

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

98-22-CA

MICHAEL JOSEPH MCGRAW

MICHAEL JOSEPH MCGRAW

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

McGraw v. R., 2023 NBCA 31

McGraw c. R, 2023 NBCA 31

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Baird

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
June 7, 2022 (conviction)  
September 8, 2022 (sentencing)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 7 juin 2022 (déclaration de culpabilité)  
le 8 septembre 2022 (détermination de la peine)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
2023 NBCA 31

Procédures préliminaires ou accessoires :  
2023 NBCA 31

Appeal heard:  
May 23, 2023

Appel entendu :  
le 23 mai 2023

Judgment rendered:  
May 23, 2023

Jugement rendu :  
le 23 mai 2023

Reasons delivered  
August 17, 2023

Motifs déposés :  
le 17 août 2023

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Baird

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Baird

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Richard  
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge en chef Richard  
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Ben Reentovich

For the respondent:  
Patrick McGuinty

THE COURT

On May 23, 2023, the appeal was allowed, the conviction set aside, and a new trial was ordered with reasons to follow. These are the reasons.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Ben Reentovich

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty

LA COUR

Le 23 mai 2023, la Cour a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité, ordonné la tenue d'un nouveau procès et indiqué que les motifs suivraient. Ces motifs sont exposés ci-dessous.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] Mr. McGraw was charged with the indictable offence of sexual assault under s. 271(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “*Code*”). Following a trial, he was sentenced to imprisonment for thirty months, commencing September 8, 2022. The warrant of committal on conviction records that he received an additional fifteen days for a secondary offence under s. 145(5)(a) of the *Code*.

[2] As a result of the conviction, Mr. McGraw was ordered to provide a sample of his DNA for inclusion in the DNA databank pursuant to s. 487.051 of the *Code*. Under s. 109(1)(a), he was ordered not to possess any prohibited weapons. Notably, under ss. 490.012(1) and 490.013(2.1), he is subject to a mandatory order under the *Sex Offender Information Registry Act*, S.C. 2004, c.10, thus his name has been placed in the sexual offence registry for ten years.

[3] He appeals only the conviction.

[4] Sexual assault cases are most often decided based on the conflicting evidence of the complainant and the accused, thus compelling the trier of fact to make discrete credibility findings. Those credibility findings must be tethered to the evidence. The reasons must be sufficiently clear not only to do justice to the case, but also to clearly explain to the accused, and the complainant, how the judge came to the decision he or she did. The leading case that established the framework for such an analysis is *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL). The burden of proof is always on the Crown, and, in the face of conflicting evidence, the *W.(D.)* analysis is critical.

[5] In *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, Moldaver J. wrote:

A conviction for sexual assault, like any other true crime, requires that the Crown prove beyond a reasonable doubt

that the accused committed the *actus reus* and had the necessary *mens rea*. A person commits the *actus reus* of sexual assault “if he touches another person in a sexual way without her consent” (*R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 23). The *mens rea* consists of the “intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched” (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42) [para. 87].

See also *R. v. Kitch*, 2023 NSCA 33, [2023] N.S.J. No. 161 (QL).

[6] In this case, not only were there contradictory versions of events as between the accused and the complainant, there was a third-party witness whose testimony was summarily dismissed without explanation. Further, there was a finding of fact, which the judge used to bolster her credibility analysis, that was not grounded in the evidence. Mr. McGraw argues that these cumulative errors in the analysis call into question the conviction, and a new trial should be ordered.

[7] This appeal required the Court to examine both the sufficiency and the reliability of the judge’s reasons to determine whether the conviction could withstand appellate scrutiny. On May 23, 2023, after reviewing the record and hearing submissions from both counsel, we allowed the appeal and ordered a new trial, with reasons to follow. Here are those reasons.

## II. Background

[8] Ms. [G.] and Mr. McGraw had been socializing with a group of friends at a number of bars on the evening in question. Ms. [G.] testified she had consumed about fifteen shots during the evening before she went home between 2:00 and 3:00 a.m. She testified that, once home, she was emotional and did not want to be alone, and she sent a Snapchat message to Mr. McGraw to that effect. Mr. McGraw was staying overnight in an apartment with a friend, Yannick LeBlanc, who had been the designated driver that evening. He agreed to drive Ms. [G.] to his apartment.

[9] Once there, the three of them socialized, and there was some evidence of alcohol consumption. It was not disputed that around 6:00 a.m., they decided to get some sleep. Mr. LeBlanc went into his bedroom with his dog, and left Ms. [G.] and Mr. McGraw alone in the living room. When he left the room, Ms. [G.] and Mr. McGraw were lying on separate couches.

[10] Ms. [G.] testified that Mr. McGraw and she then laid on the same couch, with her head on the arm rest. Her back was to the back of the couch. Mr. McGraw was facing her, but with his head further down on the couch. She stated she fell asleep, and, when she awoke, she was facing the back of the couch, with her pants pulled down to her thighs, and the tip of Mr. McGraw's penis was inside her vagina. She testified she immediately pushed Mr. McGraw off and ran outside to sit on the curb, and Mr. McGraw followed her, insisting she had put her hand "on him." Ms. [G.] testified she was intoxicated, and she did not see Mr. McGraw's genitals or underwear. Although Ms. [G.] testified she was intoxicated, the argument of lack of capacity to consent by reason of intoxication was not in issue.

[11] Ms. [G.] then walked to the YMCA and called her brother to come and pick her up. He advised he was getting ready to go to work, so, eventually, her father retrieved her and took her home. It would be four days before she provided a statement to the police and requested a sexual assault medical examination, which did not reveal the presence of Mr. McGraw's DNA.

[12] On cross-examination, internal inconsistencies between Ms. [G.]'s testimony and the statement she gave to the police were evident, most notably, her evidence concerning the position Mr. McGraw was in on the couch when she fell asleep.

