

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

95-19-CA

MARK GORDON RICHARDSON

MARK GORDON RICHARDSON

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Richardson v. R., 2020 NBCA 35

Richardson c. R., 2020 NBCA 35

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 10, 2019 (conviction)
August 27, 2019 (sentencing)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 10 mai 2019 (déclaration de culpabilité)
le 27 août 2019 (détermination de la peine)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
March 12, 2020

Appel entendu :
le 12 mars 2020

Judgment rendered:
May 28, 2020

Jugement rendu :
le 28 mai 2020

Reasons for judgment:
The Honourable Justice LaVigne

Motifs de jugement :
l'honorable juge LaVigne

Concurred in by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Hazen L. Brien

Pour l'appelant :
Hazen L. Brien

For the respondent:
Kathryn Gregory, Q.C.

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

LAVIGNE, J.A.

I. Introduction and Overview

[1] At the time of the offences, in 2003 and 2004, the complainant was a young boy aged 11 or 12 and the appellant was a man of 26 or 27 years of age, who was the youth pastor at the church where the complainant and his family attended. After a trial, in which both the appellant and the complainant testified, a Provincial Court judge concluded the appellant, while in a position of authority towards the complainant, touched the complainant’s penis for a sexual purpose on two occasions. She convicted him of sexual interference (s. 151(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) and sexual exploitation (s. 153(1)(a)) and sentenced him to a period of incarceration of 12 months on each count to be served concurrently, to be followed by one year of probation, and to other ancillary orders. The appellant appeals the convictions, asking they be set aside, and a new trial ordered.

[2] This appeal engages the electronic evidence regime contained in ss. 31.1 through 31.8 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“CEA”), a matter of first impression for this Court.

[3] The trial judge admitted into evidence electronic communications — a series of MSN text messages — exchanged between the appellant and a third party, Bradley Jamieson, which contained references to “AB,” a teenager with whom the appellant was in love. The complainant’s given name is also “AB.” The admission into evidence of these MSN messages is the sole contention in this appeal. Although the appellant had raised two grounds of appeal in his Notice of Appeal, one was abandoned, and he proceeded only with the other, which he formulated as follows: “the learned trial judge erred in law in admitting into evidence computer generated text message exchanges purported to be between Bradley Jamieson and the Appellant, Mark Gordon Richardson,

without having satisfied the evidentiary admissibility requirements of prior proof of authentication and integrity as set out in Sections 31.1 to 31.5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, Chap. C-5.” The appellant submits a miscarriage of justice has occurred because the outcome of the trial would have been different if this evidence had not been admitted.

[4] A question of law is to be reviewed on the standard of correctness. If this Court found the trial judge erred in admitting the electronic documents, the appeal would be allowed unless, on a consideration of the admissible evidence, the Court was able to conclude a conviction was inevitable.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. I find the trial judge did not err in admitting the electronic documents. Furthermore, had I found the documents should not have been admitted, I would have invoked the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* and dismissed the appeal as there is no reasonable possibility the verdict would have been different had the error not been made. I am satisfied the other evidence adduced at trial overwhelmingly supported the convictions.

II. Factual Background

[6] The complainant was 27 years of age at the time of the trial. He testified he was “molested by [the appellant]” when he was 11 or 12 years of age, while in grade five or six. At the time, he was a religious young boy who participated in various youth events sponsored by the church, organized and directed by the appellant, including Bible studies which were held, at times, in the appellant’s apartment. The complainant described an unnaturally close and inappropriate relationship which developed between the appellant and himself.

[7] On three occasions, the complainant’s parents permitted him to stay at the appellant’s apartment overnight. He gave details about what happened during these sleepovers. He testified that on two occasions, the appellant got into bed with him, and

while spooning him, reached down and stroked his penis over his underwear, for a period of 20 to 25 minutes.

[8] The Crown sought to proffer in evidence a series of electronic communications between the appellant and Mr. Jamieson which occurred in the summer of 2004. Mr. Jamieson stored the record of the conversations in a file on his computer in 2004, which was e-mailed by Jennifer Jukes from Mr. Jamieson's e-mail account to herself in 2004. Then in 2005, Ms. Jukes forwarded the e-mail containing the file to Cathy Parks's e-mail account. In 2016 or 2017, at the request of Constable Dewey Gillespie, the investigating officer, Ms. Parks printed the documents, made certain markings on them and delivered them to him.

[9] The Crown intended to use the MSN messages for the truth of their contents as corroborative or confirmatory evidence of an inappropriate relationship between the appellant and the complainant. At this point, the appellant had not testified nor admitted he was one of the two participants in the back-and-forth conversations. He challenged the admissibility of the electronic documents, alleging they failed to comply with both the authenticity and best evidence (integrity) requirements of ss. 31.1, 31.2 and 31.3 of the *CEA* as well as the relevancy requirement under the common law rules.

[10] A *voir dire* was held. First, the trial judge determined the documents had met the *CEA* electronic evidence requirements. She then went on to consider their relevance. The MSN messages contained references to "AB," a teenager with whom the appellant was in love. The judge ruled the electronic documents to be relevant and therefore admissible, with the caveat that weight would be determined at the end of the trial. Hard copies of the electronic communications became Exhibits C-3 and C-4.

[11] The complainant's evidence with respect to his close relationship with the appellant was corroborated by his parents as well as the appellant himself.

[12] The parents testified their son regularly attended Bible studies at the appellant's apartment and, on two or three occasions, following Bible studies, he stayed overnight. They described the relationship between their family and the appellant, as well as the relationship the appellant had with their young son. They became suspicious of the nature of this relationship as it appeared to them their son was receiving special treatment from the appellant. However, since the appellant was their pastor and they had great respect for pastors, they did not voice their concerns.

[13] In the spring of 2004, the complainant's mother found on his bed, a two-page handwritten letter dated December 2, 2003, which started with "Heya AB" and ended with "I love you! Mark." The letter was suggestive of an inappropriate relationship between an adult and a child. She believed "Mark" to be the appellant. After reading the letter, the content of which alarmed her, she discussed it with the complainant and asked him if the appellant had done anything inappropriate to him; he said no.

[14] The complainant believed he received the letter after the sexual incidents had occurred but testified he did not want to tell his parents because he felt disclosing what had occurred would mean betraying his friend and mentor, and getting him into trouble.

[15] After finding the letter, the parents distanced themselves from the church and tried to limit contact between the appellant and their son. The appellant was dismissed as a youth pastor in 2005 and left the region shortly thereafter. In the summer of 2016, the complainant told his father that, when he was a minor, he had been sexually assaulted by the appellant. Criminal charges were laid in 2017.

[16] The appellant testified he was the youth pastor for the church from June 2002 to September 2005. Included in his tasks was the organization and implementation of a program called Bible studies for middle school students, in grades 6 to 8. He acknowledged two sessions had been held during the evening at his apartment, but stated that, although the complainant attended both sessions, he did not stay overnight

afterwards. He testified the complainant did spend the night at his residence on one other occasion; however, the complainant slept in the living room on the couch while he slept in his own bed. He admitted he had written the letter dated December 2, 2003, but explained it was now being misinterpreted. He denied all allegations of sexual misconduct.

[17] The appellant did not testify during the *voir dire*. However, at trial he was questioned concerning the MSN text messages. He acknowledged having had online conversations through MSN with someone called “Brad,” who he believed lived in the area. He did not deny he was the person participating in the instant conversations displayed in C-3 and C-4. He explained the meaning of some of the messages found in the exhibits. He stated he was a gay man and explained the “AB” he was referring to in the messages was not the complainant, but a nineteen-year-old teenager with whom he was in love, whose name was actually “Mark.” The appellant had randomly decided to call him “AB,” as he did not wish to identify him when conversing via computer. He said the MSN conversations were not about the complainant.

[18] The trial judge analyzed the evidence under the framework delineated in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL). She did not believe the appellant’s denials and believed the complainant’s evidence concerning the sexual assaults. She did not accept the appellant’s explanation concerning the contents of the letter. She concluded the appellant was the person chatting with Mr. Jamieson using MSN messenger, and the person he referred to as “AB” in the messages was the complainant. The trial judge reviewed the evidence in its entirety, found the Crown had proven its case beyond a reasonable doubt and convicted the appellant on both counts.

III. Analysis of Sole Ground of Appeal: Did C-3 and C-4 Satisfy “The Evidentiary Admissibility Requirements of Prior Proof of Authentication and Integrity as Set Out in Sections 31.1 to 31.5 of the *Canada Evidence Act*?”

[19] The use of information technology in modern society is omnipresent; it has come to define much of what we do and how we do it. Information gathered by electronic equipment is regularly relied on by the average citizen and the courts. Electronic documents — e-mails, text messages, tweets, Google Maps, Google Earth images, 9-1-1 calls, recorded phone messages, digitized photographs — are routinely admitted into evidence. This appeal deals more specifically with electronic communications through text messaging which are now a daily and mundane form of contact between people.

A. *Canada Evidence Act*

[20] Most jurisdictions have enacted specific legislation to facilitate the admission of electronic documents while screening for threshold authenticity and integrity of the stored information. “As a general rule, the party presenting an electronic document is required to furnish an evidentiary foundation capable of supporting a finding that the electronic document is that which it is purported to be, coupled with compliance with the ‘best evidence’ [rule]:” David M. Paciocco, “Proof and Progress: Coping with the Law of Evidence in a Technological Age” (2013) 11 CJLT 181, at p. 226 (“Proof and Progress”).

1. Section 31.8: Definitions

[21] The applicable statutory provisions for present purposes are ss. 31.1 to 31.8 of the *CEA*. They apply solely to electronic documents and create a framework for the admission of all forms of “electronic document,” which is broadly defined in s. 31.8 together with several related terms:

computer system means a device that, or a group of interconnected or related devices one or more of which,

- (a) contains computer programs or other data; and
- (b) pursuant to computer programs, performs logic and control, and may perform any other function.

data means representations of information or of concepts, in any form.

electronic document means data that is recorded or stored on any medium in or by a computer system or other similar device and that can be read or perceived by a person or a computer system or other similar device. It includes a display, printout or other output of that data.

electronic documents system includes a computer system or other similar device by or in which data is recorded or stored and any procedures related to the recording or storage of electronic documents.

document électronique Ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données.

données Toute forme de représentation d'informations ou de notions.

système d'archivage électronique Sont assimilés au système d'archivage électronique le système informatique et tout dispositif semblable qui enregistre ou met en mémoire des données ainsi que les procédés relatifs à l'enregistrement ou à la mise en mémoire de documents électroniques.

système informatique Dispositif ou ensemble de dispositifs connectés ou reliés les uns aux autres, dont l'un ou plusieurs :

- a) contiennent des programmes d'ordinateur ou d'autres données;
- b) conformément à des programmes d'ordinateur, exécutent des fonctions logiques et de commande et peuvent exécuter toute autre fonction.

[22] Facebook posts and messages, e-mails and other forms of electronic communication fall within the definition of an “electronic document.” Home computers, smartphones and other computing devices fall within the definition of a “computer system”: *R. v. Ball*, 2019 BCCA 32, [2019] B.C.J. No. 95 (QL), at para. 67. Likewise, MSN messages recorded or stored on a computer are “data” which falls within the definition of an “electronic document,” as well as any “display, printout or other output of that data.”

