

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

94-19-CA

KENNETH JOSEPH KERFONT

KENNETH JOSEPH KERFONT

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Kerfont v. R., 2020 NBCA 51

Kerfont c. R., 2020 NBCA 51

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Provincial Court:
June 3, 2019 (conviction)
July 29, 2019 (sentencing)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 3 juin 2019 (déclaration de culpabilité)
le 29 juillet 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:
April 21, 2020

Appel entendu :
le 21 avril 2020

Judgment rendered:
July 23, 2020

Jugement rendu :
le 23 juillet 2020

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
George E. Kalinowski

For the respondent:
Kathryn Gregory, Q.C.

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed and leave to appeal sentence is denied.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
George E. Kalinowski

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

LA COUR

L'appel de la déclaration de culpabilité est rejeté, tout comme la demande d'autorisation d'appel contre la peine.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] In March 2019, Kenneth Joseph Kerfont stood trial for the sexual assault of two young boys. The first information charged him with the sexual assault of A.B., alleged to have taken place between September 1998 and June 2000. The second charged him with sexually assaulting a different boy between January 1995 and December 1997. Both charges alleged a violation of s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*.

[2] Mr. Kerfont was convicted of the first charge and acquitted of the second. He was sentenced to five years' incarceration and 12 months of probation. The trial judge also made several ancillary orders. Mr. Kerfont says the verdict was unreasonable and the trial judge misapprehended the evidence such that a miscarriage of justice occurred. I do not agree.

II. Facts

[3] At the time of the alleged assaults, Mr. Kerfont resided with his sister, Gloria Hartford, her husband Robert Hartford, and their family. He is the youngest of 15 children who were born in Newfoundland and Labrador, although many of his siblings had relocated to Charlotte County, New Brunswick. At the age of 17, he decided to move to be near his family. Mr. Kerfont worked closely with his brother-in-law, Robert Hartford, in the forestry industry and helped his sister around the house.

[4] At the time of the trial, A.B. was 25 years of age. As a child, he lived with his mother and three sisters. While his mother worked, he and his siblings were often babysat. One of the children's babysitters was Gloria Hartford, a family friend.

[5] The alleged assaults against A.B. occurred at the Hartford home between 1998 and 2000. Five separate assaults were described by A.B. at trial and included acts of fellatio and anal intercourse, all said to have occurred when A.B. was approximately six or seven years of age. A.B. was the only boy being cared for by Mrs. Hartford at the time and he was often sent outside to play. A.B. alleged that is where he came into contact with Mr. Kerfont. Although A.B. said he was sexually assaulted by Mr. Kerfont on “at least 100 occasions”, at trial he refused to testify regarding each incident stating, “one incident of abuse was too much.” Regardless, he alleged the abuse was frequent, perhaps “a couple of times per week.” At trial, A.B. testified to five incidents in particular.

[6] According to A.B., the first incident occurred in a camper trailer located in the Hartford’s yard. A.B. said Mr. Kerfont took him into the camper and showed him his penis, then put it in A.B.’s mouth. Mr. Kerfont then subjected A.B. to anal intercourse. A.B. recounted that after the incident he was warned by Mr. Kerfont not to tell anyone or “he would be in the worst trouble of his life.” After the assault, A.B. sat outside with the Hartford’s dog, Patches. This theme was repeated throughout the incidents of abuse. The threat resonated with A.B., as, according to him, he and his siblings were often subjected to physical abuse by their mother for the slightest transgressions and he did not want to endure further physical abuse.

[7] The second incident occurred within a couple of weeks of the first. At the time, he had been at the Hartfords’ residence for the day. He was playing outside and became wet. He was sent into the house, to Mrs. Hartford’s son’s room, with Mr. Kerfont, to find a pair of socks. A.B. contended he was once again assaulted by Mr. Kerfont in the same manner as the first incident.

[8] The third incident was alleged to have occurred in the Hartford’s garage, an area the children were not permitted to be. Mr. Kerfont flipped A.B.’s winter jacket up and unbuckled the straps to his snow pants. Again, A.B. was subjected to anal intercourse. At some point during the assault, Mrs. Hartford called for Mr. Kerfont from the house so he helped A.B. dress and sent him outside.

[9] The fourth incident occurred in a shed located in the Hartford's yard. A.B. recalled he was sitting on a bench situated inside of the shed, facing a window that looked onto the driveway of the Hartford home, while Mr. Kerfont performed fellatio upon him. A.B.'s mother drove into the driveway and that put an end to the assault. A.B. was hastily dressed and sent outside to meet his mother who was unaware of the occurrence of the assault.

[10] The final incident occurred in the Hartford's large, 4' x 8', doghouse. According to A.B. it was not uncommon for him to sit in it with the Hartford's dog. According to A.B., Mr. Kerfont crawled into the doghouse with him and pulled his pants down to try and get A.B. to touch him. A.B. said he was crying and when Mr. Kerfont reached out to touch A.B. the dog tried to bite him.

[11] A.B. did not disclose the assaults until 2012, when he discussed them with a close friend. The police were not involved until 2016.

[12] In his statement to police, A.B. stated Mr. Kerfont was omnipresent at the Hartford home while he was babysat there. Although Mrs. Hartford was the babysitter, Mr. Kerfont helped. A.B. said he felt safer at the home when Mr. Hartford was around. A.B. related to the police many more incidents than the five described above.

[13] The police investigation resulted in Mr. Kerfont being charged. He was tried in the Provincial Court.

[14] Counsel for the defence led evidence suggesting A.B.'s recollections were flawed. The defence alleged that because Mr. Kerfont worked with Mr. Hartford in the woods, A.B.'s memory of Mr. Kerfont always being present at the Hartford home was mistaken. According to the defence, the two men worked together, and you would not find one without the other. Therefore, A.B.'s recollection that he was safer at the residence when Mr. Hartford was present is unreliable as Mr. Hartford and Mr. Kerfont

were rarely home. Also, the defence pointed out the significant differences between the statement made to police and the trial testimony respecting the number of incidents of sexual assault.

[15] The principal arguments relating to the facts at trial focused on the apparent “inconsistencies” between A.B.’s statement to police and his testimony. The arguments focused on whether there was opportunity to commit the offences in light of the evidence of Robert and Gloria Hartford.

[16] In his decision, the trial judge reviewed the law regarding presumption of innocence, reasonable doubt, the burden of proof on the Crown to prove guilt beyond a reasonable doubt and the obligation upon himself to evaluate all the evidence as a whole. He also discussed the jurisprudence pertaining to witnesses who describe experiences that occurred when they were children, and how he had to determine what effect, if any, the discrepancies between A.B.’s statement to police and his testimony would have on his overall assessment of A.B.’s credibility and reliability.

[17] In the end, the trial judge found A.B.’s evidence credible and reliable with respect to the salient facts. He found opportunity existed and the Crown had established its case beyond a reasonable doubt. Mr. Kerfont appeals his conviction and seeks leave to appeal the sentence.

III. Grounds of Appeal

[18] Mr. Kerfont asks this Court to quash the conviction and direct a judgment of acquittal be entered. In the alternative, he asks that the conviction be quashed, and a new trial ordered. The grounds of appeal against conviction are as follows:

- 1) The verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence in that a properly instructed trier of fact, acting judicially, could not reasonably find the appellant guilty; and

- 2) The trial judge misapprehended the evidence resulting in a miscarriage of justice.

[19] Mr. Kerfont further applies for leave to appeal the sentence of incarceration for five years.

[20] If leave is granted, he requests the court to allow the appeal and vary the sentence. The grounds of appeal against sentence are the trial judge erred:

- 1) in law by misapplying judicial precedents.
- 2) in principle by focusing on general deterrence to the exclusion of other sentencing principles.
- 3) in principle in imposing a sentence that was unreasonable.

A. *Appeal against conviction*

1. Unreasonable verdict / Miscarriage of justice

[21] The authority of an appellate court to allow an appeal against conviction in a case such as this is grounded in ss. 686(1)(a)(i) and (iii):

Powers of the Court of Appeal

686 (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

Pouvoirs de la cour d'appel

686 (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

[...]

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice[.]

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu’il est déraisonnable ou ne peut pas s’appuyer sur la preuve,

[...]

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire[.]

[22] In *Melanson v. R.*, 2018 NBCA 61, [2018] N.B.J. No. 212 (QL), Green J.A. states:

Although *Yeves* dealt with a verdict delivered in a jury trial, the Supreme Court has made clear appellate courts are to follow the same approach in determining the reasonableness of verdicts in judge-alone trials. In *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, the court reaffirms the *Yeves* test and discusses its applicability in cases of “a judge sitting at trial without a jury”:

The test for an appellate court determining whether the verdict of a jury or the judgment of a trial judge is unreasonable or cannot be supported by the evidence has been unequivocally expressed in *Yeves* as follows:

[C]urial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard[...]. [T]he test is ‘whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered’.

(*Yeves, supra*, at p. 185 (quoting *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, at p. 282, per Pigeon J.))

That formulation of the test imports both an objective assessment and, to some extent, a subjective one. It requires the appeal court to determine what verdict a reasonable jury, properly instructed, could judicially have arrived at, and, in doing so, to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence. This

latter process is usually understood as referring to a subjective exercise, requiring the appeal court to examine the weight of the evidence, rather than its bare sufficiency. The test is therefore mixed, and it is more helpful to articulate what the application of that test entails, than to characterize it as either an objective or a subjective test.

[para. 12]

[23] The issue to determine on appeal is the reasonableness of the guilty verdict based on the whole of the evidence that was accepted by the trial judge. In *Melanson*, this Court wrote:

Our task in Mr. Melanson’s appeal, therefore, is to determine the reasonableness of the guilty verdict based “on the whole of the evidence”. To accomplish this task, we must “re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence”. Since this case depends on circumstantial evidence, the question to be answered is the following: Could the trial judge, acting judicially, “reasonably be satisfied” that Mr. Melanson’s guilt “was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence”? [para. 14]

See *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1; *Oland v. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] N.B.J. No. 230 (QL); *Lecompte v. R.*, 2018 NBCA 33, [2018] N.B.J. No. 130 (QL), *Gavin v. R.*, 2019 NBCA 19, [2019] N.B.J. No. 42 (QL).