[13] Mr. McGraw's evidence was that the two of them had been "kissing and stuff" on the couch in the spooning position. He testified that Ms. [G.] was facing him with her back to the couch when she guided his hand and placed it on her crotch area. He stated that he started "feeling her up from the outside of the pants," and he felt that she was a "a little wet." He took this as a "dead sign of just touch her," and he started unbuttoning her pants, but before he could proceed further, she jumped up, pushed him,

said she had been sleeping, and ran out of the apartment with a pair of scissors, threatening to slit her wrists.

[14] As for Mr. LeBlanc, he testified that, after he went to his bedroom, he realized he had left his cellphone in the kitchen. When he went to retrieve it, he saw Ms. [G.] on top of Mr. McGraw on the couch. It appeared to him he caught them in the “act” of kissing each other. On cross-examination, he stated:

A: Well, she was laying on top of him.

Q: Right. But you didn't see them kissing, correct?

A: During the night, yes.

Q: Pardon?

A: During the night, yes.

Q: You didn't see them kissing when they were on the couch, though.

A: No. [Trial transcript, May 3, 2022, pp. 61-62, ll. 22-6]

When Mr. LeBlanc awoke around 8:00 a.m., both were gone.

### III. Grounds of Appeal

[15] Mr. McGraw advances two grounds of appeal. We conclude that both have merit.

[16] First, Mr. McGraw submits the trial judge's reasons were insufficient because she failed to explain why she found the testimony of the witness, Mr. LeBlanc, to be incredible, without explanation.

[17] Second, Mr. McGraw asserts the judge erred in law when she found Mr. McGraw could not have felt vaginal secretions through the “thick material” of the complainant's jeans, in the absence of evidence concerning the type of jeans, or the fabric

of the jeans the complainant was wearing at the time of the alleged assault. He submits this finding was based on speculation, is not supported by the evidence, and, because it had an impact on her credibility analysis, it constitutes reversible error, and cannot stand.

#### IV. Standard of Review

[18] The standard of review with respect to the sufficiency of reasons is that of correctness. Appellate review is warranted when it is determined the basis upon which a judge came to his or her decision is not apparent (see *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 28; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 37).

[19] A failure to sufficiently articulate how credibility concerns were resolved may also constitute reversible error (see *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 26; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, at para. 11).

[20] Second, a judge who draws conclusions that are not grounded in the evidence and are speculative in nature commits a reversible error of law (see *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626; *R. v. Fay*, 2023 BCCA 151, [2023] B.C.J. No. 647 (QL)).

#### V. Analysis

A. *Were the reasons so insufficient as to foreclose meaningful appellate review?*

##### (1) The Decision

[21] The first ground of appeal is directed towards the judge's credibility analysis. This ground compels us to examine Mr. McGraw's submission the judge failed to explain why she discounted Mr. LeBlanc's testimony and rejected Mr. McGraw's version of events. The assertion requires a critical analysis, because trial judges' credibility assessments are entitled to deference, absent a finding of palpable and overriding error (see *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 10; *R. v.*

*R.E.M.*, at paras. 28 and 32). For a discussion by the Court, see *Ozer v. R.*, 2022 NBCA 9, [2022] N.B.J. No. 68 (QL); *Doiron v. R.*, 2013 NBCA 31, 405 N.B.R. (2d) 22, *per* Richard J.A. (as he then was).

[22] The Supreme Court has made it clear that, when the outcome of a trial is largely dependent on a judge’s credibility findings, an appeal based on alleged deficiencies in the reasons will rarely be successful (see *Dinardo*, at para. 26; *Vuradin*, at para. 11). This Court has applied the above reasoning in *Dedam v. R.*, 2022 NBCA 41, [2022] N.B.J. No. 189 (QL), *per* Quigg J.A., at para. 68, and in *Figg v. R.*, 2022 NBCA 30, [2022] N.B.J. No. 148 (QL), at para. 15.

[23] In the above cases, the trial judges were asked to determine the credibility question based on the testimony of the accused and the complainant. Here, there is a distinction, which, in my view, warranted further explanation by the judge. Following a review of the evidence, the judge started her analysis with the statement that the “fundamental question before the court revolves around credibility [given] the conflicting versions of evidence by the parties and if there was consent by the complainant” (trial decision, June 7, 2022, p. 7, ll. 10-11). As noted, Mr. LeBlanc testified that, when he left his bedroom to retrieve his cellphone from the kitchen, he saw the complainant on the couch with the accused, and she was on top of him. It appeared to him they were kissing. As noted, on cross-examination, he stated he could not be certain they were kissing.

[24] In her decision, the judge found: “Mr. LeBlanc’s evidence that he briefly appeared to see Ms. [G.] on top of Mr. McGraw is not credible. It is not determinative of what happened after either. I put very little weight on this evidence” (pp. 10-11, ll. 22-2). However, there was no analysis as to why the judge found Mr. LeBlanc’s testimony to be incredible.

[25] Before making that finding, the judge wrote:

Yannick LeBlanc confirmed that he went to bed in his bedroom with his dog at the relevant time after he, Mr. McGraw and Ms. [G.] had been hanging out for a couple hours or so. He described his lodging as being a small



apartment with a one bedroom. His testimony was that after a few minutes after going to his bedroom, he returned to the living room having forgotten his cellphone and appeared to have caught Mr. McGraw and Ms. [G.] in his words “making out.” He further testified that he observed Ms. [G.] on top of Mr. McGraw. He retreated to his bedroom quickly and went to bed. [pp. 6-7, ll. 21-1]

[26] After five pages of transcript, the judge concluded her analysis with a finding of guilt. As noted, there was no explanation why Mr. LeBlanc was not considered to be a credible witness. In my view, this omission, by itself, constitutes reversible error. Mr. McGraw was entitled to an explanation as to why the evidence of his defence witness was rejected out of hand, particularly when there were distinct inconsistencies in the evidence between Ms. [G.] and Mr. McGraw concerning key evidence. This was not just a case of “conflicting versions of evidence by the parties,” as the judge stated (p. 7, l. 12). This cannot be true, because there was third-party evidence, which had to be considered, accepted or rejected, with a logical explanation.