2. Sections 31.1, 31.2 and 31.3: Authentication, best evidence rule and presumption of integrity

[23] Sections 31.1, 31.2, and 31.3 of the *CEA* prescribe the way electronic documents can meet the authenticity and best evidence rules. A party who wishes to introduce electronic documents into evidence has the burden of proving, on a balance of probabilities, they satisfy these requirements. These sections set out a test for determining the authenticity of electronic documents and a number of presumptions which aid in meeting the best evidence rule. For ease of reference, I reproduce the sections relevant to this appeal:

Authentication of electronic documents

31.1 Any person seeking to admit an electronic document as evidence has the burden of proving its authenticity by evidence capable of supporting a finding that the electronic document is that which it is purported to be.

Application of best evidence rule — electronic documents

31.2 (1) The best evidence rule in respect of an electronic document is satisfied

(a) on proof of the integrity of the electronic documents system by or in which the electronic document was recorded or stored; or

[...]

Presumption of integrity

31.3 For the purposes of subsection 31.2(1), in the absence of evidence to the contrary, the integrity of an electronic documents system by or in which an

Authentification de documents électroniques

31.1 Il incombe à la personne qui cherche à faire admettre en preuve un document électronique d'établir son authenticité au moyen d'éléments de preuve permettant de conclure que le document est bien ce qu'il paraît être.

Règle de la meilleure preuve — documents électroniques

31.2 (1) Tout document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve dans les cas suivants :

a) la fiabilité du système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel le document est enregistré ou mis en mémoire est démontrée;

[...]

Présomption de fiabilité

31.3 Pour l'application du paragraphe 31.2(1), le système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel un document électronique est

electronic document is recorded or stored is proven

enregistré ou mis en mémoire est réputé fiable, sauf preuve contraire, si, selon le cas :

(a) by evidence capable of supporting a finding that at all material times the computer system or other similar device used by the electronic documents system was operating properly or, if it was not, the fact of its not operating properly did not affect the integrity of the electronic document and there are no other reasonable grounds to doubt the integrity of the electronic documents system;

a) la preuve permet de conclure qu'à l'époque en cause, le système informatique ou autre dispositif semblable fonctionnait bien, ou, dans le cas contraire, son mauvais fonctionnement n'a pas compromis l'intégrité des documents électroniques, et qu'il n'existe aucun autre motif raisonnable de mettre en doute la fiabilité du système d'archivage électronique ;

[...]

[...]

[24]

These provisions do not authorize the ultimate admission of electronic documentary evidence. As s. 31.7 stipulates, they “do not affect any rule of law relating to the admissibility of evidence, except the rules relating to authentication and best evidence.” The *CEA* provisions determine how threshold admissibility of electronic documents is determined, not ultimate admissibility. In addition to the threshold statutory requirements, electronic documents — like any other form of document — must satisfy common law rules to support the admission of their contents, such as being legally relevant and complying with rules applicable to hearsay evidence when documents are adduced for the truth of their contents. In *Ball*, Dickson J.A. explained it as follows:

[...] Although its requirements must always be met, standing alone they do not determine ultimate admissibility. Rather, the admissibility of an electronic document *also* depends on the purpose for which it is tendered and any related general rule of evidence. For example, in addition to meeting the statutory criteria, the content of an electronic document must be legally relevant and it must comply with general evidentiary rules such as those relating to hearsay, character and opinion evidence: *K.M.* at para. 23; *Soh* at paras. 41-52; “Proof and Progress” at 193. [para. 68]

[Emphasis in original.]

[25] Therefore, where a system records a person's statements and that information is being tendered to prove the truth of its contents, hearsay concerns are triggered. However, the "admission exception" permits electronic communications by accused persons to be admitted for hearsay purposes. In the present case, the appellant's statements in the MSN messages were adduced for the truth of their contents. No objection based on the hearsay rule was raised. The evidence was presumptively admissible for the truth of its contents as it fell under a recognized exception to the hearsay rule, i.e., it contained admissions by the appellant: see *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, [1993] S.C.J. No. 115 (QL).

B. *Governing principles*

1. Authenticity

[26] Several courts of appeal have reviewed the *CEA*'s electronic document provisions since their promulgation in the year 2000. Some very recent decisions include: *R. v. Durocher*, 2019 SKCA 97, [2019] S.J. No. 367 (QL); *R. v. S.H.*, 2019 ONCA 669, [2019] O.J. No. 4438 (QL), aff'd 2020 SCC 3, [2020] S.C.J. No. 3 (QL); *R. v. C.B.*, 2019 ONCA 380, [2019] O.J. No. 2425 (QL); and *Ball*. In *Durocher*, the trial judge was not alive to the specifics of the *CEA* and no *voir dire* was held. Nonetheless, the Facebook posts were admitted into evidence and this decision was affirmed by the Court of Appeal. The Court was satisfied the evidence adduced by the Crown was capable of authenticating the Facebook messages and meeting the best evidence rule, "bearing in mind the low bar attached to s. 31.1, the functional approach adopted by the courts with regard to its application, the presumption of integrity under the *CEA* and the fact the trial judge ultimately found Mr. Durocher was the author of the Facebook messages [...]" (para. 96).

[27] Madam Justice Lian M. Schwann, who penned the decision for the Court of Appeal, reviewed the jurisprudence and academic writings and provided an in-depth appellate-level discussion of the *CEA* sections dealing with the admissibility of electronic

documents. She explained the authentication requirement found in s. 31.1 of the *CEA* as follows:

Authentication requires the introduction of some evidence to establish that the document is what it purports to be: *C.B.* at para 66, *R v Hirsh*, 2017 SKCA 14 at paras 18 and 24, 353 CCC (3d) 230 [*Hirsch*], and *R v Donald* (1958), 121 CCC 304 (NBCA) at 306. Authentication “is not onerous and may be established by direct and circumstantial evidence” (*C.B.* at para 66).

The matter at hand concerns an electronic document and thus engages the *Canada Evidence Act*, RSC 1985, c C-5 [*CEA*], separate and apart from the common law rules: *R v J.V.*, 2015 ONCJ 837 at para 3 [*J.V.*], and *R v Soh*, 2014 NBQB 20 at paras 32–33, 416 NBR (2d) 328 [*Soh*]. The provisions of the *CEA* pertaining to electronic documents facilitate the admission of electronic documents while screening for threshold authenticity and integrity, which is a codification of the common law of evidence authentication (*Hirsch* at para 18, and *R v Ball*, 2019 BCCA 32 at para 70, 371 CCC (3d) 381 [*Ball*]).

[...]

Printouts or screen captures of Facebook messages have been found to be electronic documents within the meaning of the *CEA* and smart phones have been found to fall within the definition of computer system: *R v Donaldson*, [2016] OJ No 7153 (QL) at para 3 (Ct J) [*Donaldson*], *Ball* at para 67, *Soh* at para 21, *Hirsh* at para 24, and *C.B.* at para 57.

[...]

The burden of proof to establish threshold authenticity for purposes of s. 31.1 is low and, once satisfied, the document is admissible and available for use by the trier of fact (*C.B.* at paras 67 and 68, *Hirsch* at para 18, *Donaldson* at para 17, and *Ball* at para 70). To meet this threshold, the proponent need only provide sufficient evidence of authenticity from which the trial judge could reasonably find the document to be what it purports to be. Once this threshold is met, the evidence is admissible, and it becomes available to the trier of fact.

[...]

That said, authentication does not necessarily mean the document is genuine: “That is a question of weight for the fact-finder which often turns on determinations of credibility” (citations omitted, *Ball* at para 70). Evidence can be *authenticated* even where there is a contest over whether it is what it purports to be. [...]

[paras. 76-77, 80, 82 and 84]

[Emphasis in original.]

2. Best evidence rule

[28] The *CEA* dispenses with the common law requirement of an original record. The statutory “best evidence rule” applicable to electronic documents augments the authentication process. It is not concerned with requiring original documents to be proven; rather, its objective is to assist with the verification of the integrity of an electronic document, namely to ensure its contents accurately reflect the information originally input into the computer system. The focus is on the system’s integrity, not that of the document. The integrity of an electronic document is proven by establishing the integrity or reliability of the electronic documents system in which it is recorded or stored. There exists a presumption of integrity if, *inter alia*, it is shown the electronic documents system was operating properly: *Hirsch*, at paras. 22-23; *Ball*, at paras. 72-73.

[29] In *Durocher*, Schwann J.A. summarized it as follows:

The second requirement of the *CEA* is the best evidence rule. At common law, the best evidence rule requires the proponent of a record to produce the original record or the next best available record (*Law of Evidence* at 1324). This concept was further elaborated on in *Hirsch*: “The purpose of the best evidence rule is to assist the trier of fact with the verification of the integrity of documents because alterations are more readily detectable on an original” (at para 23).

The concept of *original* is ill-suited to electronic documents because their inherent nature makes it often not possible to provide direct evidence of their integrity (“Proof and

Progress” at 195). Accordingly, s. 31.2 to s. 31.8 of the *CEA* set out the means by which document integrity can be met with electronic documents. [...]

Section 31.3 [...] establishes a list of statutory presumptions of integrity with regard to an electronic document system. These presumptions apply in the absence of evidence to the contrary [...].

These presumptions are aimed at providing some assurance that no changes in the information found in the document have been caused by technical reasons or human intervention. [...]

Returning to the *CEA* framework as a whole, *Hirsch* adopted a “functional approach” to its application. Other courts across this country have taken a similar approach: see, for example, *Soh, Ball*, and *R v K.M.*, 2017 ONSC 4769 [*K.M.*]. [paras. 86-90]

[Emphasis in original.]

[30] Section 31.3 provides how the statutorily applied best evidence rule for electronic documents (s. 31.2) can be proven. In the absence of evidence to the contrary, the requirement in s. 31.3(a) of the *CEA* for “evidence capable of supporting” the relevant findings represents a low threshold: *S.H.*, at para. 25. This “functioning system presumption” is triggered by admissible information capable of proving the electronic documents system was operating properly at all material times.

[31] Not all technology needs to be explained by expert witnesses. Canadian courts have taken a functional approach to the properly operating presumption in s. 31.3(a): *Ball*, at para. 75; *Durocher*, at para. 90. This presumption can be satisfied on the basis of lay evidence. Moreover, it may be satisfied by either direct or circumstantial evidence. As explained by the Court in *Ball*:

[...] [I]n the absence of cause for doubt, circumstantial evidence or lay witness testimony is often sufficient. Regardless, expert evidence is not required to explain generally how commonplace technologies such as Facebook, text messaging or email operate if a lay witness familiar with their use can give such testimony: *K.M.* at

paras. 12-15, 40-44; *Soh* at paras. 27-30; “Proof and Progress” at 184-186, 188, 198, 211. [para. 69]

Expert testimony may be needed if the evidence is proffered for the technological workings of an application that goes beyond what an everyday user would understand.

