COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

154-12-CA

J.N.C.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

J.N.C. v. R., 2013 NBCA 59

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Provincial Court:
September 26, 2012 (conviction)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 11 and September 17, 2013

Judgment rendered:
September 17, 2013

Reasons delivered:
October 24, 2013

Counsel at hearing:

For the appellant:
James J. Matheson

For the respondent:
Robert A. Murray, Q.C.

J.N.C.

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

J.N.C. c. R., 2013 NBCA 59

CORAM :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 26 septembre 2012 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d’appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 11 juin et 17 septembre 2013

Jugement rendu :
Le 17 septembre 2013

Motifs déposés :
Le 24 octobre 2013

Avocats à l'audience :

Pour l’appelant :
James J. Matheson

Pour l’intimée :
Robert A. Murray, c.r.

THE COURT

The application for leave to appeal and the appeal are allowed, the conviction is quashed, and a new trial is ordered.

LA COUR

La demande d'autorisation d'interjeter appel et l'appel sont accueillis, la déclaration de culpabilité est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] On September 26, 2012, a judge of the Provincial Court convicted J.N.C. of sexual assault (s. 271(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) and sexual interference (s. 151). The offences were alleged to have occurred between 1997 and 2009 and to have consisted of brief touching over the clothes of a young complainant.

[2] The prosecution's sole witness to the alleged offences, the complainant, was aged 16 at the time of trial. She testified to three occasions when her great-uncle touched her breasts over her clothes for "a couple of seconds" as he was tickling her. She claimed the first incident occurred when she was very young and the last when she was 14 years old. She also alleged that on a separate occasion her great-uncle touched her buttock area, again "over" her clothes and for a "couple [of] seconds."

[3] The complainant described the first incident as having occurred on her great-uncle's boat when she was touring it for the first time. She did not know exactly when the incident had occurred, but thought she might have been as young as two years old. The complainant said she did not disclose any of these incidents until she was fourteen years old because she did not want to cause any pain to her grandparents (whom she considered as her parents). The disclosure was made to her mother in the course of an unspecified argument with the complainant's brother. As her mother was getting angry with her brother, the complainant blurted out "yeah, I kinda have a problem too" and then made the allegations against her great-uncle.

[4] The accused testified at trial. He denied any sexual assault or sexual interference. He stated the incident on the boat could not have occurred when the complainant was two, as she alleged, because he only came into possession of the boat in 1999 when the complainant was 4 years old. Given the boat's use and storage schedule, the complainant could not possibly have been on the boat until 2000, when she was five.

[5] This case pitted the testimony of the complainant against that of the accused. It was exactly the type of situation the Supreme Court of Canada contemplated when it devised an analytical framework for the assessment of evidence in credibility cases. The overarching principle is always that the prosecution bears the burden of establishing guilt beyond a reasonable doubt. In a jury case, the jury should be instructed to approach these types of cases by asking themselves if they believe the accused's denials. If so, they must acquit. If not, they should ask if the testimony of the accused, even if not believed, leaves them with a reasonable doubt. Again, if so, they must acquit. In the third step of the analytical framework, the jury, having rejected the testimony of the accused and determined it did not, by itself, raise a reasonable doubt, must nevertheless be satisfied that the essential ingredients of the offence have been proven beyond a reasonable doubt. Only then can they convict.

[6] This framework, formulated in *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] 1 S.C.J. No. 126 (QL), has been the subject of much jurisprudence and frequently features as a predominant ground of appeal against conviction. Since formulating the *W.(D.)* framework, the Supreme Court has explained that the approach was never meant to require a formulistic recitation of these principles, especially in judge alone cases. While trial judges are required to adhere to the principles espoused in *W.(D.)*, they are presumed to know the law and to understand the presumption of innocence and the burden of proof applicable in a criminal case: *R. v. S.S.*, 2011 NBCA 75, 376 N.B.R. (2d) 146; *R. v. Randall*, 2012 NBCA 25, 393 N.B.R. (2d) 217; *R. v. Doiron*, 2013 NBCA 31, 405 N.B.R. (2d) 22; and even more recently, *Wilson v. R.*, 2013 NBCA 38, [2013] N.B.J. No. 168 (QL) and the cases cited therein. This said, a reference to the *W.(D.)* framework is strongly encouraged as it will usually demonstrate that the judge's decision was informed by the correct principles and may give comfort to interested parties that the matter has been determined on the basis of the reasonable doubt standard.

[7] In this case, J.N.C. alleges the "trial judge erred in law in failing to assess the appellant's own evidence in the manner prescribed by *R. v. W.(D.)*." The appellant

acknowledges that the judge mentioned the *W.(D.)* framework, but he argues the judge must do more than pay lip service to it; he must apply it. J.N.C. invokes the recent decision in *R. v. A.P.*, 2013 ONCA 344, [2013] O.J. No, 2291 (QL), where Rouleau J.A. for the Court stated that "[c]orrectly setting out the *W.(D.)* approach is not determinative of the correctness of a decision – the critical issue is whether the reasons reflect its correct application" (para. 39).

