oui.

Q. Vous avez eu l'occasion de lire la transcription?

R. Ouais.

Q. Et à cette occasion, avez-vous déclaré que vous aviez vu Reena Virk traverser le pont en marchant?

R. Ouais.

Q. Vous avez témoigné dans le cadre d'autres procédures visant M^{me} Ellard?

R. Oui.

Q. Et avez-vous eu l'occasion de lire la transcription?

R. Oui.

Q. Et avez-vous déjà déclaré lors des procès de M^{me} Ellard que vous aviez vu Reena Virk traverser le pont en marchant?

A. Oui.

[29] Il est clair que tout ce que M^{me} Bowles a confirmé lors de son réinterrogatoire c'est qu'elle a témoigné à plusieurs reprises sur ce qu'elle a vu concernant le fait, non contesté au procès, que M^{me} Virk a traversé le pont. Elle n'a pas mentionné avoir vu *M^{me} Ellard* traverser le pont. Elle n'a pas mentionné quoi que ce soit non plus au sujet de l'une ou l'autre des contradictions relevées lors de son contre-interrogatoire.

[30] L'avocate de la poursuite a accordé peu d'attention au réinterrogatoire dans sa plaidoirie finale et ce réinterrogatoire n'a été décrit que brièvement, sans objection des avocats de la défense, dans l'exposé au jury. Le jury n'a reçu aucune directive limitant l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations antérieures compatibles de M^{me} Bowles et la défense n'a jamais demandé qu'une telle directive lui soit donnée.

[31] Having described the relevant context, the first issue is whether Ms. Bowles' prior statements were admissible through re-examination. It is true that prior consistent statements are presumptively inadmissible (*R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at pp. 409-10, and *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272, at para. 5). The rationale for excluding them is that repetition does not, and should not be seen to, enhance the value or truth of testimony. Because there is a danger that similar prior statements, particularly ones made under oath, could appear to be more credible to a jury, they must be treated with caution.

[32] Certain exceptions have nevertheless developed in the jurisprudence. In particular, where a party has made an allegation of recent fabrication, the opposing party can rebut the allegation by introducing prior statements made *before* the alleged fabrication arose, that are consistent with the testimony at trial. The allegation need not be express. It is enough if "in light of the circumstances of the case and the conduct of the trial, the apparent position of the opposing party is that there has been a prior contrivance" (*Evans*, at p. 643; see also *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3, at p. 24).

[33] To be "recent", the fabrication need only have been made after the event testified about (*Stirling*, at para. 5). A mere contradiction in the evidence is not enough to engage the recent fabrication exception. However, a "fabrication" can include being influenced by outside sources (*R. v. B. (A.J.)*, [1995] 2 S.C.R. 413). To rebut an allegation of recent fabrication, it is necessary to identify statements made prior to the existence of a motive or of circumstances leading to fabrication. In all cases, the timing of the prior consistent statements will be central to whether they are admissible.

[34] In this case, the statements put to Ms. Bowles on re-examination were not made prior to

[31] À partir de cette description du contexte pertinent, il faut maintenant trancher la première question en litige en déterminant si les déclarations antérieures de M^{me} Bowles pouvaient être admises dans le cadre du réinterrogatoire. Il est vrai que les déclarations antérieures compatibles sont présumées inadmissibles (*R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, p. 409-410, et *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272, par. 5). Le raisonnement justifiant l'exclusion de ces déclarations est que la répétition ne renforce pas la valeur ou la véracité d'un témoignage et ne doit pas être considérée comme telle. Parce qu'il existe un risque que des déclarations antérieures similaires, particulièrement celles faites sous serment, puissent *sembler* plus crédibles à un jury, elles doivent être traitées avec prudence.

[32] Certaines exceptions se dégagent néanmoins de la jurisprudence. Plus particulièrement, lorsqu'une partie allègue la fabrication récente, la partie adverse peut réfuter cette allégation en produisant des déclarations antérieures qui ont été faites *avant* la prétendue fabrication et qui sont compatibles avec le témoignage offert au procès. Il n'est pas nécessaire que l'allégation soit expresse. Il suffit, « compte tenu des circonstances de l'affaire et du déroulement du procès, que la position apparente de la partie adverse soit qu'il y a eu invention » (*Evans*, p. 643; voir aussi *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3, p. 24).