[32] Compliance with the authentication and best evidence provisions in ss. 31.1 and 31.2 of the *CEA* is mandatory: *CEA*, s. 31.7; *Durocher*, at para. 91; *Ball*, at para. 68. The party with the onus — the one seeking admission of the evidence — should discharge it on a balance of probabilities, unless opposing counsel formally agrees, on the record, that the documents satisfy the statutory requirements. Absent formal agreement, there must be an evidentiary basis supporting admission, and therefore, as suggested in *Ball*, a *voir dire* should be held:

[...] As with other admissibility issues, where there is reason to question whether an electronic document meets the statutory requirements, a *voir dire* should be held and a reasoned determination made as to its admissibility. This step is particularly important in the context of a jury trial: *R. v. Soh*, 2014 NBQB 20 at paras. 26, 32; *R. v. Donaldson*, 2016 CarswellOnt 21760 at para. 3; *R. v. K.M.*, 2016 NWTSC 36, at para. 40; “Proof and Progress” at 195.

[para. 67]

C. *The voir dire*

[33] In the present case, a *voir dire* was held to determine the admissibility of Exhibits C-3 and C-4. The appellant raised the issues of authenticity, integrity and relevance; the latter based upon the argument there was insufficient evidence for the court to conclude that “AB,” referred to by the appellant in the MSN messages, was in fact the complainant.

[34] The trial judge found the MSN electronic conversations met the authenticity and best evidence rule requirements set out in the *CEA*. She also found the evidence relevant. The sole challenge to these rulings is that C-3 and C-4 should not have

been admitted into evidence as they did not satisfy “the evidentiary admissibility requirements of prior proof of authentication and integrity as set out in Sections 31.1 to 31.5 of the *Canada Evidence Act*.”

1. The witnesses

[35] The Crown called three witnesses during the *voir dire*.

[36] The MSN messages were originally saved and stored on Mr. Jamieson’s computer. He testified his computer was new at the time and in good working order. He explained MSN Messenger was an instant messaging platform by which he could connect with others via their e-mail address and chat with them electronically, by exchanging text messages. He could also elect to save his conversations by enabling a history function, and then the system would create a folder wherein the historical conversations would be saved and stored. His practice was to save all his conversations, and he had created a folder where he stored his conversations with the appellant. He believed the MSN messages, which were entered as exhibits, accurately reflected the messages he had sent, received and saved on his computer at that time, although he could not state they were 100 percent accurate as it happened some 15, 16 years ago, and he had not compared the contents of the exhibits with what he had saved on his computer in 2004.

[37] During the part of the *voir dire* dealing with relevancy, Mr. Jamieson testified he was 16 years of age in 2004 when he used MSN Messenger to communicate online with the appellant, who was a youth pastor and a friend he knew through the church youth group. He stated it was around that time he first came out as a gay man. As the appellant was the only other gay man he knew in the area, he went to him for advice. He testified “Mark,” the username utilized to identify the author on most of the messages, was the appellant, and in the messages where the author was not identified by name, he also thought it was the appellant based on the context. He did not know the person the appellant referred to in the conversations as “AB.” At the time, the only “Mark,” and only adult he recalled chatting with by MSN was the appellant.

[38] Jennifer Jukes, a friend of Mr. Jamieson, testified she was in his bedroom and on his computer in the summer of 2004, when she observed a computer file containing text messages exchanged between Mr. Jamieson and another, which she found inappropriate. Without the knowledge of Mr. Jamieson, she e-mailed those messages to herself. She then printed a copy of the messages on her computer system and gave them to her mother. She believed her mother took them to the church deacons. In 2005, she forwarded the same exact e-mail containing the MSN messages to Cathy Parks, her mentor at the church and somebody she trusted. Ms. Jukes testified what she saw on her computer was the same thing she had seen on Mr. Jamieson's computer. She had not compared C-3 and C-4 with what she received in her computer or with what was in Mr. Jamieson's computer in 2004. Cross-examined concerning C-3 and C-4, as to whether she was "100 percent sure that those [were] the documents in all of their entirety, word for word, date for date, as they existed in the computer that [she] opened on the date [she] looked at it," she replied: "I specifically remember parts. [...] But I couldn't say for sure that, like, every word or date is correct."

[39] Cathy Parks testified she had heard Ms. Jukes had the MSN text messages obtained from Mr. Jamieson's computer, and she asked her for them because she was trying to figure out who Mark Richardson really was. She received them from Ms. Jukes by e-mail on her computer in 2005 and she looked at them at the time. The information remained in a folder in an old e-mail account she no longer used, until she was contacted by Constable Dewey Gillepsie, who requested a copy of the computer file as he was investigating the appellant, in 2016 or 2017. She was able to call up the information, print the file and bring it to him. Originally, Ms. Parks testified C-3 and C-4 were the copies she had printed from her computer and brought to Constable Gillepsie. Asked in cross-examination whether they were "photocopies or the actual documents," she replied, "I guess these ones are photocopies from the original." However, she testified C-3 and C-4 were "the same thing. Like everything's the same as what [she had] received" from Ms. Jukes, found in her old e-mail account, called up, printed and brought to Constable Gillepsie. She recognized on C-3 and C-4 certain writings she had made on the top of the

pages. She acknowledged she had not gone back to her computer and compared C-3 and C-4 “word for word, date for date, message for message” with what was in her computer.

2. The decision

[40] The trial judge made reference to the relevant provisions of the *CEA* that prescribe the requirements for the admission of an electronic document and then correctly summarized those requirements as follows: “Firstly, authentication, is it authentic, is it what it purports to be; and step two, integrity, [...] can we rely on the integrity of the document, has it been altered, has it been changed in any way.” She noted the burden was on the Crown to prove the documents met the admissibility requirements and correctly stated the best evidence rule in respect to an electronic document could be “satisfied on proof of the integrity of the electronic document system by which the electronic document was recorded or stored.”

[41] Based on the testimony of the witnesses, the trial judge concluded the Crown had authenticated C-3 and C-4, as being what they purported to be: MSN messages exchanged between Mr. Jamieson and the appellant in 2004.

[42] She also found the Crown had proven the integrity of the exhibits. She relied on Mr. Jamieson’s testimony that his computer was new and in good working order when the MSN messages were input into his computer, as well as on the circumstantial evidence of how the different witnesses were able to save, store, send, receive, call up or print the messages successfully on their respective computers and how C-3 and C-4 displayed the information they remembered seeing on their computers.

[43] Furthermore, there was no evidence led which would raise a doubt as to whether the different computer systems were operating properly and no reason to believe the data originally input into the computer device might have been altered or tampered with. As per s. 31.3(a), this was evidence capable of supporting a finding that at all

material times the computer system by or in which the electronic documents were recorded or stored was operating properly, therefore satisfying the best evidence rule.

3. The arguments made by the appellant

[44] The appellant argued C-3 and C-4 should not have been admitted as they did not meet the statutory evidentiary admissibility requirements of prior proof of authentication and integrity because they didn't come directly from Mr. Jamieson's computer; they were photocopies, rather than the original printouts produced by Ms. Parks; and, none of the witnesses could testify their content was 100% identical to the data that had originally been input into the computer system. There is no merit to these arguments.

[45] The appellant alleged the Crown had to call the person who made the photocopy of the original printout. I disagree. The purpose of the best evidence rule is to ensure the evidence tendered reflects the information originally input into the computer. It is the underlying data which must be shown to have been recorded or stored in the computer and not the document displaying that data. The issue is the integrity of the data, not how that data is displayed. As stated in its definition, an "electronic document" means the "data that is recorded or stored" and includes any "display, printout or other output of that data" (s. 31.8). This definition is broad enough to cover a photocopy of the original printout where, as here, there is evidence the photocopy was an exact copy of the "printout" Ms. Parks had produced. Photocopying the printout had no effect on the data.

[46] The suggestion the electronic documents submitted had to be produced by Mr. Jamieson is misconstrued. Mr. Jamieson, who was familiar with the information originally input into his computer, testified C-3 and C-4 accurately displayed that information. Ms. Jukes and Ms. Parks testified as to what they remembered seeing when they sent, received or printed the documents. Absent evidence to the contrary, lay evidence that the messaging system was successfully used, and the messages displayed corresponded to what the different witnesses recalled, can form the basis for satisfying

the s. 31.3(a) presumption, for this is evidence the computer system, having faithfully reproduced the information, must have been functioning as it should: “Proof and Progress,” at p. 193.

[47] The appellant’s submission that the evidence must show the electronic documents are 100 percent identical to the data that was input into the electronic documents system is also misconstrued. It is not the threshold required under the statutory provisions. There was evidence demonstrating, on a balance of probabilities, that C-3 and C-4 were accurate displays of the data originally input in Mr. Jamieson’s computer. This was sufficient.

[48] Although the issue of relevancy as such was not raised as a ground of appeal, the appellant did argue in his written submission, and before us, the question of “authorship” of the MSN messages, suggesting there was insufficient evidence given at the *voir dire* to satisfy the trial judge the appellant was the person communicating with Mr. Jamieson.

[49] In *Durocher*, Schwann J.A. discussed the relationship between authorship and authenticity, and stated: “there appears to be some confusion in some of the case authority as to whether authorship is subsumed within the concept of authentication, the better view is that these are two distinct concepts giving rise to two distinct tests: see, for example, *Soh*; *R. v. Hamdan*, 2017 BCSC 676, 349 CCC (3d) 338 [...]; and *R. v. Moazami*, 2013 BCSC 2398 [...]” (para. 85). I share her view. It is authentication which is required to satisfy the statutory provisions, and the Crown merely needs to establish on a balance of probabilities that the accused was the author of the messages. The bar is low. It is better to leave ultimate authorship along with ultimate weight to be determined at the end of the trial once all evidence is in.

[50] The trial judge was alive to this two-step procedure. She first determined the documents met the evidentiary requirements of ss. 31.1 to 31.3 of the *CEA* and then heard more evidence from Mr. Jamieson and determined the question of threshold

relevancy which, at trial, the defence argued turned on the question of whether the complainant was the person referred to by the appellant in the MSN messages as “AB.” The trial judge concluded, for the purpose of threshold admissibility, “AB” was the complainant; therefore, C-3 and C-4 were relevant to the charges and the exhibits were admitted.

[51] Before this Court, the appellant argued authorship. I agree the Crown had to establish there was some evidence capable of supporting a finding the statements were made by the appellant, before they could be accepted in evidence. During the *voir dire*, Mr. Jamieson provided uncontradicted testimony the appellant was the other person in the MSN conversations, and it was certainly open to the trial judge to make a preliminary finding the appellant was the author of the messages attributed to him. I find the threshold for authentication was easily met by the evidence presented. It was only at the end of the trial that the judge ultimately concluded the appellant was the author of the MSN messages and “AB” was the complainant. By then, the appellant had testified, explaining that “AB” he referred to in the messages was not the complainant but another 19-year-old teenager whose name he had changed to hide his true identity.

D. *Conclusion*

[52] In conclusion, the trial judge was well aware of the provisions of the *CEA* and presided over a *voir dire* on admissibility both pursuant to the *CEA* and the common law. There was evidence supporting a finding Exhibits C-3 and C-4 were what they purported to be and that the best evidence rule had been satisfied. She concluded that on a balance of probabilities the evidence was admissible on a threshold basis. This was done with the caution that weight and ultimate admissibility would be determined in accordance with all other admissible evidence at the end of the trial. This was an error-free decision on the part of the trial judge. There is no reason to disturb her decision to admit C-3 and C-4 into evidence. As the alleged error of law was not made out, I would dismiss the appellant’s sole ground of appeal.

IV. The Curative Proviso Contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*

[53] Had I concluded C-3 and C-4 should not have been admitted, this would constitute an error of law. Even assuming that error was made, I would have found no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred because the verdict would necessarily have been the same without this evidence. Therefore, I would have applied the curative proviso to sustain the convictions and dismissed the appeal because the other evidence adduced at trial overwhelmingly supported the convictions.