[8] This allegation was initially J.N.C.'s sole ground of appeal. In the arguments made in support of the ground, J.N.C. pointed to what he said was a clearly erroneous flaw in the judge's reasoning in making a key credibility finding and stated that this bolstered his argument that the trial judge had not properly considered the *W.(D.)* principles.

[9] Shortly after J.N.C.'s appeal was heard, the Supreme Court released its reasons in *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] S.C.J. No. 38 (QL). Recently, in *Wilson*, this Court explained the scope and effect of *Vuradin*:

> […] the decision [in *Vuradin*] is reached by the application of established principles, and not by the creation of new ones. It therefore would have had no effect on our judgment in the present case. The case does illustrate how many of the principles should be applied in an appeal where the grounds allege insufficiency of reasons and the failure to properly apply the burden of proof in a criminal case.
>
> *Vuradin* was a sexual assault case tried before a judge alone. The trial resulted in a conviction but the reasons for decision were "sparse and [did] not directly address the appellant's evidence" (para. 4). Regarding the accused's evidence, the judge simply said that "notwithstanding […] the denial, [he] had no reasonable doubt that the [accused] did commit the acts which [the complainant] described" (para. 6). A majority of the Court of Appeal for Alberta concluded that the *Sheppard* requirement had been met and that the judge had applied the proper burden of proof. One judge dissented; hence, the appeal as of right to the Supreme Court.

Dismissing the appeal, Karakatsanis J. first concluded the reasons were sufficient because they told the appellant why the trial judge had decided as he had. In doing so, Karakatsanis J. particularly relied on *R.E.M.*, pointing out that "a trial judge's failure to explain why he rejected an accused's plausible denial of the charges does not mean the reasons are deficient as long as the reasons generally demonstrate that, where the complainant's evidence and the accused's evidence conflicted, the trial judge accepted the complainant's evidence" (para. 13). She also points out that in those situations, "[n]o further explanation for rejecting the accused's evidence is required as the convictions themselves raise a reasonable inference that the accused's denial failed to raise a reasonable doubt" (para. 13). The judge "was not obliged to discuss all of the evidence on any given point and answer each and every argument of counsel" (para. 17).

With respect to the application of the burden of proof, Karakatsanis J. noted that "[t]he order in which a trial judge makes credibility findings of witnesses is inconsequential as long as the principle of reasonable doubt remains the central consideration" (para. 21). In that particular case, the trial judge had adverted to the principles of *W.(D.)* in his reasons and had immediately proceeded to assess the complainant's credibility. The reasons as a whole revealed the judge had properly applied the burden of proof and was not simply comparing stories and shifting the onus on the accused. The rejection of the accused's testimony raises a "reasonable inference that the accused's denial of the charges failed to raise a reasonable doubt" (paras. 13 and 27, referring to *R.E.M.*, at para. 66).

In my view, the message is clear. Successful appeals from a trial judge's verdict in a criminal law case, on the grounds the judge did not provide sufficient reasons for a credibility assessment or that the judge did not properly apply the burden of proof, should be rare. Trial judges are presumed to know the law regarding the burden and standard of proof in a criminal case and are presumed to know how to apply it to the facts of a case. Deference is owed given their unique position to see and hear witnesses. Appellate courts are not allowed to substitute their own assessment of credibility for that of the trial judge and must not impugn the reasons for judgment as a means of accomplishing that

> goal (See *R.E.M.*, at para. 28 referring to *Gagnon*). Appellate courts must neither focus on omitted detail nor proceed "from a sceptical perspective." They must not proceed from the perspective that the accused's denial is plausible and then see if the judge had dispelled reasonable doubt in giving his or her reasons: *R.E.M.*, at para. 68. [paras. 37-41]

[10] Following the release of the Supreme Court's reasons in *Vuradin*, we ordered a further hearing in the present matter so that counsel could address the impact, if any, of that case. At the same time, we questioned whether J.N.C.'s allegation of an error in the trial judge's assessment of credibility raised a question of fact for which leave to appeal was required. The parties returned before us on September 17 to address these issues. At that time, J.N.C. moved to amend his Notice of Appeal in order to: (1) seek leave to appeal on a question of fact; and, (2) if leave was granted, seek reversal of the verdict or a new trial on the ground the judge had committed a palpable and overriding error in his assessment of credibility. The Attorney General did not oppose this late amendment, so the motion was allowed. At the end of the hearing, we granted J.N.C. the required leave, allowed the appeal, quashed the convictions and ordered a new trial. We indicated then that reasons for our decision would follow. These are those reasons.