[27] Further, a close examination of the reasons reveals that the second part of the *W.(D.)* analysis was not properly engaged. There was one paragraph devoted to Mr. McGraw’s testimony. The analysis skipped over his version of the events and jumped to the conclusion the Crown had met its burden of proof. It is my view that this failure alone constitutes reversible error (see *Wilson v. R.*, 2013 NBCA 38, 412 N.B.R. (2d) 100, *per* Richard J.A. (as he then was), at para. 30). Mr. McGraw was entitled to an explanation as to why the judge disbelieved his testimony.

(2) The Jurisprudence

[28] In *R. v. J.S.W.*, 2013 ONCA 593, [2013] O.J. No. 4409 (QL), the appellant in a sexual assault case argued the judge erred in accepting the complainant’s testimony, and in rejecting “out of hand” the evidence of two defence witnesses. Tulloch J.A. (as he then was) concluded the judge’s unconditional acceptance of the complainant’s testimony, without a proper examination of the inconsistencies in the evidence, coupled with the judge’s outright dismissal of the evidence of the defence witnesses constituted reversible error.

[29] In *Doiron*, Richard J.A. carefully explained the problem with rendering a verdict simply by “choosing one version of the evidence over the other” (at paras. 24-28).

[30] In *Bright v. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] N.B.J. No. 314 (QL), LeBlond J.A., in a sexual assault case, observed that the judge summarily dismissed the evidence of a third-party witness and failed to assess it on its own merit. As a result, he concluded the judge had conflated her testimony with that of the accused when making credibility findings (para. 51). As he stated, the Supreme Court has held this to be impermissible reasoning (see *R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397, at para. 11).

[31] In *R. v. Ryon*, 2019 ABCA 36, [2019] A.J. No. 111 (QL), there was evidence of the consumption of LSD and nitrous oxide. The only issue to be determined at trial was whether the accused had vaginal intercourse with the complainant, even momentarily. Martin J.A. was tasked with the job of considering whether the trial judge had assessed credibility correctly. He wrote:

Whether “*W(D)*” was properly considered and applied is perhaps the most popular ground of appeal arising from criminal trials. On reflection, that cannot be a surprise. The formula proposed in *R v. W(D)*, [1991] 1 SCR 742, is, if applied verbatim and without explanation, misleading and confusing. Both jurists and academics have criticized the formula as inadequate. Professor Don Stuart has gone so far as to suggest that in light of the “confusion and complexity” it has generated, “[i]t is time for the Supreme Court to bite the bullet and firmly abandon *W.(D.)* and indicate that this troublesome formula should not be used”: Westlaw annotation to *R v. Vuradin*, 2013 SCC 38. [para. 20]

[32] In other words, applying the principles set out in *Dinardo*, when a case turns on credibility, the judge must direct his or her mind to the decisive question of whether the accused’s evidence, considered in the context of the evidence as a whole, raises a reasonable doubt as to his guilt (see *Dinardo*, at para. 23). In *Ryon*, Martin J.A. went on to observe: “As discussed, to say the instruction applies to ‘the evidence (or testimony) of the accused’ will be inaccurate if it excludes other exculpatory evidence

from the scope of the instruction” (para. 49). In that case, as Martin J.A. stated, the outcome depended solely on a correct assessment of the witnesses’ credibility and reliability. The complainant testified that she abruptly left the tent in anger after intercourse was attempted. The accused apologized.

[33] The judge used the complainant’s sudden and abrupt departure from the tent as confirmation of a sexual assault. Martin J.A. concluded this was not sufficient, and a new trial was ordered. He stated:

In such circumstances the trial judge’s reasons warrant close scrutiny. Those reasons turned on the interpretation of an ambiguous event – the complainant’s abrupt and angry departure. That this evidence was equivocal and equally supportive of both the complainant’s and the appellant’s testimony appears not to have been contemplated. In my opinion, the trial judge needed to consider whether, in light of the ambiguous nature of the evidence upon which he was relying, the appellant’s account may be true. His failure to do so was fatal to the conviction. On this evidence it was not enough to simply accept the evidence of the complainant and by that process reject that of the appellant.  
[para. 69]

[34] As Karakatsanis J. stated in *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] S.C.J. No. 20 (QL), “[...] An appeal court must be rigorous in its assessment, looking to the problematic reasons in the context of the record as a whole and determining whether or not the trial judge erred or appellate review was frustrated. It is not enough to say that a trial judge’s reasons are ambiguous – the appeal court must determine the extent and significance of the ambiguity” (para. 79). See also *E.J.D. v. R.*, 2023 NBCA 65, [2023] N.B.J. No 178 (QL), where LeBlond J.A. discusses this principle (at paras. 17-18).

[35] In summary, an accused is entitled to know why a judge has been left with no reasonable doubt (see *Dinardo*, at para. 26). With respect, the reasons in this case do not reliably inform how the judge was left with no reasonable doubt, because there was no meaningful discussion of the defence submissions. There is a significant omission in the judge’s analysis for the reasons stated, and I would allow this ground of appeal.

B. *Findings based on speculation*

[36] In her decision, the judge refers to Mr. McGraw's testimony in the following terms:

Ms. [G.] took his hand and brought it to her crotch. He then started touching her including over her jeans where he contends that he noticed she was sexually aroused or in his terms "wet". He concluded that she was also attracted to him. In his evidence, he indicates he started unbuttoning her pants and before he could go any further, she jumped straight up and blurted to him that she was sleeping. [p. 6, ll. 1-8]

[37] The judge goes on to write:

Mr. McGraw's explanation of consent on the basis that Ms. [G.] was apparently sexually arised – aroused and that he knew this by touching her jeans, a relatively thick fabric over underwear and her body is in my view the – is in the Court's view implausible. I do not find Mr. McGraw's testimony to be credible. [p. 11, ll. 2-8]

[38] There was no evidence of the type of jeans Ms. [G.] was wearing, nor the fabric. The only description offered came from Mr. LeBlanc, who testified they were "tight" jeans. The finding had no evidentiary foundation. Were the jeans made of a "relatively thick fabric?" We do not know. In light of this gap, the conclusion reached that Mr. McGraw's evidence on this point was "implausible" cannot stand, and, in my opinion, constitutes reversible error.