[54] For the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to apply, the Crown must satisfy the court “the verdict would necessarily have been the same if [the] error had not occurred”: *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at para. 74. As the Supreme Court explained in *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, its application is limited “to cases where the evidence against an accused is *overwhelming* or where it can be safely said that the legal error was *harmless* because it could have had no impact on the verdict” (para. 25) (emphasis in original). See also *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 26-31; and *Haché v. R.*, 2007 NBCA 79, 323 N.B.R. (2d) 254, per Richard J.A. (as he then was) for the majority, at paras. 105-10.

[55] The appellant alleges the MSN messages played a key role in the trial judge’s reasoning process and her assessment of his overall credibility. In my opinion, the evidence which most significantly affected the assessment of the appellant’s credibility was the letter he admitted writing to the complainant in December 2003. It is clear the trial judge gave it a lot of weight. She read the entire two-page letter into the record. It contained phrases such as: “The happiest times I remember over the past year have been the times I’ve spent with you. [...] I can tell we have a special connection [...] sometimes we feel like we have to hide it because people don’t understand it [...] I’d much rather die than hurt you in any way.” It ended with the following:

So, thanks a bunch for the past year of fun, late night deep talks, cozy times and awesome friendship (and more!). You

really are a one of a kind guy who is so special to me!! I
look forward to seeing how this will grow in the next year!

I love you!

Mark

[56] The appellant explained that when he wrote the letter, he was concerned about the complainant pulling away from the church and being bullied, and he tied many of the lines in the letter to this bullying the complainant was allegedly suffering. The complainant was recalled in rebuttal. He testified he could not remember being bullied in middle school for any reason, and the only late-night talks he had with the appellant occurred when he stayed overnight at his apartment.

[57] In her reasons, the trial judge reviewed the appellant's explanations for several phrases found in the letter and remarked the "explanations with respect to the December 2nd, 2003 [letter] and the intent of it [...] does not pass the common-sense test" and the explanations "did not ring true" and did not "hold water." She noted: "This letter written by Mr. Richardson to [the complainant] left the impression that he was enamored with the complainant" and concluded: "Overall the accused's explanations as to various lines when they were put to him by the Crown about the December 2, 2003 [letter], were insufficient to overcome a plain reading of the letter. This letter suggested an unhealthy or unnaturally close relationship between Mr. Richardson and the [...] then 12-year-old complainant."

[58] She found the "complainant's evidence was given in a straightforward manner" and observed:

[The complainant's] recollection of the sexual activity between he and the accused was specific. He recalled details of what had occurred prior to the sexual activity, where it had taken place, the circumstances surrounding the incident and generally when it had occurred. He did not embellish nor exaggerate. He expressed no discernable bias towards the accused other than the fact that he had been, as he called it, molested by someone he held in very high regard. His testimony had the ring of truth.

She concluded: “As a whole, the testimony of the complainant was persuasive.”

[59] Concerning the appellant’s testimony generally, she remarked:

With respect to the testimony of Mr. Richardson, at times on cross-examination he was hesitant with responses and seemed to have difficulty finding his words. Some of his explanations simply did not make sense and there were contradictions in his testimony. Mr. Richardson was not always direct in his responses on cross-examination.

[60] The trial judge correctly applied the *W.(D.)* principles to the evidence. Based on the evidence of the grooming behaviour attested to by the complainant and his parents, the handwritten letter from the appellant to the complainant — suggestive of an inappropriate relationship between an adult and a child — and the findings of credibility by the trial judge, the case did not rest to any significant degree on the evidence of the MSN messaging between Mr. Jamieson and the appellant.

[61] This is a case where the evidence pointing to guilt was so overwhelming, the outcome would necessarily have been the same, with or without the MSN messages.

V. Disposition

[62] There is no basis for appellate intervention in this case. Accordingly, I would dismiss the appeal, revoke Mr. Richardson’s release from custody pending the determination of his appeal and order him to surrender himself forthwith into the custody of the appropriate correctional authorities.

LA JUGE LAVIGNE

I. Introduction et aperçu

[1] À l'époque des infractions, en 2003 et en 2004, le plaignant était un jeune garçon de 11 ou 12 ans et l'appelant était un homme de 26 ou 27 ans, qui était le pasteur pour jeunes à l'église fréquentée par le plaignant et sa famille. À l'issue d'un procès où l'appelant et le plaignant ont tous deux témoigné, une juge de la Cour provinciale a conclu que l'appelant, lorsqu'il était en position d'autorité envers le plaignant, a touché le pénis du plaignant à des fins d'ordre sexuel à deux occasions. Elle l'a déclaré coupable de contacts sexuels (al. 151a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46) et d'exploitation sexuelle (al. 153(1)a)) et l'a condamné à une peine d'emprisonnement de 12 mois pour chaque chef, à purger concurremment, peine qui serait suivie d'une année de probation. Elle a aussi rendu d'autres ordonnances accessoires. L'appelant appelle des déclarations de culpabilité et demande qu'elles soient annulées et que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée.

[2] Le présent appel met en jeu le régime concernant la preuve électronique établi aux art. 31.1 à 31.8 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (la *Loi*); ce sera la première interprétation de ces articles par notre Cour.

[3] La juge du procès a admis en preuve des communications électroniques — une série de messages texte envoyés par la messagerie MSN — échangées entre l'appelant et un tiers, Bradley Jamieson, qui contenaient des mentions d'« AB », un adolescent avec qui l'appelant était en amour. Le prénom du plaignant est également « AB ». L'admission en preuve de ces messages sur MSN est la seule question en litige dans le présent appel. Bien que l'appelant ait soulevé deux moyens d'appel dans son avis d'appel, l'un a été abandonné, et il a plaidé seulement l'autre, qu'il a formulé ainsi : [TRADUCTION] « [L]a juge du procès a commis une erreur de droit en admettant en

preuve des échanges de messages texte produits par ordinateur qui auraient eu lieu entre Bradley Jamieson et l'appelant, Mark Gordon Richardson, sans avoir satisfait aux exigences d'admissibilité en preuve, soit la preuve préalable en matière d'authentification et de fiabilité, exigences qui sont énoncées aux art. 31.1 à 31.5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. » L'appelant soutient qu'il y a eu erreur judiciaire parce que l'issue du procès aurait été différente si cet élément de preuve n'avait pas été admis.

[4] Une question de droit doit être révisée selon la norme de la décision correcte. Si notre Cour concluait que la juge du procès a commis une erreur en admettant les documents électroniques, l'appel serait accueilli à moins que, à l'issue d'un examen de la preuve admissible, la Cour ne soit en mesure de conclure que la déclaration de culpabilité était inévitable.

[5] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel. Je conclus que la juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant les documents électroniques. De plus, si j'avais conclu que les documents n'auraient pas dû être admis, j'aurais invoqué la disposition réparatrice du ss-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* et j'aurais rejeté l'appel, car il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent si l'erreur n'avait pas été commise. Je suis convaincue que les autres éléments de preuve présentés au procès justifiaient amplement les déclarations de culpabilité.

II. Contexte factuel

[6] Le plaignant avait 27 ans au moment du procès. Il a témoigné avoir été [TRADUCTION] « molesté par [l'appelant] » quand il avait 11 ou 12 ans et était en cinquième ou en sixième année. À l'époque, il était un jeune garçon religieux qui participait à diverses activités pour jeunes parrainées par l'église et organisées et dirigées par l'appelant, y compris des études bibliques qui étaient parfois tenues dans l'appartement de l'appelant. Le plaignant a décrit une relation anormalement intime et inappropriée qui s'est établie entre l'appelant et lui.

- [7] Les parents du plaignant lui ont permis de passer la nuit chez l'appelant trois fois. Il a donné des détails sur ce qui s'est passé pendant ces nuits. Il a témoigné que deux fois, l'appelant est allé au lit avec lui et, pendant qu'ils étaient couchés en cuillères, a tendu la main et a caressé son pénis par-dessus son sous-vêtement pendant une durée de 20 à 25 minutes.
- [8] Le ministère public a demandé à présenter en preuve une série de communications électroniques échangées entre l'appelant et M. Jamieson pendant l'été 2004. M. Jamieson a mis en mémoire le dossier des conversations dans un fichier de son ordinateur en 2004, et ce dossier a été envoyé par Jennifer Jukes du compte de courriel de M. Jamieson à elle-même en 2004. Ensuite, en 2005, M^{me} Jukes a transmis le courriel contenant le dossier au compte de courriel de Cathy Parks. En 2016 ou en 2017, à la demande de l'agent enquêteur, le gendarme Dewey Gillespie, M^{me} Parks a imprimé les documents, y a apposé certaines marques et les lui a remis.
- [9] Le ministère public avait l'intention d'utiliser les messages sur MSN pour la véracité de leur contenu, comme preuve corroborante ou confirmative d'une relation inappropriée entre l'appelant et le plaignant. À ce moment, l'appelant n'avait pas témoigné et n'avait pas reconnu qu'il était l'un des deux participants aux conversations. Il a contesté l'admissibilité des documents électroniques, soutenant qu'ils ne satisfaisaient pas aux exigences d'authenticité et de la meilleure preuve (fiabilité) énoncées aux art. 31.1, 31.2 et 31.3 de la *Loi* ainsi qu'à l'exigence de pertinence imposée par les règles de la common law.
- [10] Un voir-dire a été tenu. La juge du procès a d'abord déclaré que les documents satisfaisaient aux exigences de la *Loi* en matière de preuve électronique. Ensuite, elle en a examiné la pertinence. Les messages sur MSN contenaient des mentions d'« AB », un adolescent avec qui l'appelant était en amour. La juge a décidé que les documents électroniques étaient pertinents et donc admissibles, avec la mise en garde que leur valeur probante serait déterminée à la fin du procès. Des copies papier des communications électroniques ont constitué les pièces C-3 et C-4.

- [11] Le témoignage du plaignant au sujet de sa relation étroite avec l'appelant a été confirmé par ses parents ainsi que par l'appelant lui-même.
- [12] Les parents ont témoigné que leur fils assistait régulièrement à des études bibliques à l'appartement de l'appelant et que, deux ou trois fois, après les études bibliques, il y était resté la nuit. Ils ont décrit la relation entre leur famille et l'appelant, ainsi que la relation qu'avait l'appelant avec leur jeune fils. Ils se sont mis à avoir des soupçons sur la nature de cette relation, car il leur semblait que leur fils recevait un traitement spécial de l'appelant. Toutefois, puisque l'appelant était leur pasteur et qu'ils avaient un grand respect pour les pasteurs, ils n'ont pas exprimé leurs préoccupations.
- [13] Au printemps 2004, la mère du plaignant a trouvé sur son lit une lettre manuscrite de deux pages, datée du 2 décembre 2003, qui commençait par [TRADUCTION] « Allô AB! » et se terminait par [TRADUCTION] « Je t'aime! Mark. » La lettre donnait l'impression d'une relation inappropriée entre un adulte et un enfant. Elle croyait que « Mark » était l'appelant. Après avoir lu la lettre, dont le contenu l'a alarmée, elle en a discuté avec le plaignant et lui a demandé si l'appelant lui avait fait quelque chose d'inapproprié; il a dit non.
- [14] Le plaignant croyait avoir reçu la lettre après que les incidents sexuels ont eu lieu, mais il a témoigné qu'il ne voulait pas le dire à ses parents parce qu'il pensait que la divulgation de ce qui s'était passé aurait constitué une trahison envers son ami et mentor et lui aurait causé des difficultés.
- [15] Après avoir trouvé la lettre, les parents se sont distanciés de l'église et ont essayé de limiter les contacts entre l'appelant et leur fils. L'appelant a été congédié comme pasteur pour jeunes en 2005 et a quitté la région peu après. À l'été 2016, le plaignant a dit à son père que quand il était mineur, il avait été agressé sexuellement par l'appelant. Des accusations criminelles ont été portées en 2017.