[33] Pour être « récente », il suffit que la fabrication soit postérieure à l'événement visé par le témoignage (*Stirling*, par. 5). Une simple contradiction dans la preuve n'est pas suffisante pour donner ouverture à l'exception fondée sur la fabrication récente. Toutefois, la « fabrication » peut inclure le fait d'avoir été influencé par des sources extérieures (*R. c. B. (A.J.)*, [1995] 2 R.C.S. 413). Pour réfuter une allégation de fabrication récente, il faut identifier les déclarations faites avant que n'existent un mobile ou des circonstances conduisant à la fabrication. Dans tous les cas, le moment des déclarations antérieures compatibles sera déterminant quant à leur admissibilité.

[34] En l'espèce, les déclarations présentées à M^{me} Bowles en réinterrogatoire n'ont pas été faites

the atmosphere of rumour and speculation that the defence claimed had led to her changed memory. As a result, their timing prevented them from being capable of rebutting an allegation of recent fabrication. The trial judge therefore erred in ruling that the re-examination was permissible on the basis of this exception.

[35] There was, however, no reasonable possibility that this error had any impact on the verdict. The fact that Ms. Bowles had previously testified about seeing Ms. Virk cross the bridge was already before the jury. And it was an accepted fact at the trial that Ms. Virk did so. Whether or not Ms. Bowles claimed to have seen her crossing the bridge, therefore, had no bearing on a disputed issue. The re-examination did nothing to address the real question, namely whether Ms. Bowles had seen *Ms. Ellard* cross the bridge with Mr. Glowatski, in pursuit of Ms. Virk. That was the issue on which Ms. Bowles had been subjected to an extensive cross-examination which seriously impugned the reliability of her evidence.

[36] The inconsistencies in Ms. Bowles' evidence were emphasized throughout the trial. The trial judge's review of Ms. Bowles' evidence, in fact, concluded with the following summary of those inconsistencies:

Again, she agreed that she told police on November 24 that she last saw Reena Virk, she was down in the mud, that she did not tell police that Kelly Ellard and Warren Glowatski followed her across the bridge, that she did not tell police that Warren Glowatski washed his clothes the next day, at Syreeta Hartley's. She didn't know why she didn't tell the police these things. She denied that it was because she did not see them and constructed them over time from what she heard.

On re-examination, she was asked if she gave evidence at the Shoreline Six trial and in other proceedings involving Kelly Ellard. She said that she did and that each time she testified to the effect that she saw Reena Virk going across the bridge that night. [Emphasis added.]

avant que ne s'installe le climat de rumeurs et de suppositions que la défense prétend à l'origine des changements dans ses souvenirs. Compte tenu du moment où elles ont été faites, elles ne peuvent donc pas réfuter une allégation de fabrication récente. Par conséquent, le juge du procès a commis une erreur en autorisant le réinterrogatoire sur le fondement de cette exception.

[35] Toutefois, il n'était pas raisonnablement possible que son erreur ait quelque incidence que ce soit sur le verdict. Le jury savait déjà que M^{me} Bowles avait témoigné auparavant sur le fait qu'elle aurait vu M^{me} Virk traverser le pont. Et, au procès, tous ont convenu que M^{me} Virk l'avait bel et bien traversé. Le fait que M^{me} Bowles ait déclaré ou non l'avoir vue traverser le pont ne pouvait donc avoir aucun effet sur une question litigieuse. Le réinterrogatoire n'a rien apporté en ce qui concerne la véritable question qui se posait, soit celle de savoir si M^{me} Bowles avait vu *M^{me} Ellard* traverser le pont avec M. Glowatski à la suite de M^{me} Virk. C'est là le point sur lequel M^{me} Bowles a subi un contre-interrogatoire approfondi qui a porté un dur coup à la fiabilité de son témoignage.