2. Application to this case

(a) *Alleged errors respecting the testimony of witnesses*

[24] Mr. Kerfont alleges an unreasonable conviction and a miscarriage of justice has occurred on the basis the trial judge made errors in his consideration of the testimony of witnesses. He contends the trial judge misapprehended the evidence and made errors in his assessment of the evidence, which were material to his determination

that the Crown had proven beyond a reasonable doubt Mr. Kerfont had sexually assaulted A.B. Mr. Kerfont submits the errors are:

- 1) With respect to A.B.'s credibility, his evidence during direct examination differed from the statement he made to the police regarding his presence at the Hartford residence while Mr. Kerfont was there. During cross-examination, A.B. was questioned about the discrepancy in his direct testimony where he stated Mr. Kerfont was at the Hartford residence "a couple of times a week" whereas in his statement to police he stated although Mrs. Hartford was the caregiver, Mr. Kerfont was always there and helped look after the children. Mr. Kerfont submits this is critical considering the frequency of the alleged assaults.
- 2) With respect to the discrepancy in the number of assaults contained in the police statement and A.B.'s testimony, the judge, in his oral decision, said the difference in the number of assaults had to be considered in light of the experiences of a young person. Mr. Kerfont claims the judge erred because the statement was given to the police when A.B. was an adult. He says the trial judge erred by acknowledging this discrepancy but relying on jurisprudence that concerned child witnesses. The trial judge referred to A.B.'s testimony as being that of a young person experiencing abuse and recalling it in a certain way and when A.B. said there were 100 incidents, it was not to be taken literally but rather, that A.B. meant to convey persistent abuse. Mr. Kerfont says the difference in A.B.'s evidence ought to have concerned the trial judge, particularly when A.B. testified he was assaulted multiple times per day. Mr. Kerfont submits in order for the assaults as described by A.B. to have occurred, Mr. Kerfont would have to have been at the Hartford property more frequently than A.B. testified to at trial.
- 3) Mr. Kerfont submits the trial judge misapprehended the evidence of Mr. and Mrs. Hartford regarding the timeframe that Mrs. Hartford babysat A.B. Mrs.

Hartford was clear it was for a few months in the spring of one year until the end of June when school ended. Mr. Hartford testified that his wife babysat A.B. and his siblings for only a few months and not during wreath-making season which would have made an assault in the fall of the year impossible. Mr. Kerfont says the trial judge misinterpreted Mr. Hartford's testimony regarding the number of occasions A.B.'s mother arrived late to pick up the children. Mr. Kerfont submits the evidence regarding the length of time Mrs. Hartford babysat A.B. and his siblings was critical to the defence's position that A.B. and Mr. Kerfont were not at the Hartford property at the same time. The trial judge did not find it implausible that the abuse occurred, and the defence evidence did not eliminate the existence of opportunity. Mr. Kerfont purports in doing this, the trial judge shifted the burden of proof from the Crown to the defence.

- 4) Mr. Kerfont submits Mrs. Hartford's testimony was clear that when Mr. Hartford worked, Mr. Kerfont was always with him. Furthermore, she testified he did not help her babysit A.B. and his siblings. Mrs. Hartford contradicted A.B.'s evidence that he was sent outside with Mr. Kerfont. Mr. Kerfont contends the trial judge did not consider Mrs. Hartford's evidence on this point.
- 5) Mr. Kerfont submits the trial judge erred in his treatment of defence evidence respecting the implausibility of the incidents alleged by A.B. He says where the Crown's case is wholly dependent on A.B.'s testimony, the credibility and reliability of his evidence must be tested in light of all of the evidence. Mr. Kerfont's position is that rather than testing A.B.'s evidence against the implausibility of the assaults occurring in the manner described by A.B., the trial judge discounted the potential of the implausibility raising a reasonable doubt, that the defence evidence did not eliminate the possibility existed.

[25] The grounds set out in the Notice of Appeal do not correspond to these arguments. Mr. Kerfont is challenging the trial judge's assessment of A.B.'s credibility and the manner in which the judge weighed the evidence of Gloria and Robert Hartford and other defence witnesses. He further submits the judge misapprehended evidence and made errors in his assessment of evidence which were material to his findings of fact, all of which resulted in an unreasonable verdict. Mr. Kerfont has misstated the standard of review. Properly worded, this ground of appeal should have been framed as a palpable and overriding error in the judge's assessment of credibility and fact. I will address the arguments Mr. Kerfont made on the basis of whether the facts as found by the trial judge could reasonably have led to a conviction.

(b) *The jurisprudence*

[26] Recently in *Gavin*, LaVigne J.A. discussed the applicable principles regarding unreasonable verdicts, misapprehension of evidence, and miscarriages of justice:

The Court may also find a verdict unreasonable if the trial judge has drawn an inference or made a finding of fact essential to the verdict that (1) is plainly contradicted by the evidence relied on by the trial judge in support of that inference or finding, or (2) is shown to be incompatible with evidence that has not otherwise been contradicted or rejected by the trial judge: *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746, at para. 9.

Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* dictates a full review of the evidential record. However, at the end of the required evidential re-examination and to some extent re-weighing, it is the probative effect of the totality of the evidence that is determinative, not the probative value of individual pieces of evidence in isolation from their context: see *Oland*, at para. 29. Furthermore, when reviewing the trial judge's assessments of credibility, the Court can only interfere if it is established they cannot be supported on any reasonable view of the evidence: see *R. v. R.P.*, at para. 10.

Whereas the question of whether a verdict is reasonable is one of law, whether a witness is credible is a question of fact. Findings of fact, including credibility findings, deserve deference. As an appellate court, we do not have the advantage of seeing and hearing the witnesses.

The standard of appellate review on issues of credibility was restated by Drapeau C.J.N.B (as he then was) in *Gillis*, at paras 74-75: the Court must defer to the findings of credibility of the trial judge unless a palpable and overriding error can be shown.

The standard for appellate intervention based on evidential misapprehension is stringent. The misapprehension must go to the substance rather than to detail; must be material, rather than peripheral to the reasoning of the trial judge; and the errors must play an essential part in the reasoning process resulting in conviction and rendering the trial unfair: *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732, at para. 2, and *Gillis*, at para. 76. Any error, including one involving a misapprehension of the evidence by the trial judge, is assessed by reference to its impact on the fairness of the trial. [paras. 9-13]

[27] Although s. 686(1)(a)(i) requires this Court to review all of the evidence that was before the trial judge, it does not permit us to substitute our opinion for that of the trial judge simply because we would have come to a different conclusion on the same evidence (see *R. v. Yebes*, [1987] 2 SCR 168, [1987] S.C.J. No. 51 (QL)).

[28] In *R. v. Shaoulle*, 2016 SCC 16, [2016] 1 S.C.R. 268, the Supreme Court dismissed an appeal for the same reasons as the majority of the Court of Appeal for Saskatchewan, (2015 SKCA 101, [2015] S.J. No. 492 (QL)) which upheld the accused's conviction for first degree murder. Mr. Shaoulle's sole ground of appeal before both the Supreme Court and the Court of Appeal for Saskatchewan was the verdict was unreasonable or could not be supported by the evidence. In the case before us, the Crown summarized in its written submission, the salient principles delineated in *Shaoulle* which are to be considered in cases where an unreasonable verdict is alleged to be the outcome of a judge-alone trial. I am reproducing its summary:

- a. the Court must determine *on the whole of the evidence* whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered;
- b. to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence;
- c. this process will be the same whether the case is based on *circumstantial or direct evidence*;
- d. the review for unreasonableness on appeal is different, however, and somewhat easier when the judgment under attack is that of a single judge;
- e. the reviewing appellate court may be able to identify a flaw in the evaluation of the evidence, or in the analysis, that will serve to explain the unreasonable conclusion reached, and justify the reversal;
- f. the court of appeal often can and should identify the defects in the analysis that led the trier of fact to an unreasonable conclusion. *The court of appeal will therefore be justified to intervene and set aside a verdict as unreasonable when the reasons of the trial judge reveal that he or she was not alive to an applicable legal principle, or entered a verdict inconsistent with the factual conclusions reached*;
- g. *the Supreme Court clarified that where a judge sitting without a jury gives detailed reasons for judgment, and the judge is alive to the recurrent problems of adjudication, the court of appeal brings no special insight to the assessment of evidence. One matter in particular is addressed: while reweighing the evidence is part of the task of an appellate court when addressing the issue of whether the verdict is unreasonable, the court should not intervene merely because it has a doubt where the trial judge did not*; and
- h. as part of the assessment for unreasonableness, it is useful to begin with a review of what was argued at trial and how the judge assessed those arguments.

[Emphasis in original.]

[29] In my view, the evidence at trial was primarily based upon the reliability of the direct evidence of A.B., who was a young boy at the time of the assaults, considering the evidence introduced on behalf of Mr. Kerfont by his sister, brother-in-law and two family friends. The trial judge assessed the credibility of all of the witnesses and, although he found the defence witnesses to be credible, he said the following:

[...] Opportunity existed. People may think that they would notice abuse if it were occurring but unfortunately this activity is not always discovered, and allegations of abuse often galvanize each side based upon their own beliefs. One would always hope that they can spot the signs of abuse, but that is often not the case. Children are often told not to tell anyone what is happening.

[Transcript, June 3, 2019, p. 31]

[30] As stated earlier, Mr. Kerfont argues there are five occasions when the trial judge misapprehended evidence, specifically pertaining to the credibility and reliability of A.B.'s testimony. Mr. Kerfont submits this played an essential role in the judge's reasoning. In *R. v. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL), misapprehension of evidence is described as the "failure to consider evidence relevant to a material issue, a mistake as to the substance of the evidence, or a failure to give proper effect to the evidence" (para. 83).

[31] In *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732, the Supreme Court wrote that an appeal for misapprehension of evidence requires that the alleged error be material, not peripheral, to the reasoning of the trial judge, and the error must play an essential part in the reasoning process resulting in a conviction. The Alberta Court of Appeal, in *R. v. Lee*, 2010 ABCA 1, [2010] A.J. No. 72 (QL), affirmed by SCC, 2010 SCC 52, [2010] 3 S.C.R. 99, addressed differences between the *Biniaris* test for unreasonable verdict, and the test in *Lohrer* for misapprehension of evidence:

In this case the Crown argued that the *Biniaris* test applies, but the appellant disclaimed any reliance on *Biniaris*. Rather, the appellant argued that the trial judge had "misapprehended the evidence". The standard of review in this type of appeal is set out in *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80,

[2004] 3 S.C.R. 732 at para. 1, quoting from *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514, 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A.) at p. 541:

Where a trial judge is mistaken as to the substance of material parts of the evidence and those errors play an essential part in the reasoning process resulting in a conviction, then, in my view, the accused's conviction is not based exclusively on the evidence and is not a “true” verdict.

The test is stringent, and the error “must play an essential part not just in the narrative of the judgment but ‘in the reasoning process resulting in a conviction’”: *Lohrer* at para. 2. It is unclear whether the test really adds anything to the “palpable and overriding error” standard of review generally applied to findings of fact and credibility, excepting to convert it into an issue of law. As pointed out in *Biniaris* at paras. 23, 26, this type of error is characterized as an error of law partly for forensic reasons, to permit appellate review in cases of clear injustice when an appeal is only available on a point of law. [para. 8]

[32] In *Thomas v. R.*, 2007 NBCA 3, 310 N.B.R. (2d) 342, this Court discusses grounds of appeal which are an attempt to mask findings of fact as errors of law:

Mr. Thomas raises 6 [six] grounds of appeal alleging either error in law or an unreasonable verdict. With respect, while his grounds of appeal are cunningly crafted in an attempt to camouflage what were in effect factual and credibility findings as errors of law, the true nature of this appeal remains an attack on the factual findings of the trial judge on the basis of the credibility findings that he made. Mr. Thomas takes issue with the trial judge’s acceptance of, and reliance on, the testimony of Kirby and Sonya MacLeod, arguing that they had had an opportunity to discuss the events before being called to testify and that there were some inconsistencies in their testimony that ought to have raised a reasonable doubt.