[16] L'appelant a témoigné qu'il a été le pasteur pour jeunes de l'église de juin 2002 à septembre 2005. Comptaient au nombre de ses tâches de l'organisation et la réalisation d'un programme appelé études bibliques destiné aux élèves de l'école intermédiaire, de la sixième à la huitième année. Il a reconnu que deux séances avaient été tenues en soirée à son appartement, mais il a déclaré que, bien que le plaignant ait été présent aux deux séances, il n'était pas resté ensuite pour y passer la nuit. Il a témoigné que le plaignant avait effectivement passé la nuit à sa résidence une autre fois; toutefois, le plaignant avait dormi sur le divan du salon pendant qu'il avait dormi dans son propre lit. Il a admis avoir écrit la lettre datée du 2 décembre 2003, mais il a expliqué qu'elle était maintenant mal interprétée. Il a nié toute allégation d'inconduite sexuelle.

[17] L'appelant n'a pas témoigné pendant le voir-dire. Toutefois, il a été interrogé au procès au sujet des messages texte sur MSN. Il a reconnu avoir eu des conversations en ligne sur MSN avec quelqu'un du nom de « Brad », qu'il croyait être un résident de la région. Il n'a pas nié être la personne qui avait participé aux conversations par messagerie instantanée figurant dans les pièces C-3 et C-4. Il a expliqué le sens de certains des messages contenus dans les pièces. Il a affirmé qu'il était un homosexuel et a expliqué que l'« AB » dont il était question dans les messages n'était pas le plaignant, mais un adolescent de 19 ans avec qui il était en amour et dont le nom, en réalité, était « Mark ». L'appelant avait décidé au hasard de l'appeler « AB », car il ne voulait pas l'identifier dans une conversation par ordinateur. Il a dit que les conversations sur MSN n'étaient pas au sujet du plaignant.

[18] La juge du procès a analysé la preuve selon le cadre défini dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL). Elle n'a pas cru les dénégations de l'appelant et a cru la preuve du plaignant au sujet des agressions sexuelles. Elle n'a pas accepté l'explication de l'appelant au sujet du contenu de la lettre. Elle a conclu que l'appelant était la personne qui avait bavardé avec M. Jamieson sur MSN Messenger et que la personne qu'il appelait « AB » dans les messages était le plaignant. La juge du procès a examiné l'ensemble de la preuve, a conclu que le ministère

public avait prouvé le bien-fondé de sa cause hors de tout doute raisonnable et a déclaré l'appelant coupable à l'égard des deux chefs.

III. Analyse de l'unique moyen d'appel : les pièces C-3 et C-4 satisfaisaient-elles aux [TRADUCTION] « exigences d'admissibilité en preuve, soit la preuve préalable en matière d'authentification et de fiabilité, exigences qui sont énoncées aux art. 31.1 à 31.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* »?

[19] L'utilisation de la technologie de l'information dans la société moderne est omniprésente; elle en est venue à définir en grande partie ce que nous faisons et notre manière de le faire. Les gens ordinaires et les tribunaux s'appuient régulièrement sur de l'information recueillie par de l'équipement électronique. Des documents électroniques — courriels, messages texte, gazouillis, images de Google Maps et de Google Earth, appels au service 911, messages téléphoniques enregistrés, photos numérisées — sont couramment admis en preuve. Le présent appel concerne plus particulièrement des communications électroniques par messages texte, qui sont maintenant une forme quotidienne et banale de contact entre les gens.

A. *Loi sur la preuve au Canada*

[20] La plupart des provinces et territoires ont adopté des mesures législatives spécifiques pour faciliter l'admission des documents électroniques tout en faisant une vérification préliminaire de l'authenticité et de la fiabilité de l'information mise en mémoire. [TRADUCTION] « En règle générale, la partie qui présente un document électronique est tenue de fournir un fondement probatoire capable d'étayer la conclusion que le document électronique est bien ce qu'il paraît être, en plus d'observer [la règle de] la "meilleure preuve" » : voir David M. Paciocco, « Proof and Progress : Coping with the Law of Evidence in a Technological Age », (2013) 11 CJLT 181, à la p. 226 (« Proof and Progress »).

1. Article 31.8 : Définitions

[21] Les dispositions législatives qui s'appliquent aux fins présentes sont les art. 31.1 à 31.8 de la *Loi*. Elles s'appliquent uniquement aux documents électroniques et créent un cadre pour l'admission de toutes les formes de « document électronique », terme défini généralement à l'art. 31.8 de la *Loi*, de même que plusieurs termes connexes :

computer system means a device that, or a group of interconnected or related devices one or more of which,

- (a) contains computer programs or other data; and
- (b) pursuant to computer programs, performs logic and control, and may perform any other function.

data means representations of information or of concepts, in any form.

electronic document means data that is recorded or stored on any medium in or by a computer system or other similar device and that can be read or perceived by a person or a computer system or other similar device. It includes a display, printout or other output of that data.

electronic documents system includes a computer system or other similar device by or in which data is recorded or stored and any procedures related to the recording or storage of electronic documents. [...]

système informatique Dispositif ou ensemble de dispositifs connectés ou reliés les uns aux autres, dont l'un ou plusieurs :

- a) contiennent des programmes d'ordinateur ou d'autres données;
- b) conformément à des programmes d'ordinateur, exécutent des fonctions logiques et de commande et peuvent exécuter toute autre fonction

données Toute forme de représentation d'informations ou de notions.

document électronique Ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données.

système d'archivage électronique Sont assimilés au système d'archivage électronique le système informatique et tout dispositif semblable qui enregistre ou met en mémoire des données ainsi que les procédés relatifs à l'enregistrement ou à la mise en mémoire de documents électroniques. [...]

[22] Les publications et les messages sur Facebook, les courriels et autres formes de communication électronique tombent sous le coup de la définition de « document électronique ». Les ordinateurs domestiques, les téléphones intelligents et autres appareils informatiques tombent sous le coup de la définition de « système informatique » : voir *R. c. Ball*, 2019 BCCA 32, [2019] B.C.J. No. 95 (QL), au par. 67. Pareillement, les messages sur MSN enregistrés ou mis en mémoire dans un ordinateur sont des « données » qui tombent sous le coup de la définition de « document électronique », de même que « tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données ».

2. Articles 31.1, 31.2 et 31.3 : Authentification, règle de la meilleure preuve et présomption de fiabilité

[23] Les articles 31.1, 31.2 et 31.3 de la *Loi* prescrivent la manière dont les documents électroniques peuvent satisfaire à la règle d’authenticité et à la règle de la meilleure preuve. La partie qui désire présenter en preuve des documents électroniques a la charge de prouver, par prépondérance des probabilités, qu’ils satisfont à ces exigences. Ces articles énoncent un critère visant à déterminer l’authenticité des documents électroniques ainsi que plusieurs présomptions qui aident à satisfaire à la règle de la meilleure preuve. Pour faciliter la consultation, je reproduis les articles pertinents pour le présent appel.

Authentication of electronic documents

31.1 Any person seeking to admit an electronic document as evidence has the burden of proving its authenticity by evidence capable of supporting a finding that the electronic document is that which it is purported to be.

Application of best evidence rule — electronic documents

31.2 (1) The best evidence rule in respect

Authentification de documents électroniques

31.1 Il incombe à la personne qui cherche à faire admettre en preuve un document électronique d’établir son authenticité au moyen d’éléments de preuve permettant de conclure que le document est bien ce qu’il paraît être.

Règle de la meilleure preuve — documents électroniques

31.2 (1) Tout document électronique

of an electronic document is satisfied

(a) on proof of the integrity of the electronic documents system by or in which the electronic document was recorded or stored; or

[...]

Presumption of integrity

31.3 For the purposes of subsection 31.2(1), in the absence of evidence to the contrary, the integrity of an electronic documents system by or in which an electronic document is recorded or stored is proven

(a) by evidence capable of supporting a finding that at all material times the computer system or other similar device used by the electronic documents system was operating properly or, if it was not, the fact of its not operating properly did not affect the integrity of the electronic document and there are no other reasonable grounds to doubt the integrity of the electronic documents system;

[...]

satisfait à la règle de la meilleure preuve dans les cas suivants :

a) la fiabilité du système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel le document est enregistré ou mis en mémoire est démontrée;

[...]

Présomption de fiabilité

31.3 Pour l'application du paragraphe 31.2(1), le système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel un document électronique est enregistré ou mis en mémoire est réputé fiable, sauf preuve contraire, si, selon le cas :

a) la preuve permet de conclure qu'à l'époque en cause, le système informatique ou autre dispositif semblable fonctionnait bien, ou, dans le cas contraire, son mauvais fonctionnement n'a pas compromis l'intégrité des documents électroniques, et qu'il n'existe aucun autre motif raisonnable de mettre en doute la fiabilité du système d'archivage électronique ;

[...]

[24]

Ces dispositions n'autorisent pas l'admission définitive de preuve documentaire électronique. Comme le prescrit l'art. 31.7, elles « n'ont pas pour effet de restreindre l'application des règles de droit relatives à l'admissibilité de la preuve, à l'exception des règles de droit régissant l'authentification et la meilleure preuve ». Les dispositions de la *Loi* ne déterminent pas l'admissibilité définitive, mais régissent plutôt la manière dont l'admissibilité préliminaire des documents électroniques est déterminée. En plus des exigences législatives préliminaires, les documents électroniques — comme

toute autre forme de document — doivent satisfaire aux règles de common law pour justifier l'admission de leur contenu : ils doivent notamment être juridiquement pertinents et satisfaire aux règles applicables à la preuve par oui-dire quand les documents sont présentés pour la véracité de leur contenu. Dans l'arrêt *Ball*, la juge d'appel Dickson a donné l'explication suivante :

[TRADUCTION]

[...] Bien que ses exigences doivent toujours être satisfaites, elles ne déterminent pas à elles seules l'admissibilité définitive. Plutôt, l'admissibilité d'un document électronique dépend *également* de la fin pour laquelle il est présenté et de toute règle de preuve générale connexe. Par exemple, en plus de satisfaire aux critères d'origine législative, il faut que le contenu du document électronique soit légalement pertinent et respecte les règles de preuve générales telles que celles se rapportant à la preuve par oui-dire, à la preuve de moralité et à la preuve sous forme d'opinion : voir *K.M.*, au par. 23, *Soh*, aux par. 41 à 52, et « Proof and Progress », à la p. 193. [par. 68]

[Italiques dans l'original.]