[36] Les incohérences dans l'ensemble du témoignage de M^{me} Bowles ont été mises en relief tout au long du procès. Après avoir passé en revue le témoignage de M^{me} Bowles, le juge du procès a conclu en résumant ainsi ces divergences :

[TRADUCTION] Encore une fois, elle a reconnu avoir dit aux policiers le 24 novembre que la dernière fois où elle a vu Reena Virk, celle-ci était assise dans la boue, ne pas avoir dit aux policiers que Kelly Ellard et Warren Glowatski l'avaient suivie de l'autre côté du pont, ne pas avoir dit aux policiers que Warren Glowatski a lavé ses vêtements le lendemain, à Syreeta Hartley's. Elle ne savait pas pourquoi elle n'a pas parlé de ces éléments aux policiers. Elle a nié la possibilité que ce soit parce qu'elle ne les avait pas vus et qu'elle les avait imaginés avec le temps à partir de tout ce qu'elle avait entendu.

En réinterrogatoire, on lui a demandé si elle avait témoigné lors du procès des « Shoreline Six » et dans d'autres instances concernant Kelly Ellard. Elle a répondu oui et affirmé avoir témoigné, chaque fois, qu'elle a vu Reena Virk traverser le pont ce soir-là. [Je souligne.]

[37] In closing submissions, defence counsel also emphasized the inconsistencies in Ms. Bowles' evidence, stating "I wouldn't call her a liar, but can you have any trust in what she remembers anymore?", and drew renewed attention to the discrepancy between her report to the police and her testimony at trial.

[38] In summarizing the theory of the defence, the trial judge also reminded the jury of the problems with Ms. Bowles' reliability as follows:

The defence questions the reliability of witnesses who gave one version of events in their original statements and another version later. In particular, the evidence given by Chelsea Green seven-and-a-half years after the fact, and Melissa [sic] Bowles about seeing Kelly Ellard on the bridge was very different from what they originally told the police. [Emphasis added.]

[39] The jury would therefore necessarily have known and appreciated that nothing in the re-examination in any way repaired the inconsistencies in Ms. Bowles' evidence as a whole. It may have been, as Chiasson J.A. suggested, that the Crown intended to bolster Ms. Bowles' reliability generally through the re-examination, but that was not its result. The central inconsistencies between Ms. Bowles' statements to the police and those she made at this trial, as well as her inconsistencies between trials, were not addressed in the re-examination in any way. Consequently, because her prior consistent statements were unresponsive to the defence's contention that she had reconstructed her memory over time, the re-examination did nothing to ameliorate Ms. Bowles' reliability. The jury, because it would have been well aware of the inconsistencies in Ms. Bowles' evidence, would also necessarily have understood that nothing in the brief re-examination explained, corrected, or even addressed them.

[40] For these reasons, the error in admitting the statements is amenable to an application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The proviso can generally be used either where the error is harmless, or,

[37] Dans sa plaidoirie finale, l'avocat de la défense a aussi mis en relief les divergences dans le témoignage de M^{me} Bowles : [TRADUCTION] « Je ne la traiterais pas de menteuse, mais pouvez-vous encore croire à ce dont elle se souvient? » Puis, il a attiré l'attention sur les contradictions entre ce qu'elle avait déclaré aux policiers et son témoignage au procès.

[38] Lorsqu'il a résumé la thèse de la défense, le juge du procès a aussi rappelé au jury les problèmes de fiabilité liés au témoignage de M^{me} Bowles :

[TRADUCTION] La défense met en doute la fiabilité des témoins qui ont donné une version des faits dans leurs déclarations initiales et une version différente plus tard. En particulier, le témoignage offert par Chelsea Green sept ans et demi après les événements et celui de Melissa [sic] Bowles quant à savoir si elles ont vu Kelly Ellard sur le pont étaient très différents de ce qu'elles avaient dit aux policiers à l'origine. [Je souligne.]