Disguising a ground of appeal as a question of law does not make it a question of law. As stated in *R. v. Simon*, [1999] N.B.J. No. 393 (C.A.) (QL) and *R. v. Boudreau*, [2004] N.B.J. No. 416 (C.A.)(QL), 2004 NBCA 87, and recently repeated in *Moffitt v. R.*, [2006] N.B.J. No. 464 (C.A.)

(QL), 2006 NBCA 100, the credibility of trial witnesses is not a question of law alone. [paras. 8-9]

[Emphasis added.]

[33] In my opinion, this is precisely what Mr. Kerfont is attempting to do; camouflage alleged factual and credibility findings as errors of law. In reality, he is attacking factual findings made by the trial judge. No question of law exists.

(c) *Provincial Court judge's decision*

[34] Mr. Kerfont's primary issue is with the findings of fact and credibility made by the trial judge. This Court owes deference to findings of fact and credibility. Although the test in *Lohrer* may characterize findings of fact and credibility as errors of law, this hurdle is only overcome in clear cases of injustice. In my view that is not the case before us. The trial judge said:

I must decide, looking at the evidence as a whole, whether the Crown has proven Mr. Kerfont's guilty beyond a reasonable doubt. If I have a reasonable doubt about Mr. Kerfont's guilt arising from the evidence, the absence of evidence, or the credibility or reliability of one or more of the witnesses, then he must be found not guilty. Reasonable doubt applies to the issue of credibility. On any given point, I may believe a witness, disbelieve a witness, or not be able to decide. I need not fully believe or disbelieve one witness or a group of witness – group of witnesses. If I have a reasonable doubt about Kenneth Kerfont's guilt arising from the credibility of the witnesses, then he must be found not guilty. Both the Crown and Defence narrowed the issue to be whether the evidence of the complainants is both credible and reliable. It is apparent that the events complained as having occurred against each of them was while they were in the very early years of their formal education, grades 1 and 2 and 3 or 4 of elementary school; clearly under the age of 14. Consent cannot be obtained from a person under the age of 14 to engage in the activity complained. Clearly if the evidence of the complainants is accepted they were too young to consent to sexual activity with Mr. Kerfont. [...] With respect to [A.B.] I find that his evidence is compelling, delivered in

an emotional and raw manner; however, that in and of itself is insufficient to ground a finding of guilt beyond a reasonable doubt. The Defence provided reference to *R v. G.W.* 1999 CanLii 3125 (ONCA). In that decision reading from paragraph 14 onward:

[14] The proper approach to the burden of proof is to consider all of the evidence together and not to assess individual items of evidence in isolation: ... This is particularly true where the Crown's case depends solely on the unsupported evidence of the complainants and where the principal issue is those witnesses' credibility and reliability. As Rowles J.A. emphasized in *R. v. R.W.B. (1993)*, 40 W.A.C. 1 (B.C.C.A), these issues are not to be determined in isolation. She said at p. 9:

Where, as here, the case for the Crown is wholly dependent upon the testimony of the complainant, it is essential that the credibility and reliability of the complainant's evidence be tested in the light of all of the other evidence presented. [Emphasis added.]

[Transcript, June 3, 2019, pp. 20-25]

The trial judge determined A.B.'s evidence was credible and reliable with respect to the salient facts.

[35] Mr. Kerfont contends the trial judge misapprehended the material evidence which played an essential part in his reasoning. The judge addressed four of the five alleged misapprehensions of the evidence in the following portion of the decision:

The heinous nature of the acts complained of almost lends to a belief in the implausibility that an adult would behave in such a manner towards a defenseless child at a significant disadvantage of size and equality." Unfortunately, time and again we have been witness to incidents of this mistaken belief. The Defence points out exaggerations of [A.B.] that have been scaled back and inconsistencies with respect to Mr. Kerfont's presence in the home. As stated before, [A.B.] stated the abuse happened a hundred times and seemed daily. To a young

person experiencing abuse, I can only assume that it would seem that way. His evidence at trial gave examples well short of that but nevertheless too many for any person, particularly one of a tender age to endure. I don't believe that his statement to Constable Henry that 100 incidents was intended to be literal, but a statement intended to convey the persistence of the abuse. With respect to Mr. Kerfont always being around and abuse not happening while Mr. Hartford was home, one must remember that [A.B.] was attending school and not at the home all day. And there certainly would be instances when Mr. Kerfont, even if working in the woods, would be there at the same time as the children because remember Robert Hartford was frustrated that the children would still be there when he got home, that [A.B.]'s mother was late picking them up frequently, to the point that it was a point of irritation for Mr. Hartford and a reason he wanted Mrs. Hartford to give up babysitting the [B.] kids. Evidence of the Defence also supports [A.B.'s] claims of where abuse often occurred; that is outside the home. At the end of the day it was apparently Mr. Kerfont's responsibility to ensure that the equipment was cleaned and put away ready for the next day. While Mr. Hartford in his evidence said that he – said he'd be – get cleaned up and relax. The hours that they returned from work would vary and there were occasions when they couldn't work; particularly in the spring. So, Mr. Kerfont would be outside in the yard, in the garage or the shed at the end of the day. [A.B.] was also outside a lot. He says he was sent outside to play; Mrs. Hartford said that he played outside. In those circumstances I don't find it implausible that the abuse could have occurred. Certainly, there would be opportunity, if opportunity was being sought. [A.B.] further states that he felt safer when Mr. Hartford was around lending to his suggestion that Mr. Hartford and Mr. Kerfont didn't work together but that was – but that he was seldom there. On cross examination he acknowledges that that's what he remembers but also added he doesn't pair the two; Robert's presence and being molested. That's not his memory, it's the memory of being a 5 or 6 year old boy. Children remember things – children remember things differently than adults. The critical issue is the abuse itself as opposed to the actual employment issues. [A.B.] was asked if he remembered any sensory issues relating to Mr. Kerfont. He responded that Mr. Kerfont wasn't circumcised and that he smelled of body odor. The presence of body odor would certainly be

expected at the end of a long day, while putting tools and machinery away before getting cleaned up and having dinner. The Defence evidence doesn't eliminate that opportunity existed. Opportunity did not exist to the point of 100 instances, however. But I don't believe that his statement of 100 instances very early in his video taped interview with Constable Henry was intended to be taken as literal, only the continuing nature of the abuse; it is hyperbole. I find his evidence credible and reliable with respect to the salient facts and that is that sexual abuse occurred. Opportunity existed.

[Transcript, June 3, 2019, pp. 20-31]

[36] With respect to the contention the trial judge erred by relying on jurisprudence respecting child witnesses, the trial judge accounted for and explained the alleged inconsistencies between A.B.'s statement to police and his testimony at trial. The judge concluded that A.B. was using hyperbole when he described being assaulted over a hundred times. The trial judge accepted that multiple assaults to a child might feel like hundreds of times. The trial judge stated:

The evidence of [A.B.] was that the assaults were constant and unrelenting abuse given opportunity. With respect to conflicting or missing details, *R. v. W.(R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, and *R. v. D.M.S.*, 2014 NBCA 3, the evidence of a child witness is not to be considered inherently unreliable. In this instance both complainants are young men, but recounting experiences as children. The common-sense approach should be taken with evidence of children or recollections from childhood. Courts have been cautioned not to impose the same exacting standards on the evidence as it does on adults. However, this is not to say that Courts should not carefully assess the credibility of child witnesses or witnesses testifying to childhood experiences. Further children's evidence should be treated with caution where caution is merited in the circumstances of the case. In assessing credibility and reliability of the complainants' evidence, I may find that a witness said one thing in the witness box and something different about the same subject on an earlier occasion; this may be a factor in assessing the witness' credibility. Clearly, this is an issue with respect to [A.B.]'s evidence. I have to determine what effect any differences will have on the overall assessment of the witness' credibility. They may have a huge effect, or no

effect, or somewhere in between; not every difference is important. I must consider the extent and nature of any difference. Was it on a central point or something peripheral? I must consider any explanation the witness gave. Was the explanation satisfactory? The Defence's position again is that there is a significant difference in the presence of Mr. Kerfont in the home while the [B.] kids were being babysat. Mr. [B.] suggests he was around constantly, helping Mrs. Hartford while the Defence evidence suggests that he was with Mr. Hartford in the woods, around only when the weather conditions were such that he couldn't go to work in the woods, suggesting there was a change in the narrative when Mr. [B.] became aware of the alibi evidence being put forward by the Defence. They further state that there is a lack of objective plausibility to both complainants' evidence in that it is highly implausible that Mr. Kerfont would engage in such high-risk behavior in or around the home when others are present. The nature of the sexual assaults complained does not match up with the opportunity to commit the acts significantly impacting the reliability of the complainants' evidence. [Transcript, June 3, 2019, pp. 21-24]

Therefore, it is apparent the trial judge did not err in his approach to evidence that is a childhood recollection.

[37] Additionally, the trial judge reviewed and then assessed the evidence of Gloria and Robert Hartford on the issue of opportunity and determined opportunity could have existed and their evidence did not preclude such events. In fact, it would have been unreasonable for the trial judge to have relied on the evidence of the Hartfords to conclude the offences did not happen. It is simply implausible to suggest that Gloria and Robert Hartford were constantly present, and able to be aware of all goings-on in their busy household at all material times.

[38] This situation included direct evidence, a case where acceptance of A.B.'s evidence could reasonably result in a conviction. The trial judge assessed the credibility of all witnesses. He accepted the defence's evidence but all it amounted to, in the end,

was that although a hundred incidents did not occur, there was opportunity for the assaults testified to by A.B. and he believed A.B. He said:

Notwithstanding the positions stated by Mrs. Hartford that it just never happened, based on the foundation that she never noticed [A.B.] upset in any way and her hope and expectation that she would recognize something was wrong, it still could have transpired as [A.B.] testified. There was no reason for [Mr. Kerfont] and [A.B.] not to be outside together, or indeed together at any time.

[Transcript, June 3, 2019, p. 16]

[39] The trial judge was satisfied the Crown had proven the offences respecting A.B. beyond a reasonable doubt. He summarized the evidence in detail, and he applied the law concerning credibility properly. In my view, the trial judge did not commit an error in law. His findings were the result of the application of a legally correct framework to the evidence before him.

[40] Mr. Kerfont bears the burden of establishing verdict unreasonableness under s. 686(1)(a)(i). He has not discharged that burden. After reviewing the transcript, and analyzing the trial judge's decision, I conclude the trial judge did not commit any palpable and overriding error in his assessment of the evidence and the verdict was not unreasonable. The trial judge did not draw any inferences or make findings of fact that were incompatible with evidence that was not otherwise contradicted or rejected.