[39] In *Bright*, the Court ordered a new trial. One of the grounds of appeal centred on the assertion the judge relied on stereotypical assumptions; in that case, it was the expected behaviour of drug abusers. He wrote:

[...] Generally, judges must avoid speculative reasoning based on common sense assumptions that are not grounded in the evidence: *R. v. Roth*, 2020 BCCA 240, [2020] B.C.J. No. 1333 (QL) at para. 65. It is an error of law to use conjecture and speculation as the basis for findings and

inferences: *R. v. Martin*, 2010 NBCA 41, 361 N.B.R. (2d)  
251. [para. 47]

[40] I would allow this ground of appeal for the reasons stated.

## VI. Conclusion

[41] In *G.F.*, Karakatsanis J. expressed her frustration with appellate courts that continue to interfere with credibility-based convictions in sexual assault cases, “not on the basis of legal error but on the basis of parsing imperfect or summary expression on the part of the trial judge” (para. 76). In my view, this is not such a case. This appeal is distinguishable for the reasons stated. First, the blanket rejection of Mr. LeBlanc’s testimony, without explanation, and the failure to conduct a critical analysis of Mr. McGraw’s testimony do not fall into the same category as the parsing of contradictory testimony between a complainant and the accused. Second, findings of fact, based on speculative reasoning, constitute palpable and overriding error that permit appellate intervention. Third, the failure to reconcile inconsistencies in a complainant’s testimony in a criminal trial, where innocence is at stake, also constitutes reversible error, in my view.

[42] A finding of credibility requires the trier of fact to consider the totality of the evidence and to conclude with an explanation as to why one witness’s version of events was more credible than that of another. There has to be a logical connection between the facts, the law and the verdict.

[43] If it is concluded the foundational reasoning upon which a credibility finding was based is not apparent from the record, or, it was not explained, the finding will be open to appellate scrutiny. The same reasoning applies to the bald statement made by the judge in this case that she found Mr. LeBlanc’s testimony to be incredible, and her determination that Mr. McGraw’s evidence was not credible. The rejection of Mr. McGraw’s evidence that he could feel Ms. [G.]’s sexual arousal through her “thick” jeans, had no connection to the evidentiary record. The foundational basis for these findings is not evident, nor was it explained in the reasons.

[44] The judge's failure to provide an explanation as to how inconsistencies in the evidence were reconciled, has called into question the reliability of the conviction. This is not a situation where a judge's findings were imperfect, or summary, as noted, in *G.F.* The very basis of the credibility findings that supported the finding of guilt was not evident.

VII. Disposition

[45] The cumulative effect of the above errors calls into question the reliability of the decision and renders it open to review. In this case, we determined the errors were sufficient to support a conclusion the conviction was unsound, and it is for the above reasons that on May 23, 2023, we allowed the appeal, set aside the verdict and ordered a new trial.

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] M. McGraw a été accusé d'agression sexuelle, acte criminel prévu à l'al. 271a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le *Code*). À l'issue d'un procès, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 30 mois à purger à partir du 8 septembre 2022. Le mandat de dépôt sur déclaration de culpabilité fait état d'une peine supplémentaire de quinze jours pour une infraction secondaire visée par l'al. 145(5)a) du *Code*.

[2] Par suite de la déclaration de culpabilité, il a été ordonné à M. McGraw de fournir un échantillon de substances corporelles pour ajout à la banque de données génétiques, en application de l'art. 487.051 du *Code*. En application de l'al. 109(1)a), il lui a été interdit d'avoir en sa possession des armes prohibées. Il est significatif qu'il soit visé par une ordonnance obligatoire rendue en application des par. 490.012(1) et 490.013(2.1) de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, ch. 10, de sorte que son nom est inscrit dans le registre des délinquants sexuels pour dix ans.

[3] Il interjette appel uniquement de la déclaration de culpabilité.

[4] Les affaires d'agression sexuelle sont le plus souvent tranchées sur le fondement de témoignages contradictoires de la part du plaignant et de l'accusé, ce qui oblige le juge des faits à tirer des conclusions distinctes sur la crédibilité de chacun. Or, ces conclusions doivent être rattachées aux témoignages. Par ailleurs, non seulement les motifs doivent être suffisamment clairs pour rendre justice dans l'affaire, mais ils doivent également expliquer clairement tant à l'accusé qu'au plaignant comment le juge est parvenu à sa décision. L'arrêt de principe qui établit le cadre de cette analyse est la décision *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL). Le fardeau de la

preuve incombe toujours au ministère public et, en présence de témoignages contradictoires, l'analyse énoncée dans l'arrêt *W.(D.)* est décisive.

[5] Dans l'arrêt *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, le juge Moldaver a écrit ce qui suit :

Pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, tout comme dans le cas d'autres vrais crimes, le ministère public doit établir, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé a effectivement commis l'*actus reus* et qu'il avait la *mens rea* nécessaire. Une personne commet l'*actus reus* de l'agression sexuelle « si elle fait des attouchements à caractère sexuel à une autre personne sans le consentement de celle-ci » (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 23). La *mens rea* comporte « l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard » (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 42). [par. 87]

Voir également l'arrêt *R. c. Kitch*, 2023 NSCA 33, [2023] N.S.J. No. 161 (QL).

[6] En l'espèce, non seulement les récits de l'accusé et de la plaignante étaient contradictoires, mais il y avait un tiers témoin, dont le témoignage a été rejeté de façon sommaire, sans explication. Par ailleurs, la juge a fondé son analyse de crédibilité sur une conclusion de fait qui n'était pas étayée par les éléments de preuve. M. McGraw soutient que cette accumulation d'erreurs dans l'analyse remet la déclaration de culpabilité en question et qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[7] Notre Cour doit décider dans le présent appel si les motifs de la décision de la juge sont suffisants et fiables afin de déterminer si la déclaration de culpabilité résiste à l'examen en appel. Le 23 mai 2023, après examen du dossier et audition des arguments des deux avocats, nous avons accueilli l'appel, ordonné la tenue d'un nouveau procès et indiqué que les motifs suivraient. Voici ces motifs.