[39] Par conséquent, le jury devait nécessairement savoir et comprendre que le réinterrogatoire ne résolvait en rien les contradictions dans l'ensemble du témoignage de M^{me} Bowles. Il se peut, comme l'a laissé entendre le juge Chiasson de la Cour d'appel, que le ministère public ait voulu rehausser la fiabilité générale de M^{me} Bowles en la réinterrogeant, mais ce n'est pas ce qu'il a réussi à faire. Le réinterrogatoire n'a d'aucune façon abordé les principales contradictions entre les déclarations de M^{me} Bowles aux policiers et son témoignage au procès, ni les divergences entre ses dépositions aux différents procès. Ses déclarations antérieures compatibles ne répondant pas à la prétention de la défense qu'elle avait reconstitué ses souvenirs avec le temps, le réinterrogatoire n'a augmenté en rien la fiabilité de M^{me} Bowles. Le jury, qui était bien au fait des divergences dans le témoignage de M^{me} Bowles, a nécessairement compris aussi que le bref réinterrogatoire ne les a ni expliquées, ni corrigées, ni même abordées.

[40] Pour ces motifs, l'erreur que le juge du procès a commise en admettant les déclarations peut donner lieu à une application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Cette disposition peut

if serious, is counterbalanced by evidence so overwhelming against the accused that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted. Since I see the trial judge's error in permitting the re-examination as a harmless one, I would therefore apply the proviso. (See *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26, and *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at paras. 80-81.)

[41] This leaves us with whether a limiting instruction was necessary to explain the use the jury could make of the evidence elicited on re-examination. Lamer C.J. in *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 2 and 62, confirmed that in reviewing jury charges, “[t]he purpose . . . is to ensure that juries are properly — not perfectly — instructed.”

[42] As previously noted, because there is a danger that the repetition of prior consistent statements may bolster a witness's reliability, a limiting instruction will almost always be required where such statements are admitted. The purpose of such an instruction is to tell the jury that consistency is not the same as accuracy, and that the statements can only be used to rebut the allegation of recent fabrication, not to support the fact at issue or the general reliability of the witness. (See *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, *per* McLachlin J.; *R. v. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1 (C.A.), at pp. 20-21; *R. v. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390 (Ont. C.A.), at para. 31; *R. v. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528 (Ont. C.A.), at p. 533; and *R. v. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311 (Ont. C.A.), at p. 330.)

[43] Delineated exceptions to the generally stringent rule have emerged, some of which were canvassed in *R. v. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26 (Ont. C.A.), at para. 22. These include situations where the defence itself relies on the prior statement, *R. v. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120 (Ont. C.A.), at paras. 62-63; where the prior statement was not offered as proof of the underlying fact, *R. v. G.M.*, [2000] O.J. No. 5007 (QL) (C.A.);

généralement s'appliquer soit lorsque l'erreur est inoffensive soit, si l'erreur est grave, lorsqu'elle est contrebalancée par une preuve si accablante contre l'accusé qu'on peut conclure qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit. Comme l'erreur qu'a commise le juge du procès en permettant le réinterrogatoire était selon moi inoffensive, je suis d'avis d'appliquer la disposition réparatrice. (Voir *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26, et *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 80-81.)

[41] Il reste donc à déterminer si une directive limitative était nécessaire pour expliquer au jury l'utilisation qu'il pouvait faire du témoignage obtenu en réinterrogatoire. Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 2 et 62, le juge en chef Lamer a confirmé que l'examen des exposés au jury « a pour but d'assurer que les jurys reçoivent des directives appropriées et non pas des directives parfaites ».

[42] Comme je l'ai mentionné précédemment, la répétition de déclarations antérieures compatibles risquant de renforcer la fiabilité d'un témoin, une directive limitative sera presque toujours requise lorsque de telles déclarations sont admises. Cette directive vise à souligner au jury la différence entre la cohérence et l'exactitude, et à lui faire comprendre que ces déclarations ne peuvent servir qu'à réfuter l'allégation de fabrication récente et non à étayer le fait en cause ou la fiabilité générale du témoin. (Voir *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, la juge McLachlin; *R. c. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 20-21; *R. c. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390 (C.A. Ont.), par. 31; *R. c. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528 (C.A. Ont.), p. 533; et *R. c. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311 (C.A. Ont.), p. 330.)