(d) *Insufficiency of reasons*

[41] In his written brief, Mr. Kerfont discusses *S.S. v. R.*, 2011 NBCA 75, 376 N.B.R. (2d) 146. Although no argument accompanies the citation, Mr. Kerfont indicates the case stands for the importance for trial judges to provide reasons for conclusions respecting credibility and reasonableness. In *Frigault v. R.*, 2012 NBCA 8, 383 N.B.R. (2d) 266, this Court referred to *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 and held that: "appellate intervention should be avoided unless the judge's reasons are deficient to

the point of foreclosing meaningful appellate review.” Further citing *R.E.M.*, this Court stated:

Mr. Frigault contends the judge erred in law by failing to provide sufficient reasons. The Supreme Court’s most recent pronouncement respecting sufficiency of reasons is found in *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3:

In *R. v. Walker*, [2008] 2 S.C.R. 245, 2008 SCC 34, the issue was whether the trial judge’s reasons had adequately detailed the path to the verdict. Binnie J., writing for the Court, held that while the reasons “fell well short of the ideal”, they were not so impaired that the Crown’s right of appeal was impaired. He stated: “Reasons are sufficient if they are responsive to the case’s live issues and the parties’ key arguments. Their sufficiency should be measured not in the abstract, but as they respond to the substance of what was in issue”.

In summary, the cases confirm:

- (1) Appellate courts are to take a functional, substantive approach to sufficiency of reasons, reading them as a whole, in the context of the evidence, the arguments and the trial, with an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered (see *Sheppard*, at paras. 46 and 50; *Morrissey*, [[1995] O.J. No. 639 (QL)] at p. 524).
- (2) The basis for the trial judge’s verdict must be “intelligible”, or capable of being made out. In other words, a logical connection between the verdict and the basis for the verdict must be apparent. A detailed description of the judge’s process in arriving at the verdict is unnecessary.
- (3) In determining whether the logical connection between the verdict and the basis for the verdict is established, one

looks to the evidence, the submissions of counsel and the history of the trial to determine the “live” issues as they emerged during the trial.

This summary is not exhaustive, and courts of appeal might wish to refer themselves to para. 55 of *Sheppard* for a more comprehensive list of the key principles. [para. 9]

[42] In my view, the trial judge undertook an extensive review of the evidence and explained his credibility findings. He discussed and resolved the inconsistencies in the evidence. The reasons provided by the trial judge allow meaningful appellate review. There is no merit to this argument.

B. *Appeal against sentence*

[43] Mr. Kerfont requires leave from this Court to appeal his sentence. In *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, the Supreme Court expanded the scope of deference to be afforded trial judge’s decisions respecting sentences. The Supreme Court explains:

In my view, an error in principle, the failure to consider a relevant factor or the erroneous consideration of an aggravating or mitigating factor will justify appellate intervention only where it appears from the trial judge’s decision that such an error had an impact on the sentence.

[para. 44]

[44] This Court has repeatedly stated the standard of review of sentencing is as delineated in *R. v. LeBlanc*, 2003 NBCA 75, 264 N.B.R. (2d) 341. Drapeau C.J.N.B. (as he then was) wrote that at least one of the following questions must be answered in the affirmative in order to vary a sentence:

A number of recent decisions including, among others, *R. v. H.S.L.* (2000), 231 N.B.R. (2d) 358 (C.A.), at para. 28, *R. v. Parent (D.)* (2001), 236 N.B.R. (2d) 370 (C.A.), at para. 8, *R. v. R.P.* (2001), 245 N.B.R. (2d) 179 (C.A.), at para. 11, *R. v. Daigle (M.)*, [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 4

(C.A.), at para. 8, *R. v. Kerton (R.E.) et al.* (2002), 250 N.B.R. (2d) 177 (C.A.), at para. 25, and *R. v. Kuriya*, [2003] N.B.J. No. 336 (Q.L.) (C.A.) at paras. 20-21, stand for the proposition that intervention on appeal against sentence is inappropriate unless at least one of the following questions is answered affirmatively: (1) Is the sentence the result of an error of law? (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*? [para. 17]

[45] The sentence imposed by the trial judge was not the result of an error of law; he did not err in principle when he exercised his discretion; and the sentence is not unreasonable taking into consideration the purpose and principles set out in s. 718-718.2 of the *Criminal Code*. The trial judge was well within the appropriate range of sentence according to recent jurisprudence on the issue. The sentence imposed was reasonable and intervention by this Court is not warranted.

IV. Conclusion

[46] There is no basis for appellate intervention in this case. Accordingly, I would dismiss the appeal against conviction and deny leave to appeal the sentence. Consequently, I would revoke Mr. Kerfont'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 QUIGG

I. Introduction

[1] En mars 2019, Kenneth Joseph Kerfont a subi son procès pour agression sexuelle à l'endroit de deux jeunes garçons. Dans la première dénonciation, il était accusé d'avoir agressé sexuellement A.B. entre septembre 1998 et juin 2000. Dans la deuxième dénonciation, il était accusé d'avoir agressé sexuellement un autre garçon entre janvier 1995 et décembre 1997. Les deux chefs d'accusation font chacun état d'une infraction visée à l'alinéa 271(1)a) du *Code criminel*.

[2] M. Kerfont a été reconnu coupable quant à la première inculpation et acquitté quant à la deuxième. Une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 12 mois de probation lui a été infligée. Le juge du procès a aussi rendu plusieurs ordonnances accessoires. M. Kerfont affirme que le verdict était déraisonnable et que le juge du procès a interprété la preuve erronément, de sorte qu'une erreur judiciaire a été commise. Je ne suis pas du même avis.

II. Faits

[3] Au moment des agressions présumées, M. Kerfont habitait avec sa sœur, Gloria Hartford, ainsi que son mari Robert Hartford et le reste de leur famille. M. Kerfont est le cadet d'une famille de 15 enfants qui sont nés à Terre-Neuve-et-Labrador, mais qui ont déménagé, pour bon nombre, dans le comté de Charlotte, au Nouveau-Brunswick. À 17 ans, M. Kerfont a décidé de déménager pour se rapprocher de sa famille. Il a travaillé étroitement avec son beau-frère, Robert Hartford, dans le secteur forestier et il donnait un coup de main à sa sœur à la maison.

[4] Au moment du procès, A.B. était âgé de 25 ans. Enfant, il vivait avec sa mère et ses trois sœurs. Lorsque la mère était au travail, A.B. et ses sœurs étaient souvent laissés aux soins de gardiens d'enfants, notamment Gloria Hartford, une amie de la famille.

[5] Les agressions présumées à l'endroit de A.B. ont eu lieu au domicile des Hartford, entre 1998 et 2000. A.B. a décrit cinq agressions distinctes au procès, notamment des fellations et des relations sexuelles anales, qui se seraient toutes déroulées alors qu'il avait six ou sept ans. A.B. était le seul garçon alors confié aux soins de M^{me} Hartford et il était souvent envoyé jouer à l'extérieur. C'est là que A.B., selon ses dires, a été en contact avec M. Kerfont. Bien que A.B. ait dit avoir été agressé sexuellement [TRADUCTION] « au moins 100 fois » par M. Kerfont, il a refusé de témoigner sur chaque incident au procès, en disant : [TRADUCTION] « un seul cas d'abus sexuel en est un de trop ». Quoi qu'il en soit, A.B. a affirmé que les abus sexuels étaient fréquents, survenant peut-être [TRADUCTION] « quelques fois par semaine ». Dans son témoignage au procès, A.B. a décrit cinq incidents en particulier.

[6] A.B. a indiqué que le premier incident avait eu lieu dans une caravane garée dans la cour des Hartford. A.B. a dit que M. Kerfont l'avait conduit dans la caravane, puis lui avait montré son pénis avant de le lui mettre dans la bouche. M. Kerfont lui avait ensuite fait subir des relations sexuelles anales. A.B. a rapporté qu'après l'incident, M. Kerfont l'avait averti de n'en rien dire à personne, sinon [TRADUCTION] « il serait dans le pire pétrin de toute sa vie ». Après l'agression, A.B. est resté assis à l'extérieur avec Patches, le chien des Hartford. Ce thème s'est répété dans tous les incidents de violence. La menace proférée trouvait écho chez A.B. puisque, a-t-il dit, sa mère leur infligeait souvent des sévices pour la moindre faute, à ses sœurs et à lui, et il ne voulait pas en subir davantage.

[7] Le deuxième incident est survenu quelques semaines après le premier. A.B. avait passé la journée chez les Hartford et il s'était trempé en jouant dehors. A.B. a été envoyé à l'intérieur, en compagnie de M. Kerfont, chercher une paire de bas dans la

chambre du fils de M^{me} Hartford. A.B. a affirmé que M. Kerfont l'avait agressé à nouveau, de la même manière que lors du premier incident.

[8] Le troisième incident serait survenu dans le garage des Hartford, un endroit où il était interdit aux enfants d'aller. M. Kerfont a relevé la veste d'hiver de A.B. et détaché les bretelles de son pantalon de neige. A.B. a subi à nouveau des relations sexuelles anales. À un certain moment pendant l'agression, M^{me} Hartford a appelé M. Kerfont depuis la maison et celui-ci a donc dirigé A.B. vers l'extérieur après l'avoir aidé à se rhabiller.

[9] Le quatrième incident est survenu dans une remise située dans la cour des Hartford. A.B. a raconté que M. Kerfont lui avait fait une fellation, tandis qu'il était assis sur un banc à l'intérieur de la remise, devant une fenêtre qui donnait sur la voie d'accès pour autos de la maison des Hartford. L'agression a été interrompue par l'arrivée, dans la voie d'accès pour autos, de l'automobile de la mère de A.B. M. Kerfont a rhabillé A.B. à la hâte, puis l'a dirigé hors de la remise pour y rencontrer sa mère, qui n'a pas eu connaissance de l'agression.

[10] Le dernier incident est survenu dans la niche de grande dimension (4 pi sur 8 pi) des Hartford. A.B. a affirmé qu'il lui arrivait assez souvent de s'asseoir dans la niche avec le chien des Hartford. A.B. a raconté que M. Kerfont s'y était faulé et qu'il avait abaissé son pantalon pour essayer de le forcer à le toucher. A.B. s'est mis à pleurer et, lorsque M. Kerfont a cherché à le toucher, le chien a tenté de le mordre.

[11] A.B. n'a divulgué les agressions qu'en 2012, lorsqu'il en a parlé à un ami proche. La police n'est intervenue qu'en 2016.

[12] Dans sa déclaration à la police, A.B. a dit que M. Kerfont était omniprésent dans la maison des Hartford lorsqu'il y était gardé. Même si M^{me} Hartford était la gardienne, M. Kerfont lui apportait son aide. A.B. a indiqué qu'il se sentait plus en sécurité à la maison lorsque M. Hartford y était présent. A.B. a raconté beaucoup plus d'incidents à la police que les cinq décrits ci-dessus.