[25] En conséquence, quand un système enregistre les déclarations d'une personne et que cette information est présentée pour prouver la véracité de son contenu, cela suscite des préoccupations en matière de oui-dire. Toutefois, l'[TRADUCTION] « exception à l'admission » permet que des communications électroniques faites par des accusés soient admises à titre de oui-dire. En l'espèce, les déclarations de l'appelant faites dans les messages sur MSN ont été présentées pour la véracité de leur contenu. Aucune objection fondée sur la règle d'exclusion du oui-dire n'a été soulevée. La preuve était présumée admissible pour prouver la véracité de son contenu parce qu'elle était visée par une exception reconnue à la règle d'exclusion du oui-dire, du fait qu'elle contenait des aveux de l'appelant : voir *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, [1993] A.C.S. n° 115 (QL).

B. *Principes directeurs*

1. Authenticité

[26] Plusieurs tribunaux d'appel ont examiné les dispositions de la *Loi* portant sur les documents électroniques depuis leur promulgation en l'an 2000. Les décisions suivantes sont très récentes : *R. c. Durocher*, 2019 SKCA 97, [2019] S.J. No. 367 (QL), *R. c. S.H.*, 2019 ONCA 669, [2019] O.J. No. 4438 (QL), confirmé à 2020 CSC 3, [2020] A.C.S. n° 3 (QL), *R. c. C.B.*, 2019 ONCA 380, [2019] O.J. No. 2425 (QL); et *Ball*. Dans l'affaire *Durocher*, le juge du procès n'a pas porté attention aux particularités de la *Loi* et aucun voir-dire n'a été tenu. Malgré tout, les publications sur Facebook ont été admises en preuve, et cette décision a été confirmée par la Cour d'appel. La Cour a jugé que la preuve présentée par le ministère public était de nature à authentifier les messages sur Facebook et à satisfaire à la règle de la meilleure preuve, [TRADUCTION] « compte tenu du critère peu exigeant attaché à l'art. 31.1, de la démarche fonctionnelle adoptée par les tribunaux concernant son application, de la présomption de fiabilité établie par la *Loi* et du fait que le juge du procès a finalement conclu que M. Durocher était l'auteur des messages sur Facebook [...] » (par. 96).

[27] La juge Lian M. Schwann, auteure des motifs de la décision de la Cour d'appel, a examiné la jurisprudence et la doctrine et a présenté une discussion approfondie propre à un tribunal d'appel sur les articles de la *Loi* qui portent sur l'admissibilité des documents électroniques. Elle a expliqué ainsi l'exigence d'authentification prescrite à l'art. 31.1 de la *Loi* :

[TRADUCTION]

L'authentification exige la présentation d'éléments de preuve établissant que le document est bien ce qu'il paraît être : voir *C.B.*, au par. 66, *R. c. Hirsh*, 2017 SKCA 14, aux par. 18 et 24, 353 CCC (3d) 230 [*Hirsch*], et *R. c. Donald* (1958), 121 C.C.C. 304 (C.A.N.-B.), à la p. 306. L'authentification [TRADUCTION] « n'est pas un fardeau onéreux et [elle] peut être établie par des preuves directes et circonstancielles » (voir *C.B.*, au par. 66).

La présente affaire vise un document électronique et met donc en jeu la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 [la *Loi*], de façon distincte des règles de common law : voir *R. c. J.V.*, 2015 ONCJ 837, au par. 3 [*J.V.*], et *R. c. Soh*, 2014 NBBR 20, aux par. 32 et 33, 416 R.N.-B. (2^e) 328 [*Soh*]. Les dispositions de la *Loi* portant sur les documents électroniques facilitent l'admission de documents électroniques en prévoyant une vérification préliminaire de leur authenticité et de leur fiabilité, et elles sont ainsi une codification de la common law sur l'authentification de la preuve (voir *Hirsch*, au par. 18, et *R. c. Ball*, 2019 BCCA 32, au par. 70, 371 C.C.C. (3d) 381 [*Ball*]).

[...]

Les tribunaux ont conclu que des sorties imprimées ou des copies d'écran de messages sur Facebook sont des documents électroniques au sens de la *Loi*, et que les téléphones intelligents tombent sous le coup de la définition de système informatique : voir *R. c. Donaldson*, [2016] O.J. No 7153 (QL), au par. 3 (C.J.) [*Donaldson*], *Ball*, au par. 67, *Soh*, au par. 21, *Hirsh*, au par. 24, et *C.B.*, au par. 57.

[...]

Le fardeau de la preuve pour établir l'authenticité préliminaire pour l'application de l'art. 31.1 est peu rigoureux, et, une fois qu'on s'en est acquitté, le document est admissible et le juge des faits peut l'utiliser (voir *C.B.*, aux par. 67 et 68, *Hirsch*, au par. 18, *Donaldson*, au par. 17, et *Ball*, au par. 70). Pour satisfaire à ce critère préliminaire, il suffit au proposant de fournir une preuve suffisante d'authenticité permettant au juge du procès de conclure raisonnablement que le document est bien ce qu'il paraît être. Une fois ce critère préliminaire satisfait, la preuve est admissible et le juge des faits peut l'utiliser.

[...]

Cela dit, l'authentification ne signifie pas nécessairement que le document est authentique : [TRADUCTION] « Il s'agit, pour le juge des faits, d'une question de valeur probante, ce qui dépend souvent des conclusions en matière

de crédibilité » (citations omises, *Ball*, au par. 70). La preuve peut être *authentifiée* même s'il y a contestation quant à savoir si elle est bien ce qu'elle paraît être. [...]

[par. 76, 77, 80, 82 et 84]

[Italiques dans l'original.]

2. Règle de la meilleure preuve

[28] La *Loi* n'impose pas l'exigence de la common law selon laquelle il doit s'agir d'un document original. La « règle de la meilleure preuve » prévue par la loi qui s'applique aux documents électroniques élargit le processus d'authentification. Elle ne vise pas à exiger la preuve qu'il s'agit de documents originaux; son objectif est plutôt d'aider à la vérification de la fiabilité d'un document électronique, c'est-à-dire de garantir que son contenu correspond précisément à l'information originale entrée dans le système informatique. L'attention porte sur la fiabilité du système et non sur celle du document. La fiabilité d'un document électronique est prouvée lorsque l'intégrité ou la fiabilité du système d'archivage électronique dans lequel il est enregistré ou mis en mémoire est établie. Il y a présomption de fiabilité si, entre autres, il est démontré que le système d'archivage électronique fonctionnait bien : voir *Hirsch*, aux par. 22 et 23, et *Ball*, aux par. 72 et 73.

[29] Dans l'arrêt *Durocher*, la juge d'appel Schwann a donné le résumé suivant :

[TRADUCTION]

La deuxième exigence de la *Loi* est la règle de la meilleure preuve. En common law, cette règle exige que le proposant d'un document en produise l'original, ou le meilleur document accessible à défaut de l'original (*Law of Evidence*, à la p. 1324). Ce concept a été expliqué davantage dans l'arrêt *Hirsch* : [TRADUCTION] « Le but de la règle de la meilleure preuve est d'aider le juge des faits à vérifier la fiabilité des documents, parce que les modifications sont plus faciles à détecter dans un original » (au par. 23).

La notion d'un *original* s'applique mal aux documents électroniques, car leur nature inhérente rend souvent impossible de fournir une preuve directe de leur fiabilité (« Proof and Progress », à la p. 195). En conséquence, les art. 31.2 à 31.8 de la *Loi* énoncent les moyens par lesquels la fiabilité des documents peut être établie dans le cas de documents électroniques. [...]

L'article 31.3 [...] donne une liste de présomptions de fiabilité d'origine législative applicables aux systèmes d'archivage électronique. Ces présomptions s'appliquent en l'absence de preuve contraire [...].

Ces présomptions visent à donner une assurance qu'il n'y a eu aucun changement à l'information contenue dans le document en raison de problèmes techniques ou d'intervention humaine. [...]

Pour revenir au cadre de la *Loi* dans son ensemble, l'arrêt *Hirsch* a adopté une [TRADUCTION] « démarche fonctionnelle » pour son application. D'autres tribunaux du pays ont adopté une démarche semblable; voir, par exemple, *Soh, Ball* et *R. c. K.M.*, 2017 ONSC 4769 [*K.M.*]. [par. 86 à 90]

[Italiques dans l'original.]

[30] L'article 31.3 prescrit la manière dont le respect de la règle de la meilleure preuve prévue par la loi pour les documents électroniques (art. 31.2) peut être prouvé. En l'absence de preuve contraire, l'exigence énoncée à l'al. 31.3a) de la *Loi*, soit que la preuve permet de tirer les conclusions pertinentes, constitue un critère peu rigoureux : voir *S.H.*, au par. 25. Cette [TRADUCTION] « présomption que le système fonctionne » est déclenchée par une information admissible qui permet de prouver que le système d'archivage électronique fonctionnait bien à l'époque en cause.

[31] Ce ne sont pas toutes les technologies qui doivent être expliquées par des témoins experts. Les tribunaux canadiens ont adopté une manière fonctionnelle de traiter la présomption de bon fonctionnement prévue à l'al. 31.3a) : voir *Ball*, au par. 75, et *Durocher*, au par. 90. Cette présomption peut être confirmée par le témoignage de

profanes. Elle peut aussi être confirmée par des preuves directes aussi bien que circonstancielle. Comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Ball* :

[TRADUCTION]

[...] [E]n l'absence d'une raison d'en douter, une preuve circonstancielle ou le témoignage d'un profane suffit souvent. Peu importe, une preuve d'expert n'est pas nécessaire pour expliquer en général comment fonctionnent des technologies courantes telles que Facebook, les messages texte ou le courriel, si un témoin profane qui en connaît bien l'utilisation peut donner un tel témoignage : voir *K.M.*, aux par. 12 à 15 et 40 à 44, *Soh*, aux par. 27 à 30, et « Proof and Progress », aux p. 184 à 186, 188, 198 et 211. [par. 69]

Un témoignage d'expert peut être nécessaire si la preuve est présentée pour le fonctionnement technologique d'une application qui dépasse ce qu'un usager ordinaire comprendrait.

[32] Le respect des dispositions sur l'authentification et la meilleure preuve des art. 31.1 et 31.2 de la *Loi* est obligatoire : voir la *Loi*, à l'art. 31.7, *Durocher*, au par. 91, et *Ball*, au par. 68. La partie qui a la charge de la preuve — celle qui demande l'admission de la preuve — doit s'en acquitter par prépondérance des probabilités, à moins que l'avocat de la partie adverse ne reconnaisse officiellement que les documents satisfont aux exigences législatives et que sa reconnaissance ne soit consignée au dossier. En l'absence de cette reconnaissance officielle, il doit y avoir un fondement probatoire à l'appui de l'admission en preuve et, en conséquence, comme l'indique l'arrêt *Ball*, un voir-dire devrait avoir lieu :

[TRADUCTION]

[...] Comme pour les autres questions en matière d'admissibilité, s'il y a lieu de douter qu'un document électronique satisfasse aux exigences législatives, un voir-dire devrait être tenu et une décision raisonnée rendue au sujet de son admissibilité. Cette étape est particulièrement importante dans le contexte d'un procès devant jury : voir *R. c. Soh*, 2014 NBBR 20, aux par. 26 et 32, *R. c. Donaldson*, 2016 CarswellOnt 21760, au par. 3, *R. c. K.M.*,

2016 NWTSC 36, au par. 40, et « Proof and Progress », à la p. 195.

[par. 67]

C. *Le voir-dire*

[33] En l'espèce, un voir-dire a été tenu pour déterminer l'admissibilité des pièces C-3 et C-4. L'appelant a soulevé les questions de l'authenticité, de la fiabilité et de la pertinence; cette dernière était fondée sur l'argument selon lequel la preuve était insuffisante pour permettre à la Cour de conclure qu'« AB », mentionné par l'appelant dans les messages sur MSN, était en fait le plaignant.