[11] In the present case, the three of us have reviewed the entire record and not one of us can understand why the trial judge was not left with a reasonable doubt. The complainant's testimony was sketchy at best while the accused's denials were firm and not in any way assailed in cross-examination. Nevertheless, *Vuradin* reminds us of the Supreme Court's repeated admonitions that it is not the role of appellate courts to reassess credibility. Nor can we expect perfection in the articulation of trial judgments. In *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, McLachlin C.J. explained that a "trial judge's failure to explain why he rejected the accused's plausible denial of the charges provides no ground for finding the reasons [for decision] deficient" and that where the judge gave reasons for accepting the complainant's evidence and where it follows of necessity that he rejected the accused's evidence, "no further explanation for rejecting the accused's evidence was required" (para. 66).

[12] Applying the principles that govern our role as an appellate court, we cannot give effect to J.N.C.'s initial ground of appeal. We cannot allow our unease or lurking doubt about the verdict, or the fact we would have reached a different view about the credibility of the complainant, to be the basis for overturning the verdict: *Wilson*, at para. 36 C.4. Without more, we would be required to uphold the verdict.

[13] In *Wilson*, what allowed the appellant to prevail was this Court's finding that the reasons for decision themselves demonstrated a flawed reasoning process, pursuant to which it was obvious Mr. Wilson's testimony had never been properly subjected to the reasonable doubt standard. The same cannot be said of the reasons for decision in the present case. Although certainly not a model of clarity, the judge's reasons benefit from the presumptions and inferences we are required to apply and draw. We do not find them impregnated with a flaw of the type that was apparent in *Wilson*.

[14] In light of the above, we owe deference to the trial judge's credibility findings unless J.N.C. can show that these are the product of a palpable and overriding error: *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 10.

[15] In *R. v. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 N.B.R. (2d) 123, at para. 26, and in other cases, including *R. v. Mollins*, 2011 NBCA 62, [2011] N.B.J. No. 237 (QL), at para. 14, this Court has adopted the definition of "palpable and overriding" articulated in *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL):

> The "palpable and overriding" standard addresses both the nature of the factual error and its impact on the result. A "palpable" error is one that is obvious, plain to see or clear: *Housen* at 246. Examples of "palpable" factual errors include findings made in the complete absence of evidence, findings made in conflict with accepted evidence, findings based on a misapprehension of evidence and findings of fact drawn from primary facts that are the result of speculation rather than inference.

> An "overriding" error is an error that is sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact. Where the challenged finding of fact is based on a constellation of findings, the conclusion that one or more of those findings is founded on a "palpable" error does not automatically mean that the error is also "overriding". The appellant must demonstrate that the error goes to the root of the challenged finding of fact such that the fact cannot safely stand in the face of that error: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254 at 281.[paras. 296-97]

[16] In our view, the trial judge committed such an error in the assessment of credibility in this case. Recall that the complainant testified the first incident would have occurred on her great-uncle's boat. The trial judge went to great lengths to explain that, although he did not believe the incident had occurred when the complainant was two years old, as she had alleged, "the standard of the reasonable adult is not necessarily appropriate in assessing the credibility of young children" and that "inconsistencies particularly as to peripheral matters such as time and location should be considered in the context of the age of the witness at the time of the events to which she is testifying." There is nothing wrong with those statements. However, the trial judge went on to find he was impressed by the complainant's specific recollection of how she embarked onto the boat and with her description of the vessel, and, <u>because she was able to give those descriptions</u>, the judge says he was left with no doubt as to her credibility. To use his words: "they [the complainant's details regarding the boat] leave no doubt in my mind as to her credibility of that incident, as to what had happened on that boat as she described it in her testimony." Therein lies the palpable error. The judge's credibility finding assumes two things: (1) that the complainant accurately described the accused's boat; and, (2) that, but for the event to which she testified, she would not have had the knowledge necessary to describe the boat. However, this reasoning process is flawed in the present case for two reasons. First, the complainant's description of the boat was so generic it could have been one of virtually any boat that has a cabin. Second, it was not open for the judge to conclude that, but for the event to which she testified, the complainant would not have had the knowledge necessary to describe the boat. This is so because there was no dispute that the complainant had been on J.N.C.'s boat. J.N.C. testified to that event and his

version was at least as plausible as that of the complainant. If the complainant had been on the boat on some innocent occasion, her description of the boat would not bolster her testimony of the event she describes as a sexual assault, that is when J.N.C. is said to have tickled her, when she was between two and five years old, and, in the process, touched her breasts for "a couple of seconds." This is not a case where an accused denies the complainant was ever at a certain place but where the complainant can accurately describe the place in question. This is a case where the accused admits the complainant was there. Thus, her description of the place – assuming her to have been in fact describing J.N.C.'s boat – is rendered neutral.