[43] Des exceptions bien définies à cette règle générale rigoureuse ont vu le jour. Certaines de ces exceptions ont été examinées dans *R. c. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26 (C.A. Ont.), par. 22. Parmi les situations visées, citons celles où la défense elle-même s'appuie sur la déclaration antérieure, *R. c. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120 (C.A. Ont.), par. 62-63; où la déclaration antérieure n'a pas été offerte à titre de preuve du fait

or where the concern over self-corroboration and thereby bolstering the witness's reliability is not present, *R. v. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178. (See also David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 501.)

[44] As indicated earlier in these reasons, I accept that the prior consistent statements should not have been admitted. However, because the statements did not address the defence theory that Ms. Bowles' memory had been reconstructed from rumour and speculation, their admission was harmless. For similar reasons, I am not persuaded that the absence of a limiting instruction in this case amounted to legal error. The evidence elicited on re-examination added nothing to what the jury already had before it. By the end of the cross-examination, the jury already knew that Ms. Bowles' evidence at a previous trial included the fact that she had seen Ms. Virk cross the bridge. The re-examination contained no new information of any kind, let alone any evidence that could have undermined the defence's position or bolstered the reliability of Ms. Bowles' testimony generally.

[45] The defence also suggested that a question from the jury during its deliberations showed that it considered Ms. Bowles' evidence to be significant. This may well be true, but it is of no assistance on the question before us in this appeal. The question was: "We would also like to hear Marissa Bowles all testimony [*sic*] relating to seeing Reena [Virk] coming up the stairs and seeing Warren [Glowatski] & Kelly [Ellard] cross the bridge." The relevant testimony was played for the jury in full, and it heard all of Ms. Bowles' evidence about seeing Ms. Virk, Ms. Ellard and Mr. Glowatski during the night in question, including defence counsel's cross-examination.

[46] It is difficult to see the relationship between this question and how the jury was likely to interpret the anodyne evidence elicited on re-examination.

sous-jacent, *R. c. G.M.*, [2000] O.J. No. 5007 (QL) (C.A.); et où il n'y a pas de risque d'autocorroboracion et, partant, de renforcement de la fiabilité du témoin, *R. c. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178. (Voir aussi David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 501.)

[44] Comme je l'ai mentionné plus tôt, je reconnais que les déclarations antérieures compatibles n'auraient pas dû être admises. Toutefois, comme ces déclarations ne répondent pas à la thèse de la défense selon laquelle M^{me} Bowles a reconstitué ses souvenirs à partir des rumeurs et des suppositions, leur admission ne portait pas à conséquence. Pour les mêmes raisons, je ne suis pas convaincue que l'absence de directive limitative en l'espèce constitue une erreur de droit. La preuve obtenue lors du réinterrogatoire n'a rien ajouté aux éléments dont le jury disposait déjà. À la fin du contre-interrogatoire, le jury savait que M^{me} Bowles avait déjà témoigné, lors d'un procès, avoir vu M^{me} Virk traverser le pont. Le réinterrogatoire n'a absolument rien révélé de nouveau, et encore moins quoi que ce soit qui aurait pu affaiblir la position de la défense ou renforcer la fiabilité du témoignage de M^{me} Bowles en général.

[45] La défense a aussi fait valoir qu'une demande faite par le jury pendant ses délibérations démontre qu'il attachait de l'importance au témoignage de M^{me} Bowles. C'est peut-être le cas, mais cela n'est d'aucune utilité pour ce qui est de la véritable question en litige. La demande était formulée ainsi : [TRADUCTION] « Nous aimerions également entendre tout le témoignage de Marissa Bowles concernant la question de savoir si elle a vu Reena [Virk] monter l'escalier et Warren [Glowatski] et Kelly [Ellard] traverser le pont. » On a fait écouter le témoignage pertinent dans son intégralité aux jurés. Ils ont entendu la totalité du témoignage de M^{me} Bowles sur ce qu'elle a vu M^{me} Virk, M^{me} Ellard et M. Glowatski faire cette nuit-là, y compris son contre-interrogatoire par l'avocat de la défense.