[34] La juge du procès a conclu que les conversations électroniques sur MSN satisfaisaient aux exigences de l'authenticité et de la règle de la meilleure preuve énoncées dans la *Loi*. Elle a également conclu que la preuve était pertinente. L'unique contestation de ces décisions est que les pièces C-3 et C-4 n'auraient pas dû être admises en preuve parce qu'elles ne satisfaisaient pas [TRADUCTION] « aux exigences d'admissibilité en preuve, soit la preuve préalable en matière d'authentification et de fiabilité, exigences qui sont énoncées aux art. 31.1 à 31.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ».

1. Les témoins

[35] Le ministère public a appelé trois témoins pendant le voir-dire.

[36] Les messages sur MSN ont d'abord été sauvegardés et mis en mémoire dans l'ordinateur de M. Jamieson. Il a témoigné que son ordinateur était neuf à l'époque et fonctionnait bien. Il a expliqué que MSN Messenger était une plateforme de messagerie instantanée par laquelle il pouvait se relier à d'autres par leur adresse de courriel et bavarder avec eux électroniquement en échangeant des messages texte. Il pouvait aussi choisir de sauvegarder ses conversations en activant une fonction d'historique, puis le système créait un dossier dans lequel les conversations historiques

étaient sauvegardées et mises en mémoire. Il avait pour pratique de sauvegarder toutes ses conversations, et il avait créé un dossier dans lequel il avait mis en mémoire ses conversations avec l'appelant. Il croyait que les messages sur MSN, qui ont été produits comme pièces, correspondaient précisément aux messages qu'il avait envoyés, reçus et sauvegardés dans son ordinateur à l'époque, même s'il ne pouvait pas affirmer qu'ils étaient précis à 100 p. cent, car les événements ont eu lieu il y a 15 ou 16 ans, et il n'a pas comparé le contenu des pièces à ce qu'il avait sauvegardé sur son ordinateur en 2004.

[37] Pendant la partie du voir-dire qui a porté sur la pertinence, M. Jamieson a témoigné qu'il avait 16 ans en 2004 lorsqu'il a utilisé MSN Messenger pour communiquer en ligne avec l'appelant, qui était un pasteur pour jeunes et un ami qu'il connaissait par l'entremise du groupe de jeunes de l'église. Il a affirmé que c'est vers cette période qu'il s'est reconnu pour la première fois comme homosexuel. Comme l'appelant était le seul autre homosexuel qu'il connaissait dans la région, il lui a demandé des conseils. Il a témoigné que « Mark », le nom d'utilisateur utilisé pour identifier l'auteur dans la plupart des messages, était l'appelant et que, dans les messages où l'auteur n'était pas identifié par son nom, il pensait que c'était également l'appelant d'après le contexte. Il ne connaissait pas la personne désignée comme « AB » par l'appelant dans les conversations. À l'époque, le seul « Mark » et le seul adulte avec qui il se souvenait d'avoir bavardé sur MSN était l'appelant.

[38] Jennifer Jukes, une amie de M. Jamieson, a témoigné qu'elle était dans la chambre et sur l'ordinateur de ce dernier à l'été 2004 lorsqu'elle a vu un fichier d'ordinateur contenant des messages texte, échangés entre M. Jamieson et quelqu'un d'autre, messages qu'elle a trouvés inappropriés. À l'insu de M. Jamieson, elle s'est envoyée ces messages à elle-même par courriel. Elle a ensuite imprimé une copie des messages sur son système informatique et les a remis à sa mère. Elle croyait que sa mère les avait apportés aux diacres de l'église. En 2005, elle a transmis exactement le même courriel contenant les messages sur MSN à Cathy Parks, sa mentor à l'église, en qui elle avait confiance. M^{me} Jukes a témoigné que ce qu'elle avait vu sur son ordinateur était la même chose qu'elle avait vue sur l'ordinateur de M. Jamieson. Elle n'avait pas comparé

les pièces C-3 et C-4 avec ce qu'elle avait reçu sur son ordinateur ou avec ce qui était dans l'ordinateur de M. Jamieson en 2004. Contre-interrogée au sujet des pièces C-3 et C-4, quant à savoir si elle était [TRADUCTION] « certaine à 100 p. cent que [c'étaient] les documents dans leur intégralité, mot pour mot, date pour date, qui se trouvaient dans l'ordinateur qu'[elle] avait ouvert le jour où [elle] l'a regardé », elle a répondu : [TRADUCTION] « Je me souviens précisément de certaines parties. [...] Mais je ne pourrais pas dire avec certitude, disons, que chaque mot ou chaque date est exact. »

[39] Cathy Parks a témoigné qu'elle avait entendu dire que M^{me} Jukes avait les messages texte sur MSN obtenus de l'ordinateur de M. Jamieson, et elle les lui a demandés parce qu'elle essayait de comprendre qui était réellement Mark Richardson. Elle les a reçus de M^{me} Jukes par courriel sur son ordinateur en 2005 et les a examinés à cette occasion. L'information est restée dans un dossier, dans un vieux compte de courriel qu'elle n'utilisait plus, jusqu'à ce que le gendarme Dewey Gillespie communique avec elle en 2016 ou 2017 et lui demande une copie du fichier informatique, car il enquêtait sur l'appelant. Elle a été capable de récupérer l'information, d'imprimer le fichier et de le lui apporter. Au début, M^{me} Parks a témoigné que les pièces C-3 et C-4 étaient les copies qu'elle avait imprimées à partir de son ordinateur et apportées au gendarme Gillespie. Contre-interrogée quant à savoir si c'étaient [TRADUCTION] « des photocopies ou les documents mêmes », elle a répondu : [TRADUCTION] « Je pense que ce sont des photocopies de l'original. » Toutefois, elle a témoigné que les pièces C-3 et C-4 étaient [TRADUCTION] « la même chose. C'est-à-dire, tout est pareil à ce [qu'elle a] reçu » de M^{me} Jukes, trouvé dans son vieux compte de courriel, récupéré, imprimé et apporté au gendarme Gillespie. Elle a reconnu sur les pièces C-3 et C-4 certaines notes qu'elle avait écrites au haut des pages. Elle a reconnu qu'elle n'était pas retournée à son ordinateur pour comparer les pièces C-3 et C-4 [TRADUCTION] « mot pour mot, date pour date, message pour message » à ce qui était dans son ordinateur.

2. La décision

[40] La juge du procès a renvoyé aux dispositions pertinentes de la *Loi* qui énoncent les exigences d'admission en preuve des documents électroniques, puis elle a résumé ces exigences correctement, en ces termes : [TRADUCTION] « D'abord, l'authentification : est-il authentique, est-il bien ce qu'il paraît être; deuxième étape, fiabilité, [...] pouvons-nous compter sur l'intégrité du document, a-t-il été modifié, a-t-il été changé de quelque façon que ce soit? » Elle a signalé qu'il incombait au ministère public de prouver que les documents satisfaisaient à l'exigence en matière d'admissibilité, et elle a affirmé avec raison que la règle de la meilleure preuve pour un document électronique pouvait être [TRADUCTION] « satisfaite sur la preuve de l'intégrité du système d'archivage électronique par lequel le document électronique a été enregistré ou mis en mémoire ».

[41] Sur la foi des témoignages des témoins, la juge du procès a conclu que le ministère public avait authentifié les pièces C-3 et C-4 comme étant bien ce qu'elles paraissaient être, à savoir les messages échangés sur MSN entre M. Jamieson et l'appelant en 2004.

[42] Elle a également conclu que le ministère public avait démontré la fiabilité des pièces. Elle s'est appuyée sur le témoignage de M. Jamieson voulant que son ordinateur était neuf et fonctionnait bien lorsque les messages sur MSN ont été introduits dans son ordinateur, ainsi que sur la preuve circonstancielle portant sur la manière dont les différents témoins ont été capables de sauvegarder, de mettre en mémoire, d'envoyer, de recevoir, de récupérer ou d'imprimer les messages avec succès sur leurs ordinateurs respectifs et sur la manière dont les pièces C-3 et C-4 affichaient l'information qu'ils se souvenaient d'avoir vue sur leurs ordinateurs.

[43] De plus, aucune preuve n'a été présentée qui pourrait jeter un doute quant à savoir si les divers systèmes informatiques fonctionnaient bien, et il n'y avait aucune raison de croire que les données entrées à l'origine dans l'ordinateur auraient pu être

modifiées ou falsifiées. Conformément à l'al. 31.3a), il s'agissait d'une preuve permettant de conclure qu'à l'époque en cause, le système informatique au moyen duquel ou dans lequel les documents électroniques ont été enregistrés ou mis en mémoire fonctionnait bien, satisfaisant ainsi à la règle de la meilleure preuve.

3. Les arguments invoqués par l'appelant

[44] L'appelant a fait valoir que les pièces C-3 et C-4 n'auraient pas dû être admises parce qu'elles ne satisfaisaient pas aux exigences législatives d'admissibilité en preuve, soit la preuve préalable en matière d'authentification et de fiabilité, parce qu'elles ne provenaient pas directement de l'ordinateur de M. Jamieson, qu'elles étaient des photocopies plutôt que des sorties imprimées originales produites par M^{me} Parks et qu'aucun des témoins ne pouvait témoigner que leur contenu était à 100 p. cent identique aux données qui avaient été entrées à l'origine dans le système informatique. Ces arguments sont sans fondement.

[45] L'appelant a soutenu que le ministère public devait appeler la personne qui avait fait la photocopie de la sortie imprimée originale à témoigner. Je ne suis pas de cet avis. La règle de la meilleure preuve a pour but de garantir que la preuve présentée correspond à l'information entrée à l'origine dans l'ordinateur. Ce dont il faut prouver l'enregistrement ou la mise en mémoire dans l'ordinateur, ce sont les données sous-jacentes, et non le document qui affiche ces données. La question qu'il faut trancher se rapporte à la fiabilité des données et non à la manière dont ces données sont affichées. Comme l'indique sa définition, « document électronique » vise « l'ensemble des données enregistrées ou mises en mémoire » et inclut « tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données » (art. 31.8). Cette définition est assez large pour viser une photocopie de la sortie imprimée originale lorsque, comme en l'espèce, il y a de la preuve indiquant que la photocopie était une copie exacte de la « sortie imprimée » produite par M^{me} Parks. Le fait de photocopier la sortie imprimée n'a eu aucun effet sur les données.

[46] L'idée que les documents électroniques présentés devaient être produits par M. Jamieson est une fausse interprétation. M. Jamieson, qui connaissait bien l'information entrée à l'origine dans son ordinateur, a témoigné que les pièces C-3 et C-4 affichaient précisément cette information. M^{me} Jukes et M^{me} Parks ont témoigné de ce dont elles se souvenaient avoir vu quand elles ont envoyé, reçu ou imprimé les documents. En l'absence de preuve contraire, les témoignages de profanes indiquant que le système de messagerie a été utilisé avec succès et que les messages affichés correspondaient aux souvenirs des divers témoins peuvent constituer un fondement confirmant la présomption prévue à l'al. 31.3a), car il s'agit de preuve montrant que le système informatique, ayant reproduit fidèlement l'information, a dû fonctionner comme il le devait : voir « Proof and Progress », à la p. 193.