[17] With respect, there is simply no correlation between the complainant's description of the boat and her credibility regarding the event she describes as a sexual assault. The complainant's knowledge of the boat was not a matter that led to the inescapable conclusion she was being truthful with respect to the acts that form the basis of the charges against the accused. In our view, it was illogical for the judge to have concluded that, because the complainant was able to describe a boat and how she embarked, she must then be telling the truth about everything else, especially when there was evidence that neutralized the value of her descriptions.

[18] Of course, our finding that the trial judge made a palpable error in his assessment of credibility is of no moment unless that error is also an overriding one. In our view, the error falls into that category. The trial judge went to great lengths to explain how he was convinced of the "boat" incident, and thereafter simply stated he concluded the complainant was truthful regarding the other alleged incidents, without any detailed analysis of any testimony regarding these. In the circumstances, it is abundantly clear that the judge's misguided credibility analysis regarding the boat incident affected the balance of his findings. In other words, the judge anchored his entire credibility findings on the complainant's description of the accused's boat. That being a palpable error, it is also, in these circumstances, an overriding one. In the final analysis, the trial judge convicted J.N.C. because he believed the complainant, and he believed her because she could describe the boat. This is a palpable and overriding error in the assessment of credibility.

[19] Of course, as an appellate court, we do not have the advantage of seeing the witnesses. As a result, despite our unease or lurking doubt about the verdict, we have no way of knowing how a credibility analysis, devoid of any palpable and overriding error, might be resolved in this case. This is why, in the final analysis, we allowed both the application for leave to appeal and the appeal, quashed the conviction and ordered a new trial should the Attorney General choose to proceed with one.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Le 26 septembre 2012, un juge de la Cour provinciale a déclaré J.N.C. coupable d'agression sexuelle (al. 271(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46) et de contacts sexuels (art. 151). Ces infractions auraient été commises entre 1997 et 2009 et auraient consisté en de brefs attouchements par-dessus les vêtements d'une jeune plaignante.

[2] La plaignante, seule témoin des infractions reprochées, était âgée de 16 ans à l'époque du procès. Elle a témoigné qu'à trois reprises son grand-oncle avait touché ses seins par-dessus ses vêtements pendant « une ou deux secondes » tandis qu'il la chatouillait. Elle a prétendu que le premier incident s'était produit lorsqu'elle était très jeune, et le dernier lorsqu'elle avait 14 ans. Elle a prétendu en outre que son grand-oncle l'avait touchée aux fesses, ici encore « par-dessus » ses vêtements et pendant « une ou deux secondes ».

[3] Elle a témoigné que le premier incident s'est produit sur le bateau de son grand-oncle, lorsqu'elle l'a visité pour la première fois. Elle ne savait pas exactement quand l'incident s'était produit, mais elle pensait qu'elle pouvait n'avoir eu que deux ans à l'époque. Elle a dit qu'elle n'avait révélé aucun de ces incidents avant d'avoir 14 ans parce qu'elle ne voulait pas peiner ses grands-parents (qu'elle considérait comme ses parents). Elle les a révélés à sa mère pendant une dispute quelconque qu'elle avait eue avec son frère. Comme sa mère se mettait en colère contre le frère de la plaignante, celle-ci a jeté : [TRADUCTION] « Ouais, moi aussi, j'ai comme un problème », et elle a alors fait les allégations en question contre son grand-oncle.

[4] L'accusé a témoigné au procès. Il a nié avoir commis toute agression sexuelle et tous contacts sexuels. Il a affirmé que l'incident du bateau ne pouvait pas s'être produit lorsque la plaignante avait deux ans, comme elle le prétendait, puisqu'il

n'avait acquis le bateau qu'en 1999, quand elle avait quatre ans. Étant donné le calendrier d'utilisation et de remisage du bateau, elle n'aurait pas pu se trouver à son bord avant 2000, lorsqu'elle avait 5 ans.

[5] L'affaire a opposé le témoignage de la plaignante à celui de l'accusé. Il s'agissait exactement du genre de situation que la Cour suprême du Canada envisageait lorsqu'elle a élaboré un cadre analytique s'appliquant à l'évaluation des témoignages dans les affaires qui concernent la crédibilité. Le principe prépondérant est que le poursuivant a toujours le fardeau d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans un procès instruit devant un jury, le juge devrait dire aux jurés d'aborder ce type d'affaire en se demandant s'ils ajoutent foi aux dénégations de l'accusé. Si c'est le cas, ils doivent acquitter l'accusé. Autrement, ils devraient se demander si le témoignage de l'accusé, même s'ils n'y ajoutent pas foi, suscite un doute raisonnable dans leur esprit. Dans ce cas-là également, ils doivent acquitter l'accusé. À la troisième étape de l'analyse, les jurés, ayant rejeté le témoignage de l'accusé et déterminé qu'il ne soulevait pas, en soi, de doute raisonnable, doivent néanmoins être convaincus que les éléments essentiels de l'infraction ont été prouvés hors de tout doute raisonnable. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable.