[13] L'enquête de la police a conduit à l'inculpation de M. Kerfont. Ce dernier a subi son procès devant la Cour provinciale.

[14] L'avocat de la défense a produit une preuve visant à montrer que les souvenirs de A.B. étaient déficients. La défense a avancé que, puisque M. Kerfont travaillait avec M. Hartford dans la forêt, A.B. se trompait lorsqu'il disait que M. Kerfont était toujours présent dans la maison des Hartford. Les deux hommes travaillaient ensemble, a ajouté la défense, et l'un n'était jamais sans l'autre. On ne pouvait donc se fier à la mémoire de A.B. lorsqu'il disait se sentir plus en sécurité quand M. Hartford était présent à la maison, comme celui-ci et M. Kerfont s'y trouvaient rarement. La défense a aussi relevé le nombre très différent d'incidents d'agression sexuelle dont A.B. avait fait état devant la police et durant son témoignage au procès.

[15] Les principaux arguments portant sur les faits étaient centrés, au procès, sur les apparentes [TRADUCTION] « incohérences » entre la déclaration de A.B. à la police et son témoignage. L'argumentation s'est concentrée sur la question de savoir si, au vu des témoignages de Robert et Gloria Hartford, M. Kerfont avait bien eu l'occasion de commettre les infractions.

[16] Dans sa décision, le juge du procès a passé en revue le droit portant sur la présomption d'innocence, le doute raisonnable, le fardeau de preuve du ministère public – prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable – et sa propre obligation d'évaluer la preuve dans son ensemble. De plus, il a abordé la jurisprudence relative aux témoins qui décrivent des événements survenus lorsqu'ils étaient enfants. Le juge a aussi traité de la nécessité d'examiner l'incidence, le cas échéant, des incohérences entre la déclaration de A.B. à la police et son témoignage au procès sur l'évaluation globale qu'il ferait de la crédibilité et la fiabilité de A.B.

[17] Le juge du procès a conclu, finalement, que le témoignage de A.B. était crédible et fiable quant aux faits importants. Il a conclu que l'occasion avait existé et que

le ministère public avait prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable. M. Kerfont interjette appel de sa déclaration de culpabilité et demande l'autorisation d'interjeter appel de sa peine.

III. Moyens d'appel

[18] M. Kerfont demande à la Cour d'annuler sa déclaration de culpabilité et d'ordonner l'inscription d'un jugement d'acquittal. Il demande, subsidiairement, que la déclaration de culpabilité soit annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée. Il soulève les moyens d'appel suivants à l'encontre de la déclaration de culpabilité :

- 1) le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, en ce sens qu'un juge des faits ayant reçu les directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu conclure raisonnablement à la culpabilité de l'appelant;
- 2) le juge du procès a interprété la preuve erronément et il en est résulté une erreur judiciaire.

[19] M. Kerfont demande aussi l'autorisation d'en appeler de sa peine d'emprisonnement de cinq ans.

[20] M. Kerfont demande à la Cour, si elle accorde l'autorisation, d'accueillir l'appel et de modifier la peine. Il soulève comme moyens d'appel à l'encontre de la peine que le juge du procès a commis les erreurs suivantes :

- 1) une erreur de droit en appliquant erronément la jurisprudence;
- 2) une erreur de principe en portant son attention sur la dissuasion générale à l'exclusion des autres principes de détermination de la peine;

- 3) une erreur de principe en infligeant une peine déraisonnable.

A. *Appel de la déclaration de culpabilité*

1. Verdict déraisonnable/erreur judiciaire

[21] Les sous-alinéas 686(1)a(i) et (iii) confèrent à une cour d'appel le pouvoir d'admettre l'appel d'une déclaration de culpabilité dans une affaire comme celle qui nous occupe :

Powers of the Court of Appeal

686 (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

[...]

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice[.]

Pouvoirs de la cour d'appel

686 (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

[...]

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire[.]

[22] Dans l'arrêt *Melanson c. R.*, 2018 NBCA 61, [2018] A.N.-B. n° 212 (QL), le juge d'appel Green déclare ce qui suit :

Bien que *Yeves* portait sur un verdict rendu à l'issue d'un procès devant jury, la Cour suprême a affirmé clairement que les cours d'appel doivent adopter la même démarche lorsqu'ils déterminent le caractère raisonnable de verdicts rendus par des juges siégeant seuls. Dans l'arrêt *R. c.*

Biniaris, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, la Cour confirme le critère énoncé dans l'arrêt *Yebe*s et affirme qu'il s'applique au « jugement d'un juge siégeant sans jury » :

Le critère qu'une cour d'appel doit appliquer pour déterminer si le verdict d'un jury ou le jugement d'un juge du procès est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve a été énoncé clairement dans l'arrêt *Yebe*s :

[I]l doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable. [...] [L]e critère est celui de savoir « si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre ».

(*Yebe*s, précité, à la p. 185 (citant *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, à la p. 282, le juge Pigeon).)

Cette formulation du critère implique à la fois une évaluation objective et, dans une certaine mesure, une évaluation subjective. Elle oblige la cour d'appel à déterminer quel verdict un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire, aurait pu rendre, et ce faisant, à examiner, à analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, à évaluer la preuve. Ce dernier processus est généralement considéré comme un exercice subjectif qui oblige la cour d'appel à examiner l'importance de la preuve, et non seulement à vérifier si elle est suffisante. Le critère est donc mixte, et il est plus utile de décrire les conséquences de son application que de le qualifier d'objectif ou de subjectif. [par. 12]

[23] La question à trancher en appel est celle du caractère raisonnable, d'après l'ensemble de la preuve admise par le juge du procès, du verdict de culpabilité. Dans l'arrêt *Melanson*, la Cour a écrit ce qui suit :

Notre tâche dans le cas de l'appel de M. Melanson est donc de déterminer « d'après l'ensemble de la preuve » le caractère raisonnable du verdict de culpabilité. Pour ce faire, nous devons « réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer ». Puisque l'affaire qui nous occupe dépend d'une preuve circonstancielle, la question à laquelle il faut répondre est la suivante : Le juge du procès, agissant d'une manière judiciaire, pouvait-il « raisonnablement conclure » que la culpabilité de M. Melanson « était la seule conclusion raisonnable qui pouvait être tirée de l'ensemble de la preuve »? [par. 14]

Voir *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2^e) 1; *Oland c. R.*, 2016 NBCA 58, [2016] A.N.-B. n° 230 (QL); *Lecompte c. R.*, 2018 NBCA 33, [2018] A.N.-B. n° 130 (QL), *Gavin c. R.*, 2019 NBCA 19, [2019] A.N.-B. n° 42 (QL).

2. Application à la présente affaire

a) *Prétendues erreurs relatives aux témoignages*

[24] M. Kerfont soutient qu'il a fait l'objet d'une déclaration de culpabilité déraisonnable et d'une erreur judiciaire du fait que le juge du procès a apprécié erronément le témoignage des témoins. Il prétend que le juge du procès a interprété la preuve erronément et l'a mal appréciée, et que ces erreurs l'ont mené à conclure que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il avait agressé sexuellement A.B. M. Kerfont fait valoir les erreurs suivantes :

- 1) S'agissant de la crédibilité de A.B., le témoignage de ce dernier à l'interrogatoire principal différait de sa déclaration à la police quant à sa présence à la résidence des Hartford lorsque M. Kerfont s'y trouvait. En contre-interrogatoire, A.B. a été interrogé sur l'incohérence entre son témoignage direct, dans lequel il avait dit que M. Kerfont était à la résidence des Hartford [TRADUCTION] « quelques fois par semaine », et sa déclaration à la police, dans laquelle il avait affirmé que, même si

M^{me} Hartford était la dispensatrice de soins, M. Kerfont était toujours présent et l'aidait à s'occuper des enfants. M. Kerfont juge cet élément essentiel étant donné la fréquence des prétendues agressions.

- 2) S'agissant de l'écart entre le nombre d'agressions mentionnées dans la déclaration à la police et le témoignage de A.B., le juge a dit, dans sa décision rendue de vive voix, que cet écart devait être considéré à la lumière de l'expérience vécue par une jeune personne. Le juge aurait commis une erreur, soutient M. Kerfont, puisque A.B. était un adulte lorsqu'il a fait sa déclaration à la police. L'erreur viendrait du fait que le juge, tout en reconnaissant l'incohérence, avait suivi la jurisprudence portant sur les enfants témoins. Le juge du procès a traité le témoignage de A.B. comme celui d'une jeune personne ayant subi de mauvais traitements et s'en souvenant d'une manière particulière : lorsque A.B. disait qu'il y avait eu 100 incidents, il ne fallait pas interpréter ses propos littéralement, mais en comprendre que les mauvais traitements avaient été constants. M. Kerfont affirme que le juge aurait dû se préoccuper du nombre différent d'agressions mentionné dans le témoignage de A.B., particulièrement lorsque celui-ci déclarait avoir été agressé plusieurs fois par jour. M. Kerfont fait valoir que, pour que les agressions aient eu lieu tel que A.B. les décrivait, il aurait dû se trouver chez les Hartford plus fréquemment que A.B. ne l'avait dit au procès.
- 3) M. Kerfont affirme que le juge du procès a interprété erronément les témoignages de M. et M^{me} Hartford au sujet de l'époque où cette dernière avait gardé A.B. M^{me} Hartford a clairement indiqué qu'elle l'avait fait quelques mois, une année, depuis le printemps jusqu'à la fin des classes à la fin juin. Dans son témoignage, M. Hartford a déclaré que son épouse n'avait gardé A.B. et ses sœurs que quelques mois, et pas pendant la saison de la confection de couronnes, de sorte qu'aucune agression n'avait pu se produire à l'automne. M. Kerfont affirme aussi que le juge du procès a mal

interprété le témoignage de M. Hartford au sujet du nombre de fois où la mère de A.B. était venue chercher les enfants tardivement. M. Kerfont soutient que la preuve concernant la période pendant laquelle M^{me} Hartford avait gardé A.B. et ses sœurs était un élément essentiel de l'argument de la défense voulant que A.B. et lui ne se soient pas trouvés à la résidence des Hartford en même temps. Le juge du procès n'a pas estimé les mauvais traitements invraisemblables, et la preuve de la défense n'écartait pas l'existence des occasions. Ce faisant, prétend M. Kerfont, le juge du procès a transféré le fardeau de la preuve du ministère public à la défense.

- 4) M. Kerfont soutient que M^{me} Hartford a clairement indiqué dans son témoignage que, lorsque M. Hartford travaillait, il était toujours avec lui. M^{me} Hartford a aussi déclaré que M. Kerfont ne l'aidait pas dans sa tâche de gardienne de A.B. et de ses sœurs. Elle a également contredit le témoignage de A.B. selon lequel on l'envoyait dehors avec M. Kerfont. M. Kerfont soutient que le juge du procès n'a pas tenu compte du témoignage de M^{me} Hartford sur ce point.