[47] L'assertion de l'appelant selon laquelle la preuve doit démontrer que les documents électroniques sont identiques à 100 p. cent aux données qui ont été entrées dans le système d'archivage électronique découle également d'une fausse interprétation. Tel n'est pas le critère préliminaire exigé par les dispositions législatives. Il y avait de la preuve démontrant par prépondérance des probabilités que les pièces C-3 et C-4 étaient des affichages précis des données qui ont été entrées à l'origine dans l'ordinateur de M. Jamieson. C'était suffisant.

[48] Bien que la question de la pertinence comme telle n'ait pas été soulevée comme moyen d'appel, l'appelant a plaidé, dans son mémoire et devant nous, la question de la paternité des messages sur MSN, faisant valoir que la preuve présentée au voir-dire était insuffisante pour convaincre la juge du procès que l'appelant était la personne qui communiquait avec M. Jamieson.

[49] Dans l'arrêt *Durocher*, la juge d'appel Schwann a discuté le rapport entre la paternité du document et son authenticité et a déclaré : [TRADUCTION] « il semble y avoir de la confusion dans une partie de la jurisprudence quant à savoir si la paternité du document est englobée dans le concept d'authentification, mais le meilleur point de vue est que ce sont deux concepts distincts qui donnent lieu à deux critères distincts : voir, par

exemple, *Soh, R. c. Hamdan*, 2017 BCSC 676, 349 C.C.C. (3d) 338 [...], et *R. c. Moazami*, 2013 BCSC 2398 [...]» (au par. 85). Je suis du même avis. C'est l'authentification qui est nécessaire pour satisfaire aux dispositions législatives, et il suffit au ministère public d'établir par prépondérance des probabilités que l'accusé était l'auteur des messages. Le critère est peu exigeant. Il vaut mieux attendre et déterminer la paternité définitive du document et la valeur probante définitive à la fin du procès, une fois que toute la preuve a été présentée.

[50] La juge du procès avait à l'esprit cette procédure en deux étapes. Elle a d'abord déterminé que les documents satisfaisaient aux exigences en matière de preuve énoncées aux art. 31.1 à 31.3 de la *Loi*, puis elle a entendu des éléments de preuve additionnels de M. Jamieson et a statué sur la question de la pertinence préliminaire, qui dépendait, à ce que la défense a soutenu au procès, de la question de savoir si le plaignant était la personne désignée comme « AB » par l'appelant dans les messages sur MSN. La juge du procès a conclu, pour ce qui est de l'admissibilité préliminaire, qu'« AB » était le plaignant et que les pièces C-3 et C-4 étaient donc pertinentes pour les accusations, et les pièces ont été admises.

[51] Devant notre Cour, l'appelant a plaidé la paternité des documents. Je reconnais que, avant qu'elles puissent être admises en preuve, le ministère public devait établir qu'il y avait de la preuve permettant de conclure que les déclarations avaient été faites par l'appelant. Pendant le voir-dire, M. Jamieson a présenté un témoignage non contredit affirmant que l'appelant était l'autre personne dans les conversations sur MSN, et il était certainement loisible à la juge du procès de tirer la conclusion préliminaire que l'appelant était l'auteur des messages qui lui étaient attribués. Je conclus que la preuve présentée satisfaisait facilement au critère préliminaire d'authentification. C'est seulement à la fin du procès que la juge a conclu définitivement que l'appelant était l'auteur des messages sur MSN et qu'« AB » était le plaignant. L'appelant avait alors témoigné, en expliquant que le « AB » qu'il mentionnait dans les messages n'était pas le plaignant, mais un autre adolescent de 19 ans dont il avait changé le nom pour cacher sa véritable identité.

D. *Conclusion*

[52] Pour conclure, la juge du procès était bien consciente des dispositions de la *Loi* et a présidé un voir-dire sur la question de l'admissibilité tant au titre de la *Loi* que de la common law. Il y avait de la preuve permettant de conclure que les pièces C-3 et C-4 étaient bien ce qu'elles paraissaient être et que la règle de la meilleure preuve avait été respectée. Elle a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, la preuve était admissible selon le critère préliminaire. Elle a fait une mise en garde : la valeur probante et l'admissibilité seraient déterminées définitivement à la fin du procès, compte étant tenu de tous les autres éléments de preuve admissibles. C'était une décision dénuée d'erreur de la part de la juge du procès. Il n'y a aucune raison de modifier sa décision d'admettre en preuve les pièces C-3 et C-4. Comme l'erreur de droit invoquée n'a pas été démontrée, je rejeterais l'unique moyen d'appel de l'appelant.

IV. La disposition réparatrice prévue au ss-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*

[53] Si j'avais conclu que les pièces C-3 et C-4 n'auraient pas dû être admises, il se serait agi d'une erreur de droit. Même si on supposait qu'une telle erreur ait été commise, j'aurais conclu à l'absence de préjudice grave ou d'erreur judiciaire parce que le verdict aurait nécessairement été le même sans cette preuve. En conséquence, j'aurais appliqué la disposition réparatrice pour confirmer les déclarations de culpabilité et j'aurais rejeté l'appel, parce que les autres éléments de preuve présentés au procès justifient amplement les déclarations de culpabilité.

[54] Pour que la disposition réparatrice du ss-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* s'applique, le ministère public doit convaincre la Cour « "que le verdict aurait nécessairement été le même si [l']erreur ne s'était pas produite" » : voir *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, au par. 74. Comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, son application se limite « aux cas où la preuve contre un accusé est *accablante* ou aux cas où il est possible

d'affirmer avec certitude que l'erreur de droit était *inoffensive* puisqu'elle n'aurait pu avoir aucune incidence sur le verdict » (par. 25) (italiques dans l'original). Voir aussi *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, aux par. 26 à 31, et *Haché c. R.*, 2007 NBCA 79, 323 R.N.-B. (2^e) 254, motifs du juge d'appel Richard (tel était alors son titre), au nom de la majorité, aux par. 105 à 110.

[55] L'appelant soutient que les messages sur MSN ont joué un rôle clé dans le raisonnement de la juge du procès et dans l'évaluation de sa crédibilité générale. À mon avis, la preuve qui a eu la plus grande influence sur l'évaluation de la crédibilité de l'appelant a été la lettre qu'il a reconnu avoir écrite au plaignant en décembre 2003. Il est clair que la juge du procès lui a accordé une grande valeur probante. Elle a lu en entier, pour consignation au dossier, la lettre de deux pages. Elle contenait des phrases telles que celles-ci : [TRADUCTION] « Les moments les plus heureux dont je me souviens pendant la dernière année sont les moments que j'ai passés avec toi. [...] Je peux dire que nous avons une affinité spéciale [...] parfois, nous avons l'impression de devoir la cacher parce que les gens ne la comprennent pas [...] J'aimerais bien mieux mourir que de te faire quelque mal que ce soit. » Elle se terminait ainsi :

[TRADUCTION]

Donc, merci mille fois pour tout le plaisir de la dernière année, les dialogues intimes tard en soirée, les moments chaleureux et l'amitié formidable (et plus encore!). Tu es vraiment un gars pas comme les autres, qui m'est tellement spécial!! J'ai hâte de voir comment cela va progresser pendant la prochaine année!

Je t'aime!

Mark

[56] L'appelant a expliqué que, quand il a écrit la lettre, il craignait que le plaignant ne se distancie de l'église et ne soit intimidé, et il a rattaché beaucoup de lignes de la lettre à cette prétendue intimidation que le plaignant subissait. Le plaignant a été rappelé à témoigner en contre-preuve. Il a témoigné qu'il ne se souvenait pas d'avoir été intimidé à l'école intermédiaire pour quelque raison que ce soit, et que les seules

conversations de fin de soirée qu'il a eues avec l'appelant ont eu lieu quand il est resté à son appartement pour la nuit.

[57] Dans ses motifs, la juge du procès a examiné les explications que l'appelant a données au sujet de plusieurs phrases contenues dans la lettre et a fait remarquer que les [TRADUCTION] « explications concernant la [lettre] du 2 décembre 2003 et son objet [...] sont contraires au bon sens » et que les explications [TRADUCTION] « sonnaient faux » et ne « tenaient pas debout ». Elle a affirmé : [TRADUCTION] « Cette lettre écrite par M. Richardson [au plaignant] donnait l'impression qu'il était en amour avec le plaignant » et a conclu : [TRADUCTION] « Dans l'ensemble, les explications données par l'accusé au sujet de diverses lignes de la [lettre] du 2 décembre 2003 que le ministère public lui a citées ont été insuffisantes pour contredire une simple lecture de la lettre. Cette lettre dénotait une relation malsaine ou anormalement intime entre M. Richardson et le plaignant [...] alors âgé de 12 ans. »

[58] Elle a conclu que [TRADUCTION] « le témoignage du plaignant a été donné de manière directe » et a fait les remarques suivantes :

[TRADUCTION]

Les souvenirs [du plaignant] au sujet des activités sexuelles entre lui et l'accusé étaient précis. Il a rappelé des détails de ce qui s'était passé avant les activités sexuelles, où elles ont eu lieu, les circonstances de l'incident et, en gros, quand elles ont eu lieu. Il n'a rien embelli ni exagéré. Il n'a exprimé aucune partialité perceptible envers l'accusé, sauf le fait qu'il a été, comme il dit, molesté par quelqu'un qu'il tenait en très haute estime. Son témoignage sonnait vrai.

Elle a conclu : [TRADUCTION] « Dans l'ensemble, le témoignage du plaignant était convaincant. »

[59] Au sujet du témoignage de l'appelant en général, elle a affirmé :

[TRADUCTION]

Au sujet du témoignage de M. Richardson, en contre-interrogatoire, ses réponses étaient parfois hésitantes et il

semblait avoir de la difficulté à trouver ses mots. Certaines de ses explications n'avaient simplement pas de bon sens, et il y avait des contradictions dans son témoignage. M. Richardson n'était pas toujours direct dans ses réponses en contre-interrogatoire.

[60] La juge du procès a appliqué correctement à la preuve les principes énoncés dans l'arrêt *W.(D.)*. Étant donné la preuve de manipulation psychologique attestée par le plaignant et ses parents, la lettre manuscrite de l'appelant au plaignant — qui donnait l'impression d'une relation inappropriée entre un adulte et un enfant — et les conclusions de la juge du procès quant à la crédibilité, la décision ne reposait pas dans une mesure importante sur la preuve des messages échangés sur MSN entre M. Jamieson et l'appelant.

[61] Il s'agit d'une affaire où la preuve indiquant la culpabilité était si accablante que le résultat aurait nécessairement été le même, avec ou sans les messages sur MSN.

V. Dispositif

[62] Rien ne justifie une intervention en appel en l'espèce. En conséquence, je rejetterais l'appel, je révoquerais la remise en liberté de M. Richardson en attendant la décision sur son appel, et je lui ordonnerais de se livrer immédiatement à la garde des autorités correctionnelles appropriées.