[6] Ce cadre analytique, formulé dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] 1 A.C.S. n° 126 (QL), a fait l'objet d'une abondante jurisprudence et figure fréquemment comme moyen d'appel prédominant à l'encontre d'une déclaration de culpabilité. Depuis qu'elle a énoncé ce cadre analytique dans l'arrêt *W.(D.)*, la Cour suprême a expliqué que, s'agissant de cette démarche, il n'avait jamais été envisagé que le juge soit tenu de réciter ces principes à la manière des formules, particulièrement lorsque le procès est instruit devant un juge siégeant seul. Bien que les juges de procès doivent adhérer aux principes exposés dans l'arrêt *W.(D.)*, il est présumé qu'ils connaissent le droit et qu'ils comprennent les notions de présomption d'innocence et de fardeau de la preuve applicable dans une affaire criminelle : *S.S. c.R.*, 2011 NBCA 75, 376 R.N.-B. (2e) 146; *Randall c. R.*, 2012 NBCA 25, 393 R.N.-B. (2e) 217; *Doiron c. R.*, 2013 NBCA 31, 405 R.N.-B. (2e) 22; et encore plus récemment, *Wilson c. R.*, 2013

NBCA 38, [2013] A.N.-B. n° 168 (QL) ainsi que la jurisprudence qui y est citée. Cela étant dit, le juge est fortement encouragé à évoquer l'analyse prescrite dans l'arrêt *W.(D.)*, car cela montrera habituellement que sa décision était fondée sur les bons principes de droit, et peut faire en sorte que les parties intéressées sachent que l'affaire a été tranchée sur le fondement de la norme du doute raisonnable.

[7] En l'espèce, J.N.C. prétend que [TRADUCTION] « le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a omis d'évaluer le propre témoignage de l'appelant de la manière prescrite dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*. » L'appelant reconnaît que le juge a mentionné l'analyse prescrite dans cet arrêt, mais il soutient qu'un juge ne doit pas se contenter d'y faire référence pour la forme; il doit l'appliquer. J.N.C. invoque l'arrêt rendu récemment dans l'affaire *R. c. A.P.*, 2013 ONCA 344, [2013] O.J. No. 2291 (QL), dans lequel le juge d'appel Rouleau a affirmé au nom de la Cour que [TRADUCTION] « le fait d'énoncer correctement la démarche établie dans l'arrêt *W.(D.)* n'est pas déterminant dans l'appréciation de la justesse d'une décision – la question fondamentale est celle de savoir si les motifs reflètent sa bonne application » (par. 39).

[8] Cette assertion constituait à l'origine le seul moyen d'appel de J.N.C. Dans ses plaidoiries à l'appui de ce moyen, J.N.C. a fait remarquer ce qu'il a qualifié de vice évident dans le raisonnement du juge lorsque celui-ci a tiré une conclusion cruciale concernant la crédibilité, et il a affirmé que ce vice soutenait son argument selon lequel le juge du procès n'avait pas convenablement tenu compte des principes énoncés dans l'arrêt *W.(D.)*.

[9] Peu après l'audition de l'appel de J.N.C., la Cour suprême a rendu ses motifs dans l'affaire *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] A.C.S. n° 38 (QL). Notre Cour a récemment expliqué en ces termes, dans l'arrêt *Wilson*, la portée et l'effet de l'arrêt *Vuradin* :

> […] la décision [dans l'arrêt *Vuradin*] est le fruit de l'application de principes établis et non de la création de nouveaux principes. Elle n'aurait donc eu aucune incidence

sur le jugement que nous rendons en l'espèce. Cette affaire illustre la façon dont plusieurs des principes doivent être appliqués dans le cadre d'un appel où les moyens invoquent l'insuffisance des motifs et l'omission d'appliquer comme il se doit le fardeau de la preuve en matière criminelle.

L'affaire *Vuradin* était une affaire d'agression sexuelle instruite devant un juge seul. Le procès avait donné lieu à une déclaration de culpabilité mais les motifs de décision étaient « peu étoffés et ne trait[aient] pas directement du témoignage de l'appelant » (par. 4). En ce qui concernait le témoignage de l'accusé, le juge avait tout simplement dit que [TRADUCTION] « malgré la dénégation de [l'accusé il, le juge, n'avait] aucun doute raisonnable que [l'accusé avait] commis les actes décrits par [la plaignante] » (par. 6). Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu que les motifs répondaient aux exigences établies dans l'arrêt *Sheppard* et que le juge avait appliqué comme il se devait le fardeau de la preuve. Un juge était dissident, d'où l'appel de plein droit à la Cour suprême.