- 5) M. Kerfont avance que le juge du procès a traité erronément la preuve de la défense concernant l'invraisemblance des incidents allégués par A.B. Il affirme que, comme la preuve du ministère public reposait entièrement sur le témoignage de A.B., la crédibilité et la fiabilité de ce témoignage devaient être évaluées en fonction de l'ensemble de la preuve. Il fait ainsi valoir que le juge du procès, plutôt que d'apprécier le témoignage de A.B. en regard de l'invraisemblance des agressions de la manière qu'il décrivait, a dénié la possibilité que l'invraisemblance soulève un doute raisonnable, la preuve de la défense n'écartant pas les occasions de perpétration.

[25] Les moyens énoncés dans l'avis d'appel ne correspondent pas à ces arguments. M. Kerfont conteste l'évaluation par le juge du procès de la crédibilité de A.B., ainsi que la manière dont le juge a apprécié les témoignages de Gloria et Robert

Hartford et des autres témoins de la défense. Il ajoute que le juge a mal interprété la preuve et a commis des erreurs dans son évaluation d'éléments de preuve qui ont influé considérablement sur ses conclusions de fait, et qu'il en est résulté un verdict déraisonnable. M. Kerfont a énoncé incorrectement la norme de contrôle. Bien formulé, ce moyen d'appel aurait dû s'articuler autour d'une erreur manifeste et dominante du juge dans son évaluation de la crédibilité et des faits. C'est en examinant si les faits établis par le juge du procès pouvaient raisonnablement donner lieu à une déclaration de culpabilité que j'aborderai les arguments avancés par M. Kerfont.

b) *Jurisprudence pertinente*

[26] La juge d'appel LaVigne a récemment traité, dans l'arrêt *Gavin*, des principes s'appliquant au verdict déraisonnable, à l'interprétation erronée de la preuve et à l'erreur judiciaire :

La Cour peut aussi conclure au caractère déraisonnable d'un verdict si le juge du procès a tiré une inférence ou une conclusion de fait essentielle au prononcé du verdict (1) qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui de cette inférence ou conclusion ou (2) dont on démontre l'incompatibilité avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge : *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746, au par. 9.

Le sous-alinéa 686(1)a(i) du *Code criminel* impose un examen complet de la preuve qui a été présentée. Cependant, une fois que l'on a réexaminé la preuve ou qu'on l'a soupesée de nouveau, dans une certaine mesure, comme cela est exigé, c'est l'effet probant de l'ensemble de la preuve qui est déterminant, et non la valeur probante de chacun des différents éléments de preuve pris hors contexte : voir *Oland*, au par. 29. De plus, lorsqu'elle se penche sur l'appréciation de la crédibilité faite en première instance, la Cour ne peut intervenir que s'il est établi qu'elle ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve : voir *R. c. R.P.*, au par. 10.

Si le caractère raisonnable d'un verdict est une question de droit, l'appréciation de la crédibilité des témoins constitue elle une question de fait. Or, les conclusions de fait, dont celles qui ont trait à la crédibilité, commandent la déférence. En tant que cour d'appel, nous n'avons pas l'avantage d'observer ni d'entendre les témoins.

La norme de contrôle applicable en appel à l'appréciation de la crédibilité a été réaffirmée par le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Gillis*, aux par. 74 et 75 : la Cour doit faire preuve de déférence envers les conclusions que le juge du procès a tirées en matière de crédibilité, sauf erreur manifeste et dominante.

La norme qui régit l'intervention en appel pour cause d'interprétation erronée de la preuve est stricte. L'interprétation erronée de la preuve doit porter sur l'essence plutôt que sur les détails, elle doit avoir une incidence importante plutôt que secondaire sur le raisonnement du juge du procès et les erreurs doivent avoir joué un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité et rendu le procès inéquitable : *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732, au par. 2, et *Gillis*, au par. 76. Une erreur quelle qu'elle soit, y compris une erreur dans l'appréciation de la preuve commise par le juge du procès, doit être évaluée en fonction de son incidence sur le caractère équitable du procès. [par. 9 à 13]

[27] Bien que le ss-al. 686(1)a)(i) enjoint la Cour à examiner l'ensemble de la preuve présentée au juge du procès, il ne nous autorise pas à substituer notre opinion à la sienne simplement parce que nous en serions arrivés, sur le fondement de la même preuve, à une conclusion différente (voir *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, [1987] A.C.S. n° 51 (QL)).

[28] Dans *R. c. Shaoulle*, 2016 CSC 16, [2016] 1 R.C.S. 268, la Cour suprême a rejeté un appel pour les mêmes motifs que ceux exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan (2015 SKCA 101, [2015] S.J. No. 492 (QL)), qui avaient confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré. M. Shaoulle a avancé comme seul moyen d'appel, tant devant la Cour suprême que la

Cour d'appel de la Saskatchewan, que le verdict était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve. En l'espèce, le ministère public a résumé dans son mémoire, comme suit, les principes clés énoncés dans *Shaoulle* qu'il faut considérer dans les affaires où il est allégué qu'un verdict rendu à l'issue d'un procès devant juge seul est déraisonnable :

[TRADUCTION]

- a. La Cour doit établir si, *compte tenu de l'ensemble de la preuve*, le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.
- b. Afin d'appliquer le critère, elle doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer.
- c. Ce processus sera le même que l'affaire soit fondée sur *une preuve circonstancielle ou une preuve directe*.
- d. L'examen en appel du caractère déraisonnable est toutefois différent et un peu plus facile lorsque le jugement contesté est celui d'un juge seul.
- e. Le tribunal d'appel qui procède à l'examen est parfois en mesure de déceler une lacune dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse, lacune qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée et à justifier l'annulation.
- f. La cour d'appel peut souvent déceler les faiblesses de l'analyse qui ont amené le juge des faits à tirer une conclusion déraisonnable, et elle devrait le faire. *La cour d'appel est donc justifiée d'intervenir et d'annuler un verdict parce qu'il est déraisonnable, lorsqu'il ressort des motifs du juge du procès qu'il n'a pas tenu compte d'un principe de droit applicable ou qu'il a inscrit un verdict incompatible avec les conclusions de fait tirées.*
- g. *La Cour suprême a précisé que la cour d'appel n'apportait rien de particulier à l'évaluation de la preuve lorsqu'un juge siégeant seul exposait des motifs de jugement détaillés et était conscient des problèmes fréquents surgissant dans le domaine décisionnel.* Un point particulier abordé : bien que la cour d'appel doive

réévaluer la preuve en vue d'établir si le verdict est déraisonnable, *elle ne doit pas intervenir simplement parce qu'elle a un doute que le juge du procès n'avait pas.*

- h. Dans l'évaluation du caractère déraisonnable, il est utile de débiter par l'examen de ce qui a été plaidé au procès et l'évaluation par le juge des arguments présentés.

[Italiques dans l'original.]

[29] À mon avis, la preuve au procès reposait principalement sur la fiabilité du témoignage direct de A.B., un jeune garçon au moment des agressions, compte tenu des témoignages en faveur de M. Kerfont offerts par sa sœur, son beau-frère et deux amis de la famille. Le juge du procès a apprécié la crédibilité de tous les témoins et, tout en estimant les témoins de la défense crédibles, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Des occasions ont existé. Les gens peuvent croire qu'ils remarqueraient des cas d'abus sexuels s'ils avaient lieu, mais, malheureusement, ces actes passent souvent inaperçus, et les allégations d'abus sexuel animent souvent chacune des parties en fonction de ses croyances. L'on souhaiterait toujours pouvoir déceler les indices d'abus sexuel, mais cela n'est souvent pas le cas. Les enfants se font souvent dire de ne révéler à personne ce qui s'est produit. [Transcription, le 3 juin 2019, p. 31]

[30] Tel qu'il a été mentionné, M. Kerfont soutient que le juge du procès a interprété la preuve erronément cinq fois, en lien particulièrement avec la crédibilité et la fiabilité du témoignage de A.B. Il estime que cela a joué un rôle essentiel dans son raisonnement. Dans *R. c. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (C.A.) (QL), l'interprétation erronée de la preuve est décrite comme [TRADUCTION] « l'omission de prendre en considération une preuve pertinente sur un point important, une erreur quant à l'essence de la preuve ou l'omission de reconnaître à la preuve sa véritable incidence » (par. 83).

[31] Dans l'arrêt *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732, la Cour suprême a écrit que, pour qu'un appel soit admis sur le fondement d'une interprétation erronée de la preuve, l'erreur alléguée devait avoir une incidence importante plutôt que

secondaire sur le raisonnement du juge du procès et jouer un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité. La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *R. c. Lee*, 2010 ABCA 1, [2010] A.J. No. 72 (QL), confirmé par la CSC, 2010 CSC 52, [2010] 3 R.C.S. 99, a examiné les différences entre le critère du verdict déraisonnable établi dans *Biniaris* et le critère de l'interprétation erronée de la preuve établi dans *Lohrer* :

[TRADUCTION]

Dans la présente affaire, le ministère public a soutenu que le critère établi dans l'arrêt *Biniaris* était applicable, tandis que l'appelant a affirmé qu'il fallait s'en écarter. L'appelant a fait valoir, plutôt, que la juge du procès avait [TRADUCTION] « interprété la preuve erronément ». Dans ce type d'appel, la norme de contrôle est celle énoncée dans l'arrêt *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732, par. 1, citant *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514, 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A.), p. 541 :

[TRADUCTION] À mon avis, si un juge commet une erreur quant à l'essence d'un élément de preuve important et que cette erreur joue un rôle capital dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité, il s'ensuit que la déclaration de culpabilité de l'accusé n'est pas fondée exclusivement sur la preuve et ne constitue pas un verdict « juste ».

La norme est stricte, et il faut que l'erreur ait « joué un rôle capital non seulement dans les motifs du jugement, mais encore “dans le raisonnement à l'origine de la déclaration de culpabilité” » (*Lohrer*, par. 2). Il est difficile de discerner ce que cette norme ajoute à la norme de contrôle de « l'erreur manifeste et dominante » généralement appliquée aux conclusions de fait et quant à la crédibilité, si ce n'est d'en faire une question de droit. Comme il est souligné dans l'arrêt *Biniaris*, aux par. 23 et 26, ce type d'erreur est qualifié d'erreur de droit en partie pour des motifs judiciaires, soit pour permettre la révision en appel dans les affaires présentant une injustice flagrante et où l'appel ne peut porter que sur une question de droit. [par. 8]

[32] Dans l'arrêt *Thomas c. R.*, 2007 NBCA 3, 310 R.N.-B. (2^e) 342, la Cour traite des moyens d'appel qui visent à travestir en erreurs de droit les attaques contre les conclusions de fait :

M. Thomas avance six moyens d'appel par lesquels il plaide, ou une erreur de droit, ou un verdict déraisonnable. Je ferai respectueusement remarquer que, malgré l'adroite tournure donnée à ses moyens d'appel dans le dessein de camoufler en erreurs de droit des constatations qui étaient en réalité des conclusions quant aux faits et quant à la crédibilité des témoins, le présent appel demeure, par sa nature véritable, une attaque contre les conclusions de fait du juge du procès sur le fondement de conclusions prononcées en matière de crédibilité. M. Thomas estime que le juge du procès n'aurait dû, ni accueillir la preuve de Kirby et de Sonya MacLeod, ni se fier à cette preuve. Il fait valoir qu'ils avaient eu l'occasion de discuter des événements avant d'être appelés à témoigner et que leurs témoignages présentaient des divergences qui auraient dû susciter un doute raisonnable.