## II. Contexte

[8] Le soir en question, M<sup>me</sup> [G.] et M. McGraw étaient allés dans quelques bars avec des amis. M<sup>me</sup> [G.] a rapporté avoir consommé environ quinze shots pendant la soirée, avant de rentrer chez elle entre 2 h et 3 h. Selon son témoignage, une fois rendue chez elle, elle s'est sentie émotive et n'a pas voulu rester seule, alors elle a envoyé un message Snapchat en ce sens à M. McGraw. M. McGraw devait passer la nuit à l'appartement d'un ami, Yannick LeBlanc, conducteur désigné pour la soirée. M. LeBlanc a accepté d'y ramener M<sup>me</sup> [G.].

[9] À l'appartement, les trois ont bavardé et, selon certains témoignages, ont consommé de l'alcool. Ils auraient décidé de se coucher vers 6 h, ce que personne ne conteste. M. LeBlanc est allé dans sa chambre avec son chien et a laissé M<sup>me</sup> [G.] et M. McGraw seuls dans le salon. Quand il a quitté la pièce, M<sup>me</sup> [G.] et M. McGraw étaient couchés chacun sur un sofa.

[10] M<sup>me</sup> [G.] a rapporté que M. McGraw et elle se sont ensuite installés sur le même sofa. Elle a posé la tête sur l'accoudoir et se trouvait adossée au dos du sofa. M. McGraw lui faisait face, la tête plus basse que la sienne. M<sup>me</sup> [G.] a dit s'être endormie et s'être réveillée face au dossier du sofa. Ses pantalons étaient baissés jusqu'à ses cuisses et le bout du pénis de M. McGraw était à l'intérieur de son vagin. Toujours selon son témoignage, elle a immédiatement repoussé M. McGraw, a couru dehors et s'est assise sur le bord de trottoir. M. McGraw l'a suivie tout en insistant sur le fait que c'est elle qui avait posé la main [TRADUCTION] « sur lui ». M<sup>me</sup> [G.] a dit qu'elle était ivre et n'avait pas vu les parties génitales ni les sous-vêtements de M. McGraw. Bien qu'elle ait dit avoir été ivre, la question de l'incapacité de donner son consentement en raison de son ébriété n'était pas en litige.

[11] M<sup>me</sup> [G.] a marché au YMCA et a appelé son frère pour lui demander d'aller la chercher. Celui-ci lui a répondu qu'il se préparait à aller travailler et c'est donc son père qui a fini par aller la chercher et l'a ramenée chez elle. Quatre jours se sont écoulés avant qu'elle fasse une déclaration à la police et demande un examen médical

faisant suite à une agression sexuelle. L'examen n'a pas révélé la présence de l'ADN de M. McGraw.

[12] Le contre-interrogatoire a mis en relief certaines incohérences entre le témoignage de M<sup>me</sup> [G.] et sa déclaration à la police, en ce qui concerne surtout la position de M. McGraw sur le sofa quand elle s'est endormie.

[13] Selon le témoignage de M. McGraw, tous deux se sont [TRADUCTION] « embrassés, et tout » sur le sofa, en cuillères. Il a dit que M<sup>me</sup> [G.] lui faisait face et qu'elle était adossée au dossier du sofa, qu'elle avait guidé sa main pour la placer entre ses jambes. Il a déclaré avoir commencé à [TRADUCTION] « la peloter à travers ses pantalons » et a senti qu'elle était [TRADUCTION] « un peu mouillée ». Il a interprété cette réaction comme [TRADUCTION] « le signe évident qu'elle voulait qu'il la touche ». Il a commencé à déboutonner les pantalons de M<sup>me</sup> [G.], mais avant qu'il ait pu aller plus loin, elle s'est redressée, l'a repoussé, a dit qu'elle dormait et a couru hors de l'appartement avec une paire de ciseaux, menaçant de s'ouvrir les poignets.

[14] Quant à M. LeBlanc, il a témoigné qu'une fois dans sa chambre, il s'est rendu compte qu'il avait laissé son téléphone cellulaire dans la cuisine. Quand il est sorti le chercher, il a vu M<sup>me</sup> [G.] sur M. McGraw, sur le sofa. Il lui a semblé les avoir pris [TRADUCTION] « sur le fait », en train de s'embrasser. En contre-interrogatoire, il a fourni les réponses suivantes :

[TRADUCTION]

R : Ben, elle était couchée sur lui.

Q : D'accord. Mais vous ne les avez pas vus s'embrasser, c'est bien ça?

R : Pendant la soirée, oui.

Q : Pardon?

R : Pendant la soirée, oui.

Q : Vous ne les avez pas vus s’embrasser quand ils étaient sur le sofa, cependant.

R : Non. [Transcription du procès, le 3 mai 2022, p. 61 et 62, l. 22-6]

Quand M. LeBlanc s’est réveillé, vers 8 h, les deux étaient partis.

### III. Moyens d’appel

[15] M. McGraw invoque deux moyens d’appel. Nous estimons que tous deux sont fondés.

[16] En premier lieu, M. McGraw fait valoir que les motifs de la juge de première instance sont insuffisants, puisqu’elle n’a pas expliqué pourquoi elle estimait que le témoignage du témoin oculaire, M. LeBlanc, n’était pas crédible.

[17] En second lieu, M. McGraw soutient que la juge a commis une erreur de droit en concluant que M. McGraw ne pouvait pas avoir senti les sécrétions vaginales à travers le [TRADUCTION] « tissu épais » du jean de la plaignante en l’absence de preuve sur le type ou le tissu du jean que la plaignante portait au moment de l’agression présumée. Il fait valoir que cette conclusion est fondée sur des conjectures, qu’elle n’est pas étayée par la preuve et que, comme elle a eu une incidence sur l’analyse quant à la crédibilité, il s’agit d’une erreur justifiant l’infirmité de la décision et elle doit être écartée.

### IV. Norme de contrôle

[18] La norme de contrôle relative à la suffisance des motifs est celle de la décision correcte. Le contrôle en appel est justifié s’il est impossible de discerner les fondements de la décision du juge (voir *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 28, et *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 37).