La juge Karakatsanis a rejeté l'appel et a d'abord conclu que les motifs étaient suffisants parce qu'ils indiquaient à l'accusé pourquoi le juge du procès avait rendu la décision qu'il avait rendue. Ce faisant, la juge Karakatsanis s'est particulièrement appuyée sur l'arrêt *R.E.M.*, soulignant que « l'omission du juge du procès d'expliquer pourquoi il a écarté une dénégation plausible des accusations par l'accusé ne rend pas les motifs déficients, pourvu que ceux-ci démontrent, de façon générale, que lorsque les témoignages de la plaignante et de l'accusé se contredisaient, il a retenu celui de la plaignante » (par. 13). Elle a également souligné que dans ce genre de situation, « [a]ucun autre motif n'est nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l'accusé puisque les déclarations de culpabilité elles-mêmes permettent d'inférer raisonnablement que l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations » (par. 13). Le juge « n'était pas tenu de traiter de tous les éléments de preuve sur un point donné ou de répondre à chaque argument soulevé par les avocats » (par. 17).

En ce qui concerne l'application du fardeau de la preuve, la juge Karakatsanis a souligné que « [l']ordre dans lequel le juge du procès énonce des conclusions relatives à la

> crédibilité des témoins n'a pas de conséquences dès lors que le principe du doute raisonnable demeure la considération primordiale » (par. 21).Dans ce cas précis, le juge du procès avait fait allusion aux principes énoncés dans l'arrêt *W.(D.)* et avait immédiatement entrepris son appréciation de la crédibilité de la plaignante. Ses motifs, considérés globalement, révélaient que le juge avait appliqué comme il se devait le fardeau de la preuve et n'avait pas simplement comparé les versions et déplacé le fardeau de la preuve sur les épaules de l'accusé. Le rejet du témoignage de l'accusé permet « d'inférer raisonnablement que l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable en niant les accusations » (par. 13 et 27, où l'on cite *R.E.M.*, au par. 66).
>
> À mon avis, le message est clair. Les appels du verdict du juge du procès dans une instance criminelle, interjetés pour le motif que le juge n'a pas suffisamment motivé son appréciation de la crédibilité ou qu'il n'a pas appliqué comme il se devait le fardeau de la preuve, ne devraient que rarement être accueillis. Le juge du procès est réputé connaître le droit relatif au fardeau et à la norme de preuve en matière criminelle et il est réputé savoir comment l'appliquer aux faits d'une instance. La déférence est de mise étant donné l'avantage dont jouit le juge du procès du fait qu'il observe et entend les témoins. Les cours d'appel ne sont pas autorisées à substituer leur propre appréciation de la crédibilité à celle du juge du procès et elles ne doivent pas écarter ses motifs dans le but d'atteindre cet objectif (Voir l'arrêt *R.E.M.*, au par. 28, où l'on se reporte à l'arrêt *Gagnon*). Les cours d'appel ne doivent ni s'intéresser principalement aux détails omis ni « fai[re] preuve de scepticisme ». Elles ne doivent pas partir du point de vue selon lequel la dénégation de l'accusé était plausible et ensuite déterminer si le juge a écarté l'existence d'un doute raisonnable en rendant ses motifs : *R.E.M.*, au par. 68. [Par. 37 à 41]

[10] Après la publication des motifs de la Cour suprême dans l'affaire *Vuradin*, nous avons ordonné la tenue d'une audience supplémentaire dans l'affaire qui nous occupe, afin que les avocats puissent aborder la question de l'incidence possible sur celle-ci de l'arrêt *Vuradin*. En même temps, nous nous sommes penchés sur la question de savoir si les allégations de J.N.C. selon lesquelles le juge du procès avait commis une

erreur dans son appréciation de la crédibilité soulevaient une question de fait, ce qui rendait obligatoire une autorisation d'interjeter appel. Le 17 septembre, les parties ont comparu à nouveau devant nous pour traiter ces questions. L'appelant a alors présenté une motion en modification de son avis d'appel aux fins suivantes : (1) il demandait l'autorisation d'interjeter appel sur une question de fait, et (2), si cette autorisation lui était accordée, il sollicitait l'infirmation du verdict ou la tenue d'un nouveau procès en invoquant comme moyen que le juge avait commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la crédibilité. La Procureure générale ne s'est pas opposée à cette modification tardive et, partant, la motion a été accueillie. À l'issue de l'audience, nous avons accordé à J.N.C. l'autorisation sollicitée, accueilli l'appel, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Nous avons indiqué à ce moment-là que nos motifs suivraient. Voici ces motifs.