[46] On voit difficilement le lien entre cette demande et la façon dont le jury était susceptible d'interpréter la preuve anodyne obtenue lors du

There is no doubt that jury questions can be revealing, but I do not see this particular request as taking the analysis in any particular direction. And I certainly do not see it as indicating that the jury considered Ms. Bowles' evidence to be more reliable as a whole because she had testified in a consistent manner about the undisputed fact that Ms. Virk crossed the bridge. There is in any event the possibility that had an instruction about the use the jury could make of the erroneously admitted statements been given, it would only have served to emphasize them.

[47] It is notable too that Ms. Ellard's counsel failed to ask for a limiting instruction, either at the time of the charge or when the jury asked to re-hear Ms. Bowles' evidence. Such a failure is, of course, not determinative, and the responsibility for the jury charge ultimately falls on the trial judge. Nevertheless, experienced defence counsel, clearly committed to their clients' best interests, heard all of the evidence and arguments, yet saw no need for an instruction. Their failure to seek one in this case is an accurate reflection of the insignificance of the substance and impact of the evidence elicited on re-examination. (See *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at pp. 142-43, and *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 80.)

[48] In the unusual circumstances of this case therefore, where the prior consistent statements were of virtually no assistance to the Crown nor of any harm to the defence, there was no real risk that the jury would use these statements to draw any impermissible inference. No limiting instruction was therefore required to explain to the jury that they should ignore the impact-free repetition they heard in re-examination.

[49] I would therefore allow the appeal and restore Ms. Ellard's conviction.

réinterrogatoire. Les demandes du jury peuvent certes être révélatrices mais, selon moi, la demande particulière dont il est question ici n'oriente pas l'analyse dans un sens ou dans l'autre. Et je ne la perçois assurément pas comme une indication que le jury a attribué une plus grande fiabilité aux dires de M^{me} Bowles dans leur ensemble parce que son témoignage est demeuré constant en ce qui a trait au fait, non contesté, que M^{me} Virk a traversé le pont. Quoi qu'il en soit, si le jury avait reçu une directive au sujet de l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations antérieures compatibles admises à tort, il aurait été possible que cette directive ne serve qu'à les mettre en relief.

[47] Il importe de noter que les avocats de M^{me} Ellard n'ont jamais demandé une directive limitative, que ce soit au moment de l'exposé au jury ou lorsque le jury a demandé à entendre de nouveau le témoignage de M^{me} Bowles. Pareille omission n'est certes pas déterminante, et c'est le juge du procès qui est responsable en définitive de l'exposé au jury. Néanmoins, des avocats d'expérience, manifestement soucieux de servir au mieux l'intérêt de leur cliente, ont entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries et n'ont pas jugé pareille directive nécessaire. Le fait qu'ils n'aient pas exigé de directive dénote bien l'importance négligeable de la teneur et de l'effet de la preuve obtenue lors du réinterrogatoire. (Voir *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 142-143; et *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 80.)

[48] Dans la situation particulière dont nous sommes saisis, où les déclarations antérieures compatibles n'ont guère été utiles au ministère public et n'ont aucunement nui à la défense, le jury ne risquait pas réellement d'utiliser ces déclarations pour en tirer une inférence inacceptable. Il n'était donc pas nécessaire de donner une directive limitative au jury pour lui expliquer qu'il ne devait pas tenir compte de la répétition, sans conséquence, qui lui avait été présentée lors du réinterrogatoire.

[49] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de M^{me} Ellard.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

FISH J. (dissenting) —

LE JUGE FISH (dissident) —

I

I

[50] With respect for those who see the matter differently, I would dismiss the appeal and affirm the decision of the Court of Appeal ordering a new trial (2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59). My conclusion rests essentially on the reasons given by Frankel J.A., speaking for the majority in the Court of Appeal, but I do wish to add brief reasons of my own.

[50] Avec égards pour ceux qui ne voient pas l'affaire du même œil, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner un nouveau procès (2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59). Ma conclusion repose essentiellement sur les motifs majoritaires de la Cour d'appel exprimés par le juge Frankel, auxquels je tiens toutefois à ajouter de brèves remarques.

II

II

[51] In its re-examination of Marissa Bowles, the Crown adduced evidence of her prior consistent statements. That was the entire scope of the re-examination. Ms. Bowles was an important Crown witness. There is no dispute that the prior consistent statements should not have been admitted.