[19] Le défaut d'expliquer adéquatement comment les questions de crédibilité ont été résolues peut aussi constituer une erreur justifiant l'annulation d'une décision (voir *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 26, et *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639, par. 11).

[20] En outre, le juge qui tire des conclusions qui ne sont pas fondées sur la preuve, mais plutôt sur des suppositions, commet une erreur de droit justifiant l'annulation de la décision (voir *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626; *R. c. Fay*, 2023 BCCA 151, [2023] B.C.J. No. 647 (QL)).

V. Analyse

A. *Les motifs étaient-ils insuffisants au point de faire obstacle à un examen valable en appel?*

(1) La décision

[21] Le premier moyen d'appel porte sur l'analyse de crédibilité réalisée par la juge. Il nous faut donc examiner la prétention de M. McGraw selon laquelle la juge n'a pas expliqué pourquoi elle a écarté le témoignage de M. LeBlanc et a rejeté le récit des faits de M. McGraw. Cette affirmation appelle une analyse critique, car il faut faire preuve de déférence à l'égard de l'appréciation de la crédibilité en première instance, en l'absence de conclusion à une erreur manifeste ou dominante (voir *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 10, et *R. c. R.E.M.*, par. 28 et 32). Pour un exposé par notre Cour, voir *Ozer c. R.*, 2022 NBCA 9, [2022] A.N.-B. n° 68 (QL); *Doiron c. R.*, 2013 NBCA 31, 405 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 22, le juge d'appel Richard (tel était alors son titre).

[22] La Cour suprême a établi sans équivoque que, si l'issue d'un procès est en grande partie fonction des conclusions d'un juge quant à la crédibilité, l'appelant qui fonde son appel sur les lacunes présumées des motifs aura rarement gain de cause (voir *Dinardo*, par. 26; *Vuradin*, par. 11). Notre Cour a appliqué ce raisonnement dans *Dedam*

*c. R.*, 2022 NBCA 41, [2022] A.N.-B. n° 189 (QL), la juge Quigg, par. 68, et dans *Figg c. R.*, 2022 NBCA 30, [2022] A.N.-B. n° 148 (QL), par. 15.

[23] Dans les affaires citées ci-dessus, les juges de première instance étaient appelés à trancher les questions de crédibilité sur le fondement des témoignages de l'accusé et de la plaignante. En l'espèce, il y a une différence qui, à mon avis, justifie des explications plus poussées de la juge. Après examen de la preuve, la juge a amorcé son analyse en disant que [TRADUCTION] « la question fondamentale que doit trancher la Cour a trait à la crédibilité, [étant donné] les récits contradictoires de la preuve fournis par les parties et la question du consentement de la plaignante » (décision de première instance, le 7 juin 2022, p. 7, l. 10-11). Comme on l'a vu, M. LeBlanc a témoigné que, lorsqu'il est sorti de sa chambre pour récupérer son cellulaire dans la cuisine, il a vu la plaignante sur le sofa en compagnie de l'accusé. Il a précisé qu'elle était sur lui et qu'il lui a semblé qu'ils s'embrassaient. Comme on l'a vu également, il a dit en contre-interrogatoire qu'il n'était pas certain qu'ils s'embrassaient.

[24] Dans sa décision, la juge a conclu que [TRADUCTION] « le témoignage de M. LeBlanc voulant qu'il ait pensé voir brièvement M<sup>me</sup> [G.] sur M. McGraw n'est pas crédible. Il n'est pas non plus déterminant en ce qui concerne ce qui s'est passé ensuite. J'attache très peu de poids à ce témoignage » (p. 10 et 11, l. 22-2). Cependant, la juge n'expose pas l'analyse qui l'a menée à conclure que le témoignage de M. LeBlanc n'était pas crédible.

[25] Avant de formuler cette conclusion, la juge a écrit :

[TRADUCTION]

Yannick LeBlanc a confirmé être allé se coucher dans sa chambre avec son chien au moment pertinent, après avoir passé deux heures ou à peu près avec M. McGraw et M<sup>me</sup> [G.]. Il a dit que son appartement est petit et comporte une seule chambre à coucher. Selon son témoignage, après quelques minutes dans sa chambre, il est retourné au salon parce qu'il avait oublié son cellulaire et semble avoir surpris M. McGraw et M<sup>me</sup> [G.] en train de [TRADUCTION] « s'envoyer en l'air », selon ses mots. Il

a témoigné en outre qu'il avait vu M<sup>me</sup> [G.] sur M. McGraw. Il est rapidement rentré dans sa chambre et s'est couché. [p. 6 et 7, l. 21-1]

[26] Après avoir lu cinq pages de transcription, la juge a conclu son analyse par une déclaration de culpabilité. Comme on l'a vu, elle n'a pas expliqué pourquoi elle a considéré que M. LeBlanc n'était pas un témoin crédible. À mon avis, cette seule omission constitue une erreur justifiant l'infirmité de la décision. M. McGraw avait droit à une explication de la raison pour laquelle le témoignage de son témoin de la défense avait été écarté d'emblée, surtout qu'il y avait d'évidentes incohérences entre les témoignages de M<sup>me</sup> [G.] et M. McGraw concernant certains éléments clés. Il ne s'agissait pas que d'une affaire de [TRADUCTION] « récits contradictoires des parties », comme la juge l'a écrit (p. 7, l. 12), puisqu'il y avait un troisième témoignage, qu'il aurait fallu examiner avant de le retenir ou de le rejeter en expliquant la décision de manière logique.

[27] Par ailleurs, un examen attentif des motifs montre que la seconde partie de l'analyse énoncée dans l'arrêt *W.(D.)* n'a pas été faite comme il se doit. Un seul paragraphe est consacré au témoignage de M. McGraw. L'analyse ne tient pas compte de son récit des événements, et la juge a conclu hâtivement que le ministère public s'était acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait. À mon avis, cette lacune constitue à elle seule une erreur justifiant l'infirmité de la décision (voir *Wilson c. R.*, 2013 NBCA 38, 412 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 100, le juge d'appel Richard (tel était alors son titre), par. 30). M. McGraw avait droit à une explication de la raison pour laquelle la juge n'a pas cru son témoignage.