[11] Dans la présente affaire, nous avons tous trois passé l'ensemble du dossier en revue, et aucun de nous ne peut comprendre pourquoi le juge du procès n'a pas entretenu un doute raisonnable. Au mieux, le témoignage de la plaignante était sommaire, tandis que les dénégations de l'accusé étaient fermes et n'avaient aucunement été ébranlées lors du contre-interrogatoire. Néanmoins, *Vuradin* nous rappelle que la Cour suprême nous a avertis à maintes reprises que le rôle des cours d'appel n'est pas d'apprécier à nouveau la crédibilité. Nous ne pouvons pas non plus nous attendre à ce que les jugements de première instance soient parfaitement articulés. Dans l'arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, la juge McLachlin, juge en chef du Canada, a expliqué que « l'omission du juge du procès d'expliquer pourquoi il a écarté la dénégation plausible des accusations par l'accusé ne permet pas de conclure à la déficience des motifs » et que lorsque le juge avait exposé les raisons pour lesquelles il avait retenu le témoignage de la partie plaignante, et qu'il s'ensuivait nécessairement qu'il avait rejeté celui de l'accusé, « [a]ucun autre motif n'était nécessaire pour justifier le rejet du témoignage de l'accusé. » [Par. 66].

[12] Si nous appliquons les principes qui régissent notre rôle en tant que cour d'appel, nous ne pouvons pas donner effet au moyen invoqué à l'origine par J.N.C. Nous

ne pouvons pas permettre que notre malaise ou notre doute persistant au sujet du verdict, ou le fait que nous nous serions fait une autre opinion de la crédibilité de la plaignante, serve de fondement à l'infirmation du verdict : *Wilson*, au par. 36 C.4. S'il ne s'agissait que de cela, nous serions dans l'obligation de confirmer ce verdict.

[13] Dans l'affaire *Wilson*, ce qui a permis à l'appelant d'avoir gain de cause était que notre Cour a conclu que les motifs de décision eux-mêmes trahissaient un mode de raisonnement vicié, et que par conséquent la norme du doute raisonnable n'avait jamais été appliquée comme elle se devait au témoignage de M. Wilson. On ne peut pas en dire autant des motifs de décision en l'espèce. Bien que les motifs du juge ne puissent certainement pas passer pour un modèle de clarté, ils sont avantagés par les présomptions et les inférences qu'il nous faut tirer et appliquer. Nous estimons qu'ils ne sont pas entachés d'un vice du genre de celui qui était évident dans *Wilson*.

[14] Étant donné ce qui précède, nous devons faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge du procès en matière de crédibilité, à moins que J.N.C. ne puisse démontrer que ces conclusions sont le produit d'une erreur manifeste et dominante : *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, au par. 10.

[15] Dans *R. c. Arsenault*, 2005 NBCA 110, 295 R.N.-B. (2e) 123, au par. 26, et dans d'autres affaires, dont *Mollins c. R.*, 2011 NBCA 62, [2011] A.N.-B. no 237 (QL), au par. 14, notre Cour a fait sienne la définition de l'expression « manifeste et dominante » énoncée dans l'arrêt *Waxman c. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 (C.A.) (QL):

> La norme de l'« erreur manifeste et dominante » concerne à la fois la nature de l'erreur factuelle et son incidence sur l'issue de l'affaire. Une erreur « manifeste » est une erreur qui est tout à fait évidente : *Housen*, à la page 246. Les erreurs factuelles « manifestes » consistent notamment en des conclusions tirées en l'absence totale de preuves, des conclusions incompatibles avec la preuve établie, des conclusions fondées sur une interprétation erronée de la preuve et des conclusions de fait tirées à partir de faits

> primaires qui résultent d'une conjecture plutôt que d'une inférence.
>
> Une erreur « dominante » est une erreur qui est suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée. Lorsque la conclusion de fait contestée est fondée sur une multitude de conclusions, la conclusion voulant qu'une ou plusieurs de ces conclusions soient fondées sur une erreur « manifeste » ne signifie pas nécessairement que l'erreur est également « dominante ». L'appelant doit établir que l'erreur compromet irrémédiablement la conclusion de fait contestée, à tel point que le fait ne saurait être confirmé étant donné cette erreur : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la page 281. [Par. 296 et 297]

[16] À notre avis, le juge du procès a commis ce genre d'erreur dans son appréciation de la crédibilité en l'espèce. Rappelons-nous que la plaignante a témoigné que le premier incident se serait produit sur le bateau de son grand-oncle. Le juge du procès a fait de grands efforts pour expliquer que, bien qu'il n'ait pas cru que l'incident s'était produit lorsque la plaignante avait deux ans, comme elle l'avait prétendu, [TRADUCTION] « la norme de l'adulte raisonnable ne convient pas nécessairement à l'appréciation de la crédibilité des jeunes enfants » et que [TRADUCTION] « les incohérences, particulièrement en ce qui concerne les détails accessoires tels que le temps et le lieu, devraient être envisagées dans le contexte de l'âge qu'avait la témoin à l'époque des incidents dont il est question dans son témoignage. » Ces affirmations sont justes. Toutefois, le juge a ensuite dit qu'il avait été frappé par la précision des souvenirs de la plaignante relativement à la manière dont elle était montée sur le bateau et par sa description de celui-ci, et, <u>parce qu'elle avait été capable de fournir ces descriptions</u>, il a dit n'éprouver aucun doute relativement à sa crédibilité. Dans les mots du juge, [TRADUCTION] « ils [les détails fournis par la plaignante concernant le bateau] ne me laissent aucun doute sur sa crédibilité relativement à cet incident, à ce qui s'est passé sur ce bateau comme elle l'a décrit dans son témoignage. » C'est ici qu'intervient l'erreur manifeste. Les conclusions en matière de crédibilité du juge reposent sur deux suppositions : (1) que la plaignante a correctement décrit le bateau de l'accusé; et (2) que sans l'incident sur lequel portait son témoignage, elle n'aurait pas eu la connaissance