[51] Lors du réinterrogatoire de Marissa Bowles, le ministère public a produit les déclarations antérieures compatibles de ce témoin. Le réinterrogatoire a porté exclusivement sur ces déclarations. Madame Bowles était un témoin important de la poursuite. Il n'est pas contesté que ses déclarations antérieures compatibles n'auraient pas dû être admises en preuve.

[52] The outcome of this appeal therefore depends on whether “there is any reasonable possibility that the verdict would have been different” had the trial judge not erred in admitting the impugned evidence: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617. The burden in this regard is, of course, on the Crown. And it is a heavy burden indeed. In my view, that burden has not been discharged in this case.

[52] L'issue du pourvoi tient donc à la question de savoir « s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent » si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur d'admettre la preuve contestée : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617. Le fardeau à cet égard incombe bien sûr au ministère public. Et il s'agit vraiment d'un fardeau très lourd. Selon moi, il ne s'en est pas acquitté en l'es-pèce.

III

III

[53] The improperly admitted evidence was elicited by the Crown immediately after a withering cross-examination by defence counsel. Its sole purpose was to “rehabilitate” the witness — that is, to enhance Ms. Bowles' credibility. Indeed, at the hearing in this Court, Crown counsel was unable to provide *any alternative explanation at all* for the re-examination. And if that was the Crown's purpose, nothing permits us to assume that it could not possibly have had that effect.

[53] La preuve admise à tort a été obtenue par le ministère public immédiatement après un contre-interrogatoire incisif par l'avocat de la défense. Cette preuve visait uniquement à « réhabiliter » le témoin — c'est-à-dire à rehausser la crédibilité de M^{me} Bowles. En fait, lors de l'audition du pourvoi, l'avocat du ministère public n'a été en mesure d'offrir *absolument aucune autre explication* au réinterrogatoire. Or, s'il visait effectivement cet objectif, rien ne permet de supposer qu'il est impossible qu'il l'ait atteint.

[54] On the contrary, I find it plausible to assume that the jury, untrained and inexperienced in these matters, would have attached to the re-examination of Ms. Bowles the significance that trained counsel expected that impermissibly adduced evidence to have. More specifically, it is entirely possible, if not probable, that the jury would have seen the substance of the re-examination as clearly relevant to a crucial factual issue: whether it was Ms. Ellard who accompanied Mr. Glowatski in following Ms. Virk across the Craigflower bridge, shortly before she was killed.

[55] If the jury lent credence to the improperly admitted evidence of Ms. Bowles that she had seen Ms. Virk cross the bridge, then the jury would have been obliged to reject the critical proposition advanced by the defence: that Ms. Bowles had in fact seen *nobody* cross the bridge, as her original statements to the police suggested.

[56] We cannot safely conclude that a re-examination tending impermissibly to bolster Ms. Bowles' credibility generally, and to confirm in particular that she saw Ms. Virk cross the bridge, could not reasonably have led the jury to attach more weight to Ms. Bowles' evidence that she saw Ms. Ellard cross the same bridge only a short time later.

[57] My conclusion that there existed a reasonable possibility that the impermissibly admitted evidence could have affected the verdict is confirmed by a request for help sent by the jury to the judge during its deliberations. Of the two questions asked by the jury, one warrants special concern:

We would also like to hear Marissa Bowles all testimony [*sic*] relating to seeing [Ms. Virk] coming up the stairs and seeing [Mr. Glowatski and Ms. Ellard] cross the bridge.

[58] It is plain from this note that the jury consciously linked Ms. Bowles' testimony that she saw Ms. Virk come up the stairs and cross the bridge — the subject of the impermissible re-examination — to her testimony that she saw Mr. Glowatski and Ms. Ellard subsequently cross the bridge.