Travestir un moyen d'appel en une question de droit ne fait pas de ce moyen une question de droit. Comme notre Cour d'appel l'a exprimé dans *R. c. Simon*, [1999] A.N.-B. n° 393 (C.A.) (QL) et dans *R. c. Boudreau*, [2004] A.N.-B. n° 416 (C.A.) (QL), 2004 NBCA 87, et répété récemment dans *R. c. Moffitt*, [2006] A.N.-B. n° 464 (C.A.) (QL), 2006 NBCA 100, la crédibilité des témoins au procès n'est pas une question de droit seulement. [par. 8 et 9]

[Le soulignement est de moi.]

[33] À mon avis, c'est précisément ce que M. Kerfont tente de faire : camoufler en erreurs de droit des prétendues conclusions quant aux faits et quant à la crédibilité. Il attaque, en réalité, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Aucune question de droit n'est en jeu.

c) *Décision du juge de la Cour provinciale*

[34] M. Kerfont conteste essentiellement les conclusions de fait et celles quant à la crédibilité tirées par le juge du procès. Notre Cour doit faire preuve de déférence

devant de telles conclusions. Bien qu'en fonction de la norme établie dans *Lohrer*, on puisse qualifier d'erreurs de droit des conclusions concernant les faits et la crédibilité, cela ne peut être accompli que lorsqu'il y a injustice flagrante. À mon avis, il ne s'agit pas d'un tel cas en l'espèce. Le juge du procès a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je dois décider si, compte tenu de la preuve dans son ensemble, le ministère public a établi la culpabilité de M. Kerfont hors de tout doute raisonnable. Si la preuve, l'absence de preuve ou la crédibilité ou la fiabilité d'un ou plusieurs témoins soulèvent un doute raisonnable dans mon esprit quant à la culpabilité de M. Kerfont, je dois le déclarer non coupable. Le doute raisonnable s'applique à la question de la crédibilité. À l'égard de tout point particulier, je peux croire un témoin, ne pas croire un témoin ou ne pas pouvoir en décider. Je n'ai pas à croire ou à ne pas croire entièrement un témoin ou un groupe de – groupe de témoins. Si la crédibilité des témoins me fait avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de Kenneth Kerfont, je dois déclarer celui-ci non coupable. Tant le ministère public que la défense ont restreint l'enjeu à la question de savoir si le témoignage des plaignants était à la fois crédible et fiable. Manifestement, les faits reprochés à l'endroit de chacun d'eux sont survenus lorsqu'ils en étaient au tout début de leur parcours scolaire, soit en première et deuxième années ou en troisième ou quatrième année au primaire, alors qu'ils avaient clairement moins de 14 ans. Une personne de moins de 14 ans ne peut consentir à l'activité reprochée. Les plaignants, si l'on prête foi à leur témoignage, étaient assurément trop jeunes pour consentir à toute activité sexuelle avec M. Kerfont. [...] Pour ce qui est de [A.B.], je juge convaincant son témoignage, livré à vif et de manière émotive; cela ne suffit pas en soi, cependant, pour conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable. La défense a invoqué l'arrêt *R. c. G., W.*, 1999 CanLII 3125 (ON CA), dont je reproduis les paragraphes 14 et suivants :

[TRADUCTION]

[14] La bonne façon d'aborder le fardeau de la preuve consiste à évaluer globalement l'ensemble de la preuve, et non les divers éléments de preuve isolément : [...] Cela est particulièrement vrai lorsque la preuve du ministère public repose

uniquement sur le témoignage non étayé des plaignants et que la crédibilité et la fiabilité de ces témoins sont les principales questions en litige. Comme la juge d'appel Rowles l'a souligné dans l'arrêt *R. c. R.W.B. (1993)*, 40 W.A.C. 1 (C.A.C.-B.), il ne faut pas décider isolément de ces questions (à la p. 9) :

[TRADUCTION]

Lorsque, comme en l'espèce, la preuve du ministère public repose entièrement sur le témoignage du plaignant, il est essentiel d'apprécier la crédibilité et la fiabilité de ce témoignage dans le contexte de la totalité des autres éléments de preuve présentés.

[Le soulignement est de moi.]

[Transcription, le 3 juin 2019, p. 20 à 25]

En l'espèce, le juge du procès a conclu que le témoignage de A.B. était crédible et fiable quant aux faits importants.

[35] M. Kerfont soutient que le juge du procès a interprété erronément les éléments de preuve importants et que ces erreurs ont joué un rôle capital dans son raisonnement. Dans le passage suivant de la décision, le juge a abordé quatre des cinq éléments qu'il aurait interprétés erronément :

[TRADUCTION]

Le caractère haineux des actes reprochés amène presque à croire invraisemblable qu'un adulte ait agi ainsi à l'endroit d'un enfant sans défense, si désavantagé quant à la taille et au rapport de force. Encore et encore, malheureusement, nous avons été témoins de telles croyances erronées. La défense relève des allégations excessives de [A.B.], sur lesquelles il est revenu, et des incohérences concernant la présence de M. Kerfont à la maison. Comme il a été mentionné, [A.B.] a déclaré avoir subi des abus sexuels une centaine de fois, quotidiennement lui semblait-il. Pour une jeune victime de mauvais traitements, je peux seulement imaginer qu'il l'ait ressenti ainsi. Dans son témoignage au procès, A.B. a donné un nombre beaucoup moindre d'exemples, mais néanmoins un nombre trop élevé pour

quiconque, particulièrement pour une victime aussi jeune. Je ne crois pas qu'en faisant état de 100 incidents devant l'agent Henry, A.B. l'ait entendu dans un sens littéral, mais qu'il voulait plutôt montrer le caractère constant des abus sexuels. Quant à son allégation selon laquelle M. Kerfont était toujours présent et il ne subissait pas de mauvais traitements lorsque M. Hartford était à la maison, il faut se rappeler que [A.B.] allait à l'école et n'était pas à la maison toute la journée. Il y avait aussi certainement des cas où M. Kerfont, même s'il travaillait dans la forêt, devait se trouver là en même temps que les enfants parce que, rappelons-nous, Robert Hartford était contrarié que les enfants soient toujours présents lorsqu'il arrivait à la maison, et la mère de [A.B.] venait souvent chercher les enfants tardivement, au point que cela irritait M. Hartford et que c'était l'une des raisons pour lesquelles il voulait que M^{me} Hartford cesse de garder les enfants de [B]. La preuve de la défense étaye aussi les prétentions de [A.B.] quant au lieu – à l'extérieur de la maison – où il subissait souvent des abus sexuels. Après la journée de travail, il revenait apparemment à M. Kerfont de veiller à ce que le matériel soit nettoyé et mis en place pour le lendemain. Pendant ce temps, M. Hartford, d'après son témoignage, allait se laver et se reposer. Les heures du retour à la maison n'étaient pas toujours les mêmes et il arrivait que MM. Kerfont et Hartford ne puissent travailler, particulièrement au printemps. Ainsi, M. Kerfont se trouvait à l'extérieur, dans la cour, le garage ou la remise, à la fin de la journée. [A.B.] était lui aussi beaucoup à l'extérieur. Il affirme qu'on l'y envoyait jouer, et M^{me} Hartford dit aussi que [A.B.] jouait dehors. Dans les circonstances, je ne juge pas invraisemblable que les abus sexuels aient pu se produire. Les occasions existaient assurément, si on les recherchait. [A.B.] ajoute qu'il se sentait plus en sécurité lorsque M. Hartford était présent, donnant à penser que M. Kerfont et M. Hartford ne travaillaient pas ensemble, et que – que ce dernier était rarement là. En contre-interrogatoire, [A.B.] reconnaît qu'il s'agit là de son souvenir, mais il ajoute qu'il ne fait pas un lien entre les deux éléments, la présence de Robert et les agressions sexuelles. Ce n'est pas de son souvenir qu'il s'agit, mais du souvenir d'avoir été un garçon de 5 ou 6 ans. Les enfants se souviennent d'une chose – se souviennent des choses différemment des adultes. Les abus sexuels eux-mêmes constituent la question essentielle, et non ce qui est lié au travail. On a demandé à [A.B.] s'il associait un souvenir sensoriel

quelconque à M. Kerfont. Il a répondu que M. Kerfont n'était pas circoncis et dégageait une mauvaise odeur corporelle. On pourrait assurément s'attendre à la présence d'une mauvaise odeur corporelle chez quelqu'un qui, à la fin d'une longue journée, range les outils et le matériel avant d'aller se laver et souper. La preuve de la défense n'écarte pas les occasions de perpétration. Les occasions n'ont pas existé pour la perpétration de 100 incidents cependant. Mais je ne crois pas qu'en faisant état de 100 incidents, au tout début de son entretien sur bande vidéo avec l'agent Henry, [A.B.] l'ait entendu dans un sens littéral, mais qu'il a plutôt voulu exprimer le caractère constant des abus sexuels; c'est une simple hyperbole. Je conclus que le témoignage de [A.B.] est crédible et fiable quant aux faits importants, soit la perpétration d'agressions sexuelles. Des occasions ont bien existé.