(2) Jurisprudence

[28] Dans l'affaire *R. c. J.S.W.*, 2013 ONCA 593, [2013] O.J. No. 4409 (QL), l'appelant dans une affaire d'agression sexuelle a soutenu que le juge avait commis une erreur en retenant le témoignage de la plaignante et en rejetant [TRADUCTION] « d'emblée » le témoignage de deux témoins de la défense. Le juge d'appel Tulloch (tel était alors son titre) a conclu que l'acceptation inconditionnelle du témoignage de la

plaignante sans examen adéquat des incohérences de la preuve, conjuguée au rejet catégorique des témoignages des témoins de la défense, constituait une erreur justifiant l'infirmité de la décision.

[29] Dans l'arrêt *Doiron*, le juge d'appel Richard a soigneusement expliqué le problème que pose le fait de parvenir à un verdict « en choisissant un récit des faits de préférence à l'autre » (par. 24 à 28).

[30] Dans *Bright c. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] A.N.-B. n° 314 (QL), une autre affaire d'agression sexuelle, le juge LeBlond, a souligné que la juge de première instance avait rejeté sommairement le témoignage d'un tiers sans l'apprécier à sa propre valeur. En conséquence, il a conclu que la juge avait assimilé ce témoignage à celui de l'accusé au moment d'en évaluer la crédibilité (par. 51). Comme il l'a rappelé, la Cour suprême a déterminé qu'il est inadmissible de procéder de cette façon (voir *R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397, par. 11).

[31] Dans l'arrêt *R. c. Ryon*, 2019 ABCA 36, [2019] A.J. No. 111 (QL), la Cour disposait de preuve montrant qu'il y avait eu consommation de LSD et d'oxyde nitreux. La seule question à trancher au procès consistait à déterminer si l'accusé avait eu un contact vaginal, même bref, avec la plaignante. Le juge Martin devait, quant à lui, déterminer si le juge de première instance avait apprécié correctement la question de la crédibilité. Il a écrit :

[TRADUCTION]

Le moyen d'appel le plus fréquemment invoqué par suite d'un procès en matière criminelle est probablement la façon dont il a été tenu compte de l'arrêt *W(D)* et dont il a été appliqué. À la réflexion, cela n'a rien de surprenant. Appliquée telle quelle et sans explication, la formule que propose l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, peut induire en erreur et porter à confusion. Des juristes et des universitaires la trouvent d'ailleurs inadéquate. Le P<sup>r</sup> Don Stuart est même allé jusqu'à laisser entendre que, étant donné [TRADUCTION] « la confusion et la complexité » qui en résultent, [TRADUCTION] « [i]l serait temps que la Cour suprême avale la pilule, abandonne résolument

l'arrêt *W.(D.)* et se prononce contre l'utilisation de cette formule difficile » : annotation par Westlaw de *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38. [par. 20]

[32] En d'autres mots, le juge qui applique les principes énoncés dans l'arrêt *Dinardo* dans une cause dont l'issue repose sur la crédibilité doit s'arrêter à la question déterminante de savoir si la preuve offerte par l'accusé, appréciée au regard de la preuve dans son ensemble, soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité (voir l'arrêt *Dinardo*, par. 23). Dans l'arrêt *Ryon*, le juge d'appel Martin a ajouté : [TRADUCTION] « Comme on l'a vu, il est inexact de dire que la directive s'applique à la [TRADUCTION] "preuve (ou au témoignage) offerte par l'accusé" si elle exclut d'autres preuves disculpatoires » (par. 49). Comme le juge Martin l'a précisé, l'issue de cette affaire reposait uniquement sur une appréciation correcte de la crédibilité et de la fiabilité des témoins. La plaignante avait témoigné avoir quitté la tente brusquement, en colère après une tentative de rapports sexuels, et l'accusé avait présenté ses excuses.

[33] Le juge a considéré le départ soudain et brusque de la tente comme la confirmation d'une agression sexuelle. Le juge Martin a conclu que ce n'était pas suffisant et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. À ce sujet, il s'est exprimé ainsi :

[TRADUCTION]

Dans de telles circonstances, les motifs énoncés par le juge de première instance justifient un examen rigoureux, car ils tenaient à l'interprétation d'un élément ambigu : le départ brusque de la plaignante en colère. Le juge ne semble pas avoir tenu compte du fait que ce témoignage est ambigu et pourrait en fait corroborer à la fois le témoignage de la plaignante et celui de l'appelant. À mon avis, le juge du procès aurait dû se demander si, étant donné l'ambiguïté du témoignage sur lequel il s'appuyait, le récit de l'appelant pouvait être vrai. Son omission à cet égard était fatale à la déclaration de culpabilité. Compte tenu de cette preuve, il ne suffisait pas de simplement retenir le témoignage de la plaignante pour, de ce fait, rejeter celui de l'appelant. [par. 69]

[34] La juge Karakatsanis a écrit ce qui suit dans l'arrêt *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] A.C.S. n° 20 (QL) : « [...] Une juridiction d'appel doit être rigoureuse dans



son appréciation, en examinant les motifs qui posent problème dans le contexte de l'ensemble du dossier et en établissant si le juge du procès a commis ou non une erreur ou s'il y a eu entrave à l'examen en appel. Il ne suffit pas de dire que les motifs du juge du procès sont ambigus – la cour d'appel doit déterminer l'ampleur et l'importance de l'ambiguïté » (par. 79). Voir aussi *E.J.D. c. R.*, 2023 NBCA 65, [2023] A.N.-B. n° 178 (QL), dans lequel le juge d'appel LeBlond commente également ce principe (par. 17 et 18).

[35] En résumé, l'accusé est en droit de savoir pourquoi le juge écarte le doute raisonnable (voir l'arrêt *Dinardo*, par. 26). Avec égards, les motifs en l'espèce ne disent pas de manière fiable comment la juge a écarté tout doute raisonnable, puisque les arguments de la défense n'y sont pas discutés de manière utile. Pour les raisons exposées ci-dessus, l'analyse comporte une omission substantielle, et je suis d'avis d'accueillir ce moyen d'appel.