nécessaire pour décrire le bateau. Toutefois, ce mode de raisonnement est vicié pour deux raisons. Premièrement, la description du bateau donnée par la plaignante était si générale qu'il aurait pu s'agir de presque n'importe quel bateau pourvu d'une cabine. Deuxièmement, le juge n'avait pas la liberté de conclure que, sans l'incident sur lequel elle a témoigné, la plaignante n'aurait pas eu la connaissance nécessaire pour décrire le bateau. Il en est ainsi parce qu'il était incontestable qu'elle avait été sur le bateau de J.N.C. J.N.C. a témoigné au sujet de cet incident et sa version était au moins aussi plausible que celle de la plaignante. Si la plaignante s'était trouvée sur le bateau lors d'une visite anodine, sa description du bateau ne soutiendrait pas son témoignage sur l'incident qu'elle décrit comme une agression sexuelle, c'est-à-dire lorsque J.N.C. l'aurait chatouillée, lorsqu'elle avait entre deux et cinq ans, et, ce faisant, aurait touché ses seins pendant « une ou deux secondes ». Il ne s'agit pas ici d'une affaire dans laquelle un accusé nie que la plaignante ait jamais été à un certain endroit bien que la plaignante puisse décrire avec précision l'endroit en question. Il s'agit d'une affaire dans laquelle l'accusé reconnaît que la plaignante y était. Par conséquent, la description qu'elle donne de cet endroit – si l'on suppose qu'elle décrivait en fait le bateau de J.N.C. – est neutralisée.

[17] En toute déférence, il n'existe aucune corrélation entre la description du bateau donnée par la plaignante et sa crédibilité concernant l'incident qu'elle prétend avoir été une agression sexuelle. Le fait que la plaignante connaissait le bateau n'était pas un facteur qui menait à la conclusion inéluctable qu'elle disait la vérité relativement aux actes qui fondent les accusations portées contre l'accusé. À notre avis, il était illogique de la part du juge d'avoir conclu que, parce que la plaignante pouvait décrire un bateau et la manière dont elle y était montée, elle devait dire la vérité au sujet de tout le reste, surtout que la preuve comportait des éléments qui neutralisaient la valeur de ses descriptions.

[18] Bien entendu, que nous ayons conclu que le juge du procès a commis une erreur manifeste dans son appréciation de la crédibilité n'a aucune importance à moins que cette erreur ne soit aussi dominante. Nous estimons que l'erreur appartient à cette catégorie. Le juge du procès a fait de grands efforts pour expliquer pourquoi il était

convaincu que l'incident du « bateau » avait eu lieu, et par la suite il s'est contenté d'affirmer qu'il concluait que la plaignante disait la vérité concernant les autres présumés incidents, sans fournir d'analyse détaillée de quelque témoignage qui s'y rapportait. Dans les circonstances, il est tout à fait clair que les erreurs commises par le juge dans son analyse de la crédibilité relativement à l'incident du bateau ont eu une incidence sur le reste de ses conclusions. Autrement dit, le juge a fondé l'ensemble de ses conclusions en matière de crédibilité sur la description du bateau de l'accusé fournie par la plaignante. Il s'agit d'une erreur manifeste qui, dans les circonstances de l'espèce, est aussi une erreur dominante. Au bout du compte, le juge du procès a déclaré J.N.C. coupable parce qu'il a cru la plaignante, et il l'a crue en raison du fait qu'elle pouvait décrire le bateau. C'est là une erreur manifeste et dominante commise dans l'appréciation de la crédibilité.

[19] Il va sans dire qu'en tant que cour d'appel, nous n'avons pas l'avantage d'observer les témoins. Par conséquent, malgré notre malaise ou notre doute persistant au sujet du verdict, nous ne disposons d'aucun moyen de savoir comment une analyse de la crédibilité non entachée d'une erreur manifeste et dominante pourrait être effectuée en l'espèce. Cela explique pourquoi, en fin de compte, nous avons accueilli la demande d'autorisation d'appel et l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès si le Procureur général choisit cette voie.