[Transcription, le 3 juin 2019, p. 20 à 31]

[36] Quant à l'erreur que le juge du procès aurait commise en s'appuyant sur la jurisprudence relative aux enfants témoins, ce dernier a pris en compte et expliqué les incohérences alléguées entre la déclaration de A.B. à la police et son témoignage au procès. Le juge a conclu que A.B. usait d'une hyperbole lorsqu'il dit avoir été agressé plus de cent fois. Il a reconnu que de multiples agressions pouvaient être ressenties comme des centaines par l'enfant qui les subissait. Le juge du procès a ainsi déclaré :

[TRADUCTION]

D'après le témoignage de [A.B.], les agressions étaient constantes et incessantes lorsque l'occasion s'en présentait. Quant à l'existence de détails contradictoires ou oubliés, les arrêts *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, et *D.M.S. c. R.*, 2014 NBCA 3, nous enseignent de ne pas considérer le témoignage d'un enfant intrinsèquement peu fiable. En l'espèce, les deux plaignants sont des jeunes hommes, mais ils racontent des événements survenus lorsqu'ils étaient enfants. Il faut faire preuve de bon sens devant le témoignage d'enfants ou les souvenirs d'enfance. Les tribunaux ont été mis en garde de ne pas soumettre de tels témoignages à des normes aussi strictes que les témoignages d'adultes. Il n'en découle pas, toutefois, que les tribunaux n'ont pas à évaluer avec soin la crédibilité des enfants témoins ou des témoins qui relatent des événements de leur enfance. Il faut aborder le témoignage des enfants avec prudence, de plus, lorsque les circonstances de

l'affaire le justifient. Lorsque j'évalue la crédibilité et la fiabilité du témoignage des plaignants, je peux découvrir qu'un témoin a dit quelque chose à la barre et une chose différente précédemment sur le même sujet; ce facteur peut être pris en compte dans mon évaluation de sa crédibilité. La question se pose, assurément, dans le cas du témoignage de [A.B.]. Je dois établir l'incidence des divergences dans l'évaluation globale de la crédibilité du témoin. L'incidence peut être grande ou nulle, ou se situer quelque part au milieu; toutes les divergences n'ont pas nécessairement d'importance. Je dois considérer la portée et la nature de toute divergence. Porte-t-elle sur un point essentiel ou secondaire? Je dois aussi examiner toute explication que le témoin a pu donner. L'explication était-elle satisfaisante? La défense fait valoir, encore une fois, la divergence importante concernant la présence de M. Kerfont à la maison pendant que les enfants de la famille [B.] y étaient gardés. M. [B.] laisse entendre que M. Kerfont était constamment présent pour apporter son aide à M^{me} Hartford. La preuve de la défense donne plutôt à croire que M. Kerfont se trouvait dans la forêt avec M. Hartford et était seulement à la maison quand les conditions météorologiques empêchaient le travail en forêt; M. [B.] semblerait ainsi avoir changé son récit lorsqu'il a eu connaissance de la preuve d'alibi présentée par la défense. La défense invoque aussi le peu de vraisemblance objective du témoignage des deux plaignants : il est fort invraisemblable que M. Kerfont ait adopté une conduite aussi risquée dans la maison ou autour de celle-ci alors que d'autres personnes étaient présentes. Les agressions sexuelles reprochées sont d'une nature qui ne cadre pas avec les occasions de les commettre, et cela met fortement en cause la fiabilité du témoignage des plaignants. [Transcription, le 3 juin 2019, p. 21 à 24]

Il appert ainsi que le juge du procès n'a pas abordé erronément la question du témoignage consistant en des souvenirs d'enfance.

[37] De plus, le juge du procès a examiné et apprécié les témoignages de Gloria et Robert Hartford sur la question des occasions de perpétration, et il a conclu que des occasions avaient pu exister, que ces témoignages ne permettaient pas d'écarter. Il aurait été déraisonnable, d'ailleurs, que le juge du procès s'appuie sur les témoignages du

couple Hartford pour conclure que les infractions n'avaient pas été commises. Il est tout simplement invraisemblable que Gloria et Robert Hartford aient été constamment présents et conscients de tout ce qui se passait dans leur maisonnée animée à tous les moments pertinents.

[38] En l'espèce, il y a eu un témoignage direct, et l'acceptation du témoignage de A.B. pouvait raisonnablement conduire à une déclaration de culpabilité. Le juge du procès a évalué la crédibilité de tous les témoins. Le juge a accepté la preuve de la défense, mais, finalement, il en ressortait uniquement que, même si 100 incidents ne s'étaient pas produits, les occasions avaient existé pour qu'aient lieu les agressions décrites par A.B. dans son témoignage, et le juge a prêté foi à ce témoignage. Le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Bien que M^{me} Hartford ait déclaré que cela ne s'était jamais produit, comme elle n'avait jamais vu [A.B.] contrarié d'une quelconque manière, et qu'elle avait comme espoir et attente qu'elle l'aurait su s'il y avait eu un problème, les choses ont pu se produire malgré tout tel que [A.B.] en a témoigné. Il n'y avait aucune raison pour que [M. Kerfont] et [A.B.] n'aient pas été ensemble à l'extérieur, ni d'ailleurs ensemble à quelque moment que ce soit.

[Transcription, le 3 juin 2019, p. 16]

[39] Le juge du procès a estimé que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable les infractions commises à l'endroit de A.B. Son résumé de la preuve était détaillé et il a correctement appliqué le droit en matière de crédibilité. À mon avis, le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit. Ses conclusions découlaient de l'application d'un cadre juridiquement exact à la preuve dont il disposait.

[40] Il incombe à M. Kerfont d'établir le caractère déraisonnable du verdict, en application du ss-al. 686(1)a)(i). Il ne s'est pas acquitté de ce fardeau. Après examen de la transcription et analyse de la décision du juge du procès, je conclus que ce dernier n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve et que le

verdict n'était pas déraisonnable. Le juge n'a pas tiré d'inférences ni de conclusions de fait incompatibles avec la preuve, qui n'a été par ailleurs ni contredite ni rejetée.

d) *Insuffisance des motifs*

[41] M. Kerfont aborde l'arrêt *S.S. c. R.*, 2011 NBCA 75, 376 R.N.-B. (2^e) 146, dans son mémoire. Sans l'étayer d'arguments, M. Kerfont dit qu'il ressort de l'arrêt qu'il importe que les juges de première instance motivent leurs conclusions en matière de crédibilité et de caractère raisonnable. Dans *Frigault c. R.*, 2012 NBCA 8, 383 R.N.-B. (2^e) 266, notre Cour a renvoyé à l'arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, et affirmé que « l'intervention de la cour d'appel devrait être évitée à moins que les motifs du juge ne soient déficients au point d'empêcher tout examen valable en appel ». La Cour a aussi déclaré, citant à nouveau l'arrêt *R.E.M.* :

M. Frigault prétend que le juge a commis une erreur de droit parce qu'il n'a pas fourni de motifs suffisants. La plus récente décision de la Cour suprême concernant la suffisance des motifs est *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3. Voici ce qu'elle a affirmé à ce sujet :

Dans l'arrêt *R. c. Walker*, [2008] 2 R.C.S. 245, 2008 CSC 34, la question était de savoir si les motifs du juge du procès décrivaient de façon suffisamment détaillée le raisonnement qui l'avait mené au verdict. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a statué que, bien que les motifs « soient loin de la perfection », ils n'étaient pas insuffisants au point de porter atteinte au droit d'appel du ministère public (par. 27). Il a affirmé : « Les motifs sont suffisants s'ils répondent aux questions en litige et aux principaux arguments des parties. Leur suffisance doit être mesurée non pas dans l'abstrait, mais d'après la réponse qu'ils apportent aux éléments essentiels du litige ».

En résumé, ces arrêts confirment ceci :

(1) Pour déterminer si des motifs sont suffisants, les cours d'appel doivent adopter une approche fonctionnelle,

substantielle et considérer les motifs globalement, dans le contexte de la preuve présentée, des arguments invoqués et du déroulement du procès, en tenant compte des buts et des fonctions de l'expression des motifs (voir *Sheppard*, par. 46 et 50; *Morrissey*, [[1995] O.J. No. 639,] p. 524).

(2) Le fondement du verdict du juge du procès doit être « intelligible », ou pouvoir être discerné. En d'autres termes, il doit être possible de relier logiquement le verdict à son fondement. Il n'est pas nécessaire de décrire en détail le processus suivi par le juge pour arriver au verdict.

(3) Lorsqu'il s'agit de déterminer si le lien logique entre le verdict et son fondement est établi, il faut examiner la preuve, les observations des avocats et le déroulement du procès pour identifier les questions « en litige » telles qu'elles sont ressorties au procès.

Ce résumé n'est pas exhaustif et les tribunaux d'appel voudront peut-être se reporter au par. 55 de *Sheppard* pour une liste plus complète des grands principes. [par. 9]

[42] À mon avis, le juge du procès a procédé à un examen approfondi de la preuve et il a expliqué ses conclusions quant à la crédibilité. Il a abordé et résolu les incohérences de la preuve. Les motifs exposés par le juge du procès permettent un examen valable en appel. Cet argument est sans fondement.

B. *Appel à l'encontre de la peine*

[43] M. Kerfont doit obtenir l'autorisation de notre Cour pour interjeter appel de sa peine. Dans l'arrêt *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, la Cour suprême a ajouté au degré de déférence commandé par les décisions sur la peine des juges de première instance. Elle a expliqué ceci :

À mon avis, la présence d'une erreur de principe, l'omission de tenir compte d'un facteur pertinent ou encore la considération erronée d'un facteur aggravant ou atténuant ne justifiera l'intervention d'une cour d'appel que lorsqu'il appert du jugement de première instance qu'une telle erreur a eu une incidence sur la détermination de la peine.

[par. 44]

[44] La Cour a maintes fois répété que la norme de contrôle applicable à la détermination de la peine est celle énoncée dans l'arrêt *R. c. LeBlanc*, 2003 NBCA 75, 264 R.N.-B. (2^e) 341. Le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a écrit que la modification de la peine était contre-indiquée à moins que l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes :

Un certain nombre d'arrêts récents, savoir, notamment, *R. c. H.S.L.* (2000), 231 R.N.-B. (2^e) 358 (C.A.), au par. 28, *R. c. Parent (D.)* (2001), 236 R.N.-B. (2^e) 370 (C.A.), au par. 8, *R. c. R.P.* (2001), 245 R.N.-B. (2^e) 179 (C.A.), au par. 11, *R. c. Daigle (M.)*, [[2002] A.N.-B. n° 56,] [2002] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 4 (C.A.), au par. 8, *R. c. Kerton (R.E.) et al.* (2002), 250 R.N.-B. (2^e) 177 (C.A.), au par. 25, et *R. c. Kuriya*, [2003] A.N.-B. n° 336 (Q.L.), appuient la proposition voulant que lorsqu'il y a appel de la peine ou de la sentence, l'intervention soit contre-indiquée à moins que l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : (1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? (3) La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*?

[par. 17]

[45] La peine infligée par le juge du procès n'était pas le résultat d'une erreur de droit; le juge n'a pas commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire; enfin, la peine n'est pas déraisonnable compte tenu de l'objet des art. 718 à 718.2 du *Code criminel* et des principes qui les sous-tendent. La peine infligée par le

juge du procès se situait clairement dans la fourchette des peines jugées opportunes dans la jurisprudence récente sur cette question. La peine infligée était raisonnable et une intervention de la Cour n'est pas justifiée.

IV. Conclusion

[46] Rien ne justifie une intervention en appel dans la présente affaire. Par conséquent, je rejetterais l'appel de la déclaration de culpabilité et refuserais l'autorisation d'en appeler de la peine. Je révoquerais donc la remise en liberté de M. Kerfont en attendant la décision sur son appel et je lui ordonnerais de se livrer immédiatement à la garde des autorités correctionnelles compétentes.