[54] Au contraire, il me semble plausible que le jury, dépourvu de formation et d'expérience en la matière, ait pu interpréter le réinterrogatoire reçu irrégulièrement comme s'y attendait l'avocate de la poursuite. J'estime plus précisément tout à fait possible, sinon probable, que le jury ait considéré la teneur du réinterrogatoire comme nettement pertinente pour l'appréciation d'une question de fait cruciale : est-ce bien M^{me} Ellard qui a accompagné M. Glowatski lorsque celui-ci a suivi M^{me} Virk de l'autre côté du pont Craigflower peu avant qu'elle soit tuée?

[55] S'il a ajouté foi au témoignage admis à tort dans lequel M^{me} Bowles a affirmé avoir vu M^{me} Virk traverser le pont, le jury était obligé de rejeter la proposition fondamentale de la défense voulant que M^{me} Bowles n'ait en fait vu *personne* traverser le pont, comme le laissaient croire ses déclarations initiales aux policiers.

[56] Nous ne pouvons conclure sans risque qu'un réinterrogatoire visant irrégulièrement à rehausser la crédibilité de M^{me} Bowles en général, et à confirmer plus particulièrement qu'elle avait vu M^{me} Virk traverser le pont, n'était pas raisonnablement susceptible d'inciter le jury à accorder plus de poids au témoignage dans lequel M^{me} Bowles a affirmé avoir vu M^{me} Ellard traverser le même pont très peu de temps après.

[57] Le fait que le jury ait demandé l'aide du juge pendant ses délibérations me conforte dans ma conclusion qu'il existe une possibilité raisonnable que la preuve admise à tort ait pu influencer le verdict. L'une des deux demandes formulées par le jury mérite une attention spéciale :

[TRADUCTION] Nous aimerions également entendre tout le témoignage de Marissa Bowles concernant la question de savoir si elle a vu [M^{me} Virk] monter l'escalier et [M. Glowatski et M^{me} Ellard] traverser le pont.

[58] Il ressort clairement de cette note que le jury voyait consciemment un lien entre, d'une part, le témoignage de M^{me} Bowles selon lequel elle avait vu M^{me} Virk monter l'escalier et traverser le pont — l'objet du réinterrogatoire inacceptable — et, d'autre part, son témoignage selon lequel elle avait vu M. Glowatski et M^{me} Ellard traverser le pont après elle.

[59] Finally, a brief word regarding Justice Abella's conclusion that there was in this case no need to give a limiting instruction since there was "no real risk that the jury would use these statements to draw any impermissible inference" (para. 48). On the contrary, as I have already explained, there is ample room for serious concern that the improperly admitted evidence had the effect of impermissibly bolstering the reliability of portions of Ms. Bowles' testimony that clearly incriminated Ms. Ellard.

[60] In any event, on my view of the matter, the question whether a limiting instruction was required is entirely moot. Since the erroneous admission of the evidence is alone sufficient to require a new trial, there is no real need to consider whether a limiting instruction that was never given might have been sufficient, depending on its terms, to dissipate the concerns arising from the improper admission of Ms. Bowles' prior consistent statements.

IV

[61] In the result, as mentioned at the outset, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial.

Appeal allowed, FISH J. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.

[59] Je dirai enfin quelques mots sur la conclusion de la juge Abella qu'il n'était pas nécessaire en l'espèce de donner une directive limitative au jury, puisqu'il « ne risquait pas réellement d'utiliser ces déclarations pour en tirer une inférence inacceptable » (par. 48). Au contraire, comme je l'ai déjà expliqué, il y a amplement lieu de craindre sérieusement que la preuve admise à tort ait effectivement rehaussé irrégulièrement la fiabilité d'éléments du témoignage de M^{me} Bowles qui incriminent clairement M^{me} Ellard.

[60] Quoi qu'il en soit, à mon avis, la question de savoir si une directive limitative était requise est entièrement théorique. Comme l'admission irrégulière de la preuve suffisait en soi pour exiger la tenue d'un nouveau procès, il n'est pas vraiment nécessaire de se demander si une directive limitative qui n'a jamais été donnée aurait pu suffire, selon sa formulation, pour dissiper les craintes soulevées par l'admission irrégulière des déclarations antérieures compatibles de M^{me} Bowles.

IV

[61] Par conséquent, comme je l'ai mentionné dès le début, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer le jugement de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.

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

Procureurs de l'intimée : Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.