#### B. *Conclusions fondées sur les conjectures*

[36] Dans sa décision, la juge renvoie au témoignage de M. McGraw dans ces mots :

[TRADUCTION]

M<sup>me</sup> [G.] a pris sa main et l'a amenée entre ses jambes. [M. McGraw] l'a ensuite caressée, y compris à travers son jean, et a noté, dit-il, qu'elle était sexuellement excitée ou, pour reprendre ses mots, « mouillée ». Il a conclu qu'elle était aussi attirée par lui. Il a témoigné qu'il avait commencé à déboutonner les pantalons de M<sup>me</sup> [G.], mais avant qu'il puisse aller plus loin, elle s'est levée brusquement et a lâché qu'elle dormait [p. 6, l. 1-8].

[37] La juge a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'explication qu'a donnée M. McGraw, selon laquelle M<sup>me</sup> [G.] aurait consenti puisqu'elle semblait sexuellement excitée, ce dont il s'est rendu compte en touchant son jean,

un tissu relativement épais par-dessus des sous-vêtements et le corps est, à mon avis, le... n'est pas plausible de l'avis de la Cour. J'estime que le témoignage de M. McGraw n'est pas crédible [p. 11, l. 2-8].

[38] Il n'y a aucun témoignage quant au type ou au tissu du jean que portait M<sup>me</sup> [G.]. La seule description que nous en avons vient de M. LeBlanc, selon lequel il s'agissait d'un jean [TRADUCTION] « serré ». La conclusion est donc sans fondement probatoire. Le jean était-il fait d'un [TRADUCTION] « tissu relativement épais »? On ne le sait pas. Compte tenu de cette lacune, la conclusion de la juge selon laquelle le témoignage de M. McGraw sur ce point n'était [TRADUCTION] « pas plausible » ne peut résister à l'examen en appel et est, selon moi, une erreur justifiant l'infirmité de la décision.

[39] Dans l'arrêt *Bright*, la Cour a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Selon l'un des moyens d'appel, le juge s'était fondé sur des hypothèses stéréotypées, en l'occurrence au sujet du comportement attendu des toxicomanes. Il a écrit :

[...] De façon générale, les juges doivent éviter de se livrer à des raisonnements conjecturaux fondés sur des hypothèses de sens commun qui ne s'appuient pas sur la preuve : *R. c. Roth*, 2020 BCCA 240, [2020] B.C.J. No. 1333 (QL), par. 65. Asseoir des conclusions et des inférences sur des conjectures et des suppositions est une erreur de droit : *R. c. Martin*, 2010 NBCA 41, 361 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 251. [par. 47]

[40] Je suis d'avis d'accueillir ce moyen d'appel, pour les motifs exposés ci-dessus.

## VI. Conclusion

[41] Dans l'arrêt *G.F.*, la juge Karakatsanis a exprimé sa frustration à l'égard des cours d'appel qui continuent d'intervenir dans des cas de condamnations qui reposent sur une appréciation de la crédibilité en matière d'agression sexuelle, « non pas sur le fondement d'une erreur juridique, mais sur le fondement d'une analyse détaillée de

l'expression imparfaite ou sommaire de la part du juge du procès » (par. 76). À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le présent appel peut se distinguer pour les motifs exposés précédemment. Premièrement, le rejet en bloc du témoignage de M. LeBlanc, sans explication, et l'absence d'analyse critique du témoignage de M. McGraw ne relèvent pas de la même catégorie que l'analyse détaillée des témoignages contradictoires d'une plaignante et de l'accusé. Deuxièmement, les conclusions de fait fondées sur un raisonnement reposant sur des suppositions constituent une erreur manifeste et dominante qui autorise l'intervention en appel. Troisièmement, l'omission de résoudre les incohérences du témoignage de la plaignante dans le cadre d'un procès en matière criminelle, quand l'innocence d'une personne est en cause, constitue aussi, à mon avis, une erreur justifiant l'infirmité de la décision.

[42] Pour apprécier la crédibilité d'un témoignage, le juge des faits doit tenir compte de l'ensemble de la preuve et expliquer pourquoi il conclut que le récit des faits présenté par un témoin est plus crédible que celui d'un autre témoin. Il doit y avoir un lien logique entre faits, droit et verdict.

[43] S'il est difficile, au vu du dossier, de discerner le raisonnement sur lequel reposent les conclusions tirées quant à la crédibilité ou que ce raisonnement n'est pas expliqué, la conclusion sera susceptible de contrôle en appel. Il en va de même, en l'espèce, pour la simple déclaration de la juge selon laquelle le témoignage de M. LeBlanc n'est pas crédible et pour sa conclusion voulant que le témoignage de M. McGraw ne le soit pas non plus. Il n'y a aucun lien entre le rejet du témoignage de M. McGraw qui a dit avoir perçu l'excitation sexuelle de M<sup>me</sup> [G.] à travers son jean [TRADUCTION] « épais » et le dossier de preuve. Il n'est pas possible de discerner le fondement probatoire de ces conclusions, qui ne sont pas non plus expliquées dans les motifs.

[44] L'omission par la juge d'expliquer comment elle avait résolu les incohérences du témoignage remet en question la fiabilité de la déclaration de culpabilité. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de conclusions imparfaites ou sommaires de la part de la juge, comme il était mentionné dans l'arrêt *G.F.* Le fondement même de ses

conclusions quant à la crédibilité qui l'ont menée à déclarer l'accusé coupable est indiscernable.

VII. Dispositif

[45] L'effet cumulatif des erreurs décrites ci-dessus remet en question la fiabilité de la décision et la rend susceptible de contrôle judiciaire. En l'espèce, nous avons jugé que les erreurs commises autorisaient à conclure que la déclaration de culpabilité était peu judicieuse, et c'est pour les motifs exposés ci-dessus que, le 23 mai 2023, nous avons accueilli l'appel, rejeté le verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès.