

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

95-22-CA

D.T.

D.T.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

D.T. v. R., 2023 NBCA 69

D.T. c. R., 2023 NBCA 69

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice LeBlanc

CORAM :

l'honorable juge Drapeau  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge LeBlanc

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
September 17, 2021

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 17 septembre 2021

**A Publication Ban in this matter was issued by  
the Provincial Court on April 15, 2021. It  
remains in effect.**

**Le 15 avril 2021, la Cour provinciale a rendu en  
l'espèce une ordonnance de non-publication qui  
est toujours en vigueur.**

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:  
June 20, 2023

Appel entendu :  
le 20 juin 2023

Judgment rendered:  
August 24, 2023

Jugement rendu :  
le 24 août 2023

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice LeBlanc

Motifs de jugement :  
l'honorable juge LeBlanc

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Robert R. McKee

For the respondent:  
Patrick McGuinty

THE COURT

The appeal against conviction is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Robert R. McKee

Pour l'intimé :  
Patrick McGuinty

LA COUR

L'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLANC, J.A.

A ban pursuant to s. 486.4 of the *Criminal Code* prohibiting the publication, broadcast, or transmission of any information that could identify the victim in this matter was issued by the Provincial Court on April 15, 2021. It remains in effect.

I. Introduction

[1] The appellant, D.T., stood trial in Provincial Court for two indictable offences, under the *Criminal Code*, for which he was charged under the same information: (1) breaking and entering a dwelling house and committing sexual interference therein; and (2) sexual interference. He was acquitted of the first, but convicted of the second because, after considering the totality of the evidence, including the conflicting testimony of the appellant and the complainant, the judge was left with a reasonable doubt in respect of the first charge, but harboured no such doubt regarding the sexual interference.

[2] At the hearing of the appeal, counsel for D.T. informed the Court that he wished to be heard on the grounds of appeal set out in his written submission as opposed to the grounds articulated in his Notice of Appeal, and he sought leave to amend the Notice of Appeal to raise those grounds. The respondent consented, and the Court allowed the amendment.

[3] D.T. contends the trial judge committed reversible error in entering “inconsistent” verdicts, in “considering the absence of a motive to fabricate or lie” and in drawing a speculative inference not grounded in the evidence. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

II. Background

A. *The incident*

[4] The incident resulting in the charges against D.T. involves his entering the home of S.B., his neighbour and friend, in her absence, and sexually touching one of two girls babysitting S.B.'s young daughter.

[5] On the day of the incident, K.B., S.B.'s 15-year-old cousin, and her friend, H.K., also 15 years old at the time, were babysitting S.B.'s daughter. That day, D.T. spoke with H.K., K.B. and S.B.'s young daughter on three occasions while they were in S.B.'s backyard. He was wearing a baseball cap.

[6] Later that evening, S.B. informed K.B. she was going out with co-workers after work and would be staying at a local hotel for the night. D.T. was invited by S.B. to go to the hotel; he joined her for a drink, leaving the hotel around 12:30 a.m. D.T. testified that, while passing S.B.'s house on his way home, he noticed the door was ajar and entered the house to check on the occupants' safety. The events that followed his entry into the house resulted in H.K.'s claim that D.T. touched her for a sexual purpose, a claim which he denies.

B. *The evidence*

[7] H.K.'s evidence at trial was that, once their young charge was in bed, she and K.B. watched television and eventually fell asleep on separate couches in the living room. H.K. was wearing spandex pants and a top and was covered with a blanket. She awoke at 2:00 a.m., sensing someone rubbing her legs under the blanket but over her clothing, moving his left arm up and down, then touching her near her buttocks and vaginal region. H.K. froze and was unable to move or speak but eventually opened her eyes and saw a figure, which she determined was a man, sitting on the floor next to the couch. The man did not respond when asked who he was but, when H.K. asked where S.B. was, he said she was at work. At that point, K.B. was also awake and asked the man

who he was, and he responded by giving his first name. He asked the girls if everything was okay, and kept asking even when told to leave, stating that he was just checking on them. According to H.K., the man eventually put on his shoes and left, closing the door behind him. The girls called the police. H.K. told police the intruder was wearing the same kind of baseball cap as the one worn by the man whom they saw earlier that day. Although the intruder had features similar to those of the man with whom they spoke earlier, H.K. could not positively identify him.

[8] K.B. testified she knew the appellant as “[D.],” that she also knew him as a friend of S.B. and that S.B.’s daughter, whom she often babysat, would play with D.T.’s daughter. When she awakened, she immediately recognized D.T. She saw him next to H.K. and noticed H.K. was upset. K.B. first saw D.T. crouched down next to H.K. and, when she turned on the light, she noticed he had his hand under the blanket on H.K. When she asked him why he was in the house, he answered he was just checking. According to her, he didn’t leave right away but did say he was “[D.]”; she also noticed his shoes were off. K.B. testified she had seen him twice before that day.

[9] S.B. testified she and D.T. had been neighbours for eight years. On the morning following the incident, after S.B. noticed she had missed several telephone calls, she was informed of the situation. That same day, she attended D.T.’s home to confront him. S.B. told the judge that he started crying and yelling that it was an accident, that he didn’t mean it and that he was sorry, apologizing profusely.

[10] D.T.’s evidence was that, while walking home, he noticed the front door to S.B.’s home was ajar, felt something was wrong and thought an intruder may be in the house. In the living room, he noticed two individuals and approached H.K. to wake her up and tell them he was in the house. D.T. testified that he touched H.K. to wake her up, shaking her on different parts of her body, her shoulder, hip, and leg, all above the blanket covering her. He explained he was standing bent over in front of H.K, asking if she was okay; he denied his shoes were off. D.T. told the court that a girl he did not recognize then jumped up from the other couch and told him to get out. His evidence was that he left and ran home and once there, he remained frantic and wept himself to sleep.

D.T. said he was worried about the girls being traumatized by the situation as well. He acknowledged that S.B. approached him the next day and accused him of sexual assault. When contacted by the police, he told them he did nothing wrong.

[11] When cross-examined, D.T. acknowledged he could see S.B.'s pool from his backyard and that he had gone to S.B.'s house three times that day for short visits. He said he did not know the girls were babysitting when he went in the house; he also said he did not text S.B. or the police about the door being ajar and did not turn on the lights when he entered S.B.'s house. D.T.'s evidence was that he did not know the gender of the individual on the couch, and that he did not shake the individual very hard or for very long because he did not want to startle them. He acknowledged that he did not text S.B. once he left her house and denied that he cried and apologized to S.B. the next day.

C. *The judge's reasons*

[12] In his reasons, the judge acknowledged that credibility was a crucial issue, requiring the application of the framework articulated by the Supreme Court in *R. v. W.(D)*, [1991] 1 S.C.R. 742, [1991] S.C.J. No. 26 (QL).

[13] While finding it difficult to ignore D.T.'s failure to call the police or alert S.B. as to the situation rather than entering the house, the judge nonetheless determined that D.T.'s evidence raised a reasonable doubt as to whether a break and enter with criminal intent had taken place.

[14] However, the judge found D.T.'s evidence as to the events following his entry into the house was not credible and accepted the Crown's incriminating evidence beyond a reasonable doubt. More particularly, the judge accepted beyond a reasonable doubt that D.T. approached H.K., while she was sleeping, and rubbed her buttocks and vaginal area for a sexual purpose. The judge also rejected D.T.'s exculpatory version of the event, noting that his evidence on the sexual interference charge did not raise any reasonable doubt.

[15] Simply put, applying the *W.(D.)* framework, the judge was not convinced beyond a reasonable doubt that D.T. broke into and entered S.B.'s residence with the intent to commit an offence, but he was convinced beyond any such doubt that, once inside the residence, D.T. took advantage of the situation and assaulted H.K., as she described. Consequently, D.T. was acquitted of the charge of break and enter, and convicted of the charge of sexual interference under s. 151(a).

### III. Grounds of Appeal

[16] D.T.'s appeal raises three distinct issues:

- a. Whether the trial judge erred in law by registering inconsistent verdicts;
- b. Whether the trial judge erred in law by considering the absence of a motive to fabricate or lie; and
- c. Whether the trial judge erred in law by making a speculative inference not grounded in the evidence.

### IV. Standard of Review

[17] D.T.'s appeal raises three questions of law. As a result, pursuant to s. 675(1)(a)(i) of the *Code*, leave to appeal is not required, and the standard of review is correctness.

### IV. Analysis

[18] This appeal is one where the parties agree on the applicable legal principles but differ on their application to the facts and whether intervention by the Court is warranted.

[19] Although there is no appeal from the acquittal on the charge of break and enter, it is noteworthy that, although the text of the charge (breaking and entering a dwelling house and committing therein sexual interference) targets the offence in s. 348(1)(b), the charge itself refers to s. 348(1)(a). A reading of the judge's reasons establishes the judge and the parties dealt with the case as an allegation of a breach of s. 348(1)(b), and I would amend the information to conform with their common understanding and direct all incidental records be amended accordingly.

A. *Inconsistent verdicts*

[20] D.T. contends that his acquittal on the breaking and entering charge and conviction on the charge of touching for a sexual purpose are inconsistent and irreconcilable verdicts.

[21] An inconsistent verdict is rendered where a trier of fact finds an accused person guilty, and not guilty, for the same conduct. The *Code* does not expressly set out "inconsistent verdicts" as a ground for setting aside a conviction, and an allegation of inconsistent verdict falls under the broader claim of an unreasonable verdict (see *R. v. R.V.*, 2021 SCC 10, [2021] S.C.J. No. 10 (QL), at paras. 1 and 28).

[22] In an appeal involving an allegation of inconsistent verdicts, the Court must apply the test set out in *R.V.*:

In an appeal involving inconsistent verdicts, the applicable test to determine whether a verdict of a jury is unreasonable is: "Are the verdicts irreconcilable such that no reasonable jury, properly instructed, could possibly have rendered them on the evidence?" [...] Put another way, a conviction is unreasonable and must be set aside where the verdicts cannot be reconciled on any rational or logical basis and no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered the verdicts it did based on the evidence [...]

[...]



The ultimate inquiry for appellate courts then is whether the verdicts are actually inconsistent. Apparently inconsistent verdicts can be reconciled on the basis that the offences themselves are “temporally distinct, or are qualitatively different, or dependent on the credibility of different complainants or witnesses” [...]. If verdicts are reconciled to reveal a theory on which the jury could have returned the verdicts without acting unreasonably, the verdicts are consistent and appellate intervention is not warranted. [Emphasis added; paras. 29 and 31]

[23] Recall that D.T. was tried on a two-count information, the first count alleging that he broke and entered a house and committed therein the offence of sexual interference, and the second count being a standalone allegation of sexual interference against H.K. In his credibility analysis, the judge, while not fully accepting D.T.’s evidence that the front door was ajar and that he entered for an innocent purpose, was nonetheless left in doubt by D.T.’s explanation and acquitted him on the charge of breaking and entering.

[24] In his reasons, the judge states the following:

[...] The Court cannot conclude that [D.T.] entered the residence to commit the sexual assault. However, once in the residence, [D.T.] took advantage of the situation and did sexually assault Ms. H.K. by touching private parts as she says.

[...]

On the core evidence [the court] concludes that [D.T.] may have entered the residence – premises to see what was happening inside, and the Court will give him the benefit of the doubt in that regard. But once in the [...] residence, the Court is convinced beyond a reasonable doubt that he [...] crouched down next to H.K. and sexually assaulted her as she describes. [Emphasis added]

[25] Throughout his analysis, the judge explains the distinctions between his findings relating to the break and enter and the sexual interference offences. It bears

repeating that verdicts will be inconsistent where the trier of fact finds an accused person guilty, and not guilty, for the same conduct. In this case, the conviction for sexual interference is not based on the same conduct as the acquittal for breaking and entering. Simply put, the two offences, and the conduct which forms the basis of the acquittal and the conviction, are qualitatively different. The acquittal on the charge under s. 348(1)(b) stems from the trial judge's findings as to how and why D.T. entered S.B.'s house whereas the conviction under s. 151(a) stems from the judge's findings as to D.T.'s actions once inside S.B.'s house.

[26] This is not a case “where the verdicts cannot be reconciled on any rational or logical basis and no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered the verdicts it did based on the evidence” (*R.V.*, at para. 29). In my view, the verdicts entered by the judge are not inconsistent or irreconcilable; based on the evidentiary record, the judge could logically find reasonable doubt regarding how and why D.T. entered S.B.'s home but no reasonable doubt regarding his intent as he touched H.K. in the manner he did. For these reasons, I would dismiss this ground of appeal.

B. *Motive to fabricate or lie*

[27] When listing the various reasons why he accepted the evidence of the Crown witnesses, the judge noted that he “found no motive for [the victim] to fabricate the accusation [against D.T.] or to have K.B. support her.” D.T. contends the judge committed a reversible error in finding there was no motive to lie, thereby raising a distinction in the law recently canvassed by the Supreme Court in *R. v. Gerrard*, 2022 SCC 13, [2022] S.C.J. No. 13 (QL):

[...] Lack of evidence of a complainant's motive to lie may be relevant in assessing credibility, particularly where the suggestion is raised by the defence (*R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272, at paras. 10-11; *R. v. Ignacio*, 2021 ONCA 69, 400 C.C.C. (3d) 343, at paras. 38 and 52). Absence of evidence of motive to lie, or the existence of evidence disproving a particular motive to lie, is a common sense factor that suggests a witness may be more truthful

because they do not have a reason to lie. That said, when considering this factor, trial judges must be alive to two risks: (1) the absence of evidence that a complainant has a motive to lie (i.e. there is no evidence either way) cannot be equated with evidence disproving a particular motive to lie (i.e. evidence establishing that the motive does not exist), as the latter requires evidence and is therefore a stronger indication of credibility — neither is conclusive in a credibility analysis; and (2) the burden of proof cannot be reversed by requiring the accused to demonstrate that the complainant has a motive to lie or explain why a complainant has made the allegations (*R. v. Swain*, 2021 BCCA 207, 406 C.C.C. (3d) 39, at paras. 31-33). [Emphasis added; para. 4]

[28] A trial judge is entitled to consider, as a matter of common sense, either the absence of evidence of a motive to lie or a proven absence of a motive to lie in his or her assessment of credibility, as both concepts are relevant. That said, if a trial judge considers either, he or she must avoid the two errors outlined by the Supreme Court. D.T. submits the judge made a conclusive finding that H.K. did not have a motive to lie and that he erred by equating the absence of evidence of a motive to lie with a proven absence of a motive to lie. Were this the case, D.T.’s ground of appeal would be compelling; however, my reading of the judge’s reasons leads me to conclude he made no such finding. In my view, the judge’s statement that he “found no motive for [the victim] to fabricate the accusation [against D.T.] or to have K.B. support her” does not equate to a finding that H.K. did not have a motive to lie. Rather, it was a finding that there was no evidence substantiating a motive for H.K. to fabricate the accusation or to have K.B. support her. The judge was entitled to factor this finding into his overall credibility assessment, and he committed neither of the two errors set out in *Gerrard*.

[29] As per the Supreme Court, to succeed on appeal, the burden upon the appellant is to demonstrate that an error was committed or that appellate review has been frustrated. Neither are demonstrated by merely pointing to ambiguous aspects of the trial decision and, “[w]here all that can be said is a trial judge may or might have erred, the appellant has not discharged their burden to show actual error or the frustration of appellate review.” Furthermore, “[w]here ambiguities in a trial judge’s reasons are open

to multiple interpretations, those that are consistent with the presumption of correct application must be preferred over those that suggest error” (*R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 79).

[30] This ground of appeal has no merit, and I would dismiss it.

C. *Speculation and assumptions*

[31] In his reasons, the judge rejected D.T.’s evidence regarding his explanation for touching H.K. to awaken her. D.T. claims that the judge’s reasoning process is based on speculation, and not grounded in the evidence.

[32] D.T.’s evidence was that he touched H.K. to wake her up, shaking her in different parts of her body in his attempt to do so. The judge rejected D.T.’s explanation of the events, concluding that it stretched the limits of common sense. While the judge provided other reasons for rejecting D.T.’s testimony, regarding his touching of H.K., the judge stated the following:

[D.T.]’s evidence of what happened in the residence is not sustainable. First, the way he went about to shake [H.K.] and awake her is awkward to say the least. You would think someone who grabs one’s shoulder to awaken them, as he said he did with H.K., would simply continue shaking until she wakes up. [D.T.] says he does more than the shoulder shake when he claims that did not work and that he proceeded to shake her in the hip region, then the leg region. This does not make sense and is unbelievable in the circumstances.

[33] It is trite law that trial judges must avoid speculative reasoning based on common sense assumptions that are not grounded in the evidence. A reversible error is committed where trial judges use conjecture and speculation as a basis for findings and inferences (see *Bright v. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] N.B.J. No. 314 (QL), at para. 47; *R. v. Roth*, 2020 BCCA 240, [2020] B.C.J. No. 1333 (QL), at para. 65). That said, trial

judges are entitled to draw common sense inferences that “flow logically and reasonably from established facts” (*Roth*, at para. 73, quoting *R. v. MacIsaac*, 2015 ONCA 587, [2015] O.J. No. 4538 (QL), at para. 46). This Court has emphasized the importance of trial judges applying to the evidence their common sense and everyday life and judicial experience (see *Brown v. R.*, 2021 NBCA 40, [2021] N.B.J. No. 222 (QL), at para. 27; *Russell v. R.*, 2021 NBCA 19, [2021] N.B.J. No. 104 (QL), at para. 45).

[34] The judge was not only entitled but duty-bound to apply his common sense and judicial experience to the evidence. This case is not one where the judge made a speculative inference not grounded in the evidence. The judge applied his common sense to D.T.’s explanation, as he was required to do; the judge’s application of common sense to the explanation provided by D.T. during his testimony was thus grounded in the evidence. In my view, this ground of appeal has no merit, and I would dismiss it.

V. Conclusion and Disposition

[35] For the reasons outlined above, I would dismiss the appeal.

LA JUGE LEBLANC

Le 15 avril 2021, la Cour provinciale a rendu une ordonnance de non-publication, en vertu de l'art. 486.4 du *Code criminel*, interdisant la publication ou la diffusion de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime en l'espèce. Cette ordonnance est toujours en vigueur.

I. Introduction

[1] L'appelant, D.T., a subi son procès devant la Cour provinciale relativement à deux actes criminels prévus au *Code criminel*, pour lesquels il a été accusé dans la même dénonciation : (1) introduction par effraction dans une maison d'habitation et contacts sexuels à cet endroit, et (2) contacts sexuels. Il a été acquitté de la première accusation, mais déclaré coupable de la seconde puisque, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, y compris les témoignages contradictoires de l'appelant et de la plaignante, le juge avait un doute raisonnable relativement à la première accusation, mais n'en avait aucun concernant les contacts sexuels.

[2] Lors de l'audition de l'appel, l'avocat de D.T. a indiqué à la Cour qu'il souhaitait se faire entendre sur les moyens d'appel énoncés dans son mémoire, plutôt que sur les moyens énoncés dans son avis d'appel, et il a demandé l'autorisation de modifier l'avis d'appel pour invoquer ces moyens. L'intimé a consenti à la modification et la Cour l'a autorisée.

[3] D.T. fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur qui justifie l'infirmité de sa décision du fait qu'il a rendu des verdicts « incompatibles » en [TRADUCTION] « tenant compte de l'absence de raison de fabriquer ou de mentir » et en tirant une inférence théorique qui ne s'appuie pas sur la preuve. Pour les motifs que j'exposerai ci-dessous, je suis d'avis de rejeter l'appel.

## II. Contexte

### A. *L'incident*

[4] L'incident qui a donné lieu aux accusations contre D.T. vise l'entrée de ce dernier dans la maison de S.B., sa voisine et amie, en son absence, et les contacts sexuels qu'il a commis sur l'une des deux filles qui gardaient la fillette de S.B.

[5] Le jour de l'incident, K.B., la cousine de S.B., âgée de 15 ans, et son amie H.K., également âgée de 15 ans à l'époque, gardaient la fille de S.B. Ce jour-là, D.T. s'est entretenu avec H.K., K.B. et la fillette de S.B. à trois reprises alors qu'elles se trouvaient dans la cour arrière de S.B. Il portait une casquette de baseball.

[6] Plus tard ce soir-là, S.B. a indiqué à K.B. qu'elle sortait avec des collègues après le travail et qu'elle passerait la nuit dans un hôtel du coin. S.B. a invité D.T. à l'hôtel; il l'y a rejointe pour prendre un verre et a quitté l'hôtel vers minuit et demi. D.T. a témoigné que, lorsqu'il a passé devant la maison de S.B. alors qu'il rentrait chez lui, il a remarqué que la porte était entrouverte et est entré dans la maison pour s'assurer de la sécurité des occupantes. Les événements qui ont suivi son entrée dans la maison ont donné lieu à l'allégation de H.K. selon laquelle D.T. l'a touchée à des fins d'ordre sexuel, une allégation qu'il nie.

### B. *La preuve*

[7] Au procès, H.K. a témoigné que, une fois que la jeune qu'elles gardaient était au lit, elle et K.B. ont regardé la télévision et ont fini par s'endormir sur des canapés séparés dans le salon. H.K. portait un pantalon en élasthane et un chandail, et elle était recouverte d'une couverture. Elle s'est réveillée à 2 h et a senti quelqu'un lui frotter les jambes sous la couverture, mais par-dessus ses vêtements, remuant son bras gauche de haut en bas, puis la toucher près des fesses et de la région vaginale. H.K. a figé et était incapable de bouger ou de parler, mais a finalement ouvert les yeux et a vu une silhouette, qu'elle a conclu être un homme, assise par terre à côté du canapé. L'homme

n'a pas répondu lorsqu'elle lui a demandé qui il était, mais, lorsque H.K. lui a demandé où se trouvait S.B., il lui a répondu qu'elle était au travail. À ce moment, K.B. aussi était réveillée et a demandé à l'homme qui il était, puis ce dernier a répondu en donnant son prénom. Il a demandé aux filles si tout allait bien, et il a continué de le demander même après qu'elles lui ont dit de partir, disant qu'il ne faisait que s'assurer qu'elles allaient bien. Selon H.K., l'homme a fini par mettre ses chaussures et partir en fermant la porte derrière lui. Les filles ont appelé la police. H.K. a dit à la police que l'intrus portait le même type de casquette de baseball que celle que portait l'homme qu'ils ont vu plus tôt dans la journée. Bien que l'intrus avait des traits similaires à ceux de l'homme avec qui elles avaient parlé plus tôt, H.K. ne pouvait pas l'identifier avec certitude.

[8] K.B. a témoigné qu'elle connaissait l'appelant sous le nom de « [D.] », qu'elle le connaissait également comme étant un ami de S.B. et que la fille de S.B., qu'elle gardait souvent, jouait avec la fille de D.T. Quand elle s'est réveillée, elle a immédiatement reconnu D.T. Elle l'a vu à côté de H.K. et a remarqué que cette dernière était bouleversée. K.B. a tout d'abord vu D.T. accroupi à côté de H.K. et, lorsqu'elle a allumé la lumière, elle a vu que sa main était sous la couverture, sur H.K. Lorsqu'elle lui a demandé pourquoi il était dans la maison, il a répondu qu'il était juste en train de vérifier [si tout allait bien]. Selon elle, il n'est pas parti tout de suite, mais il a dit qu'il était « [D.] »; elle a également remarqué qu'il ne portait pas ses souliers. K.B. a témoigné qu'elle l'avait vu deux autres fois avant cette journée-là.

[9] S.B. a témoigné qu'elle et D.T. étaient voisins depuis huit ans. Le lendemain de l'incident, après s'être rendu compte qu'elle avait manqué plusieurs appels téléphoniques, S.B. a été mise au courant de la situation. Le même jour, elle s'est rendue au domicile de D.T. pour lui dire ce qu'elle avait appris. S.B. a indiqué au juge qu'il avait commencé à pleurer et à crier que c'était un accident, qu'il n'avait pas eu l'intention de faire cela et qu'il était désolé, se répandant en excuses.

[10] Selon le témoignage de D.T., alors qu'il rentrait à la maison, il a remarqué que la porte d'entrée de la maison de S.B. était entrouverte, a senti que quelque chose n'allait pas et a pensé qu'il y avait peut-être un intrus dans la maison. Dans le salon, il a



vu deux personnes et s'est approché de H.K. pour la réveiller et lui dire qu'il était dans la maison. D.T. a témoigné qu'il avait touché H.K. pour la réveiller, en la secouant sur différentes parties de son corps, à savoir une de ses épaules, une de ses hanches et une de ses jambes, le tout au-dessus de la couverture qui la recouvrait. Il a expliqué qu'il était debout, penché devant H.K., et qu'il lui a demandé si elle allait bien; il a nié avoir enlevé ses chaussures. D.T. a indiqué à la Cour qu'une fille qu'il n'a pas reconnue s'est alors levée soudainement de l'autre canapé et lui a dit de sortir. Selon son témoignage, il est parti et s'est enfui chez lui et, une fois chez lui, il est demeuré dans tous ses états et s'est endormi en pleurant. D.T. a indiqué qu'il craignait que les filles soient elles aussi traumatisées par cette situation. Il a reconnu que S.B. est allée le voir le lendemain et l'a accusé d'agression sexuelle. Lorsque la police a communiqué avec lui, il lui a dit qu'il n'avait rien fait de mal.

[11] En contre-interrogatoire, D.T. a reconnu qu'il pouvait voir la piscine de S.B. depuis sa cour arrière et qu'il s'était rendu chez S.B. à trois reprises ce jour-là pour de brèves visites. Il a indiqué qu'il ne savait pas que les filles gardaient l'enfant lorsqu'il est entré dans la maison; il a également indiqué qu'il n'avait pas envoyé de texto à S.B. ou communiqué avec la police au sujet de la porte entrouverte et qu'il n'avait pas allumé les lumières lorsqu'il est entré dans la maison de S.B. D.T. a témoigné qu'il ne connaissait pas le sexe de la personne qui était sur le canapé et qu'il ne l'avait pas secouée trop fort ni trop longtemps parce qu'il ne voulait pas l'effrayer. Il a reconnu qu'il n'avait pas envoyé de texto à S.B. une fois qu'il avait quitté le domicile de cette dernière et a nié avoir pleuré et s'être excusé auprès de S.B. le lendemain.

C. *Les motifs du juge*

[12] Dans ses motifs, le juge a reconnu que la crédibilité était une question décisive, qui exigeait l'application du cadre analytique énoncé par la Cour suprême dans *R. c. W.(D)*, [1991] 1 R.C.S. 742, [1991] A.C.S. n° 26 (QL).

[13] Bien qu'il ait eu de la difficulté à faire abstraction du fait que D.T. n'ait pas appelé la police ou averti S.B. de la situation plutôt que d'entrer dans la maison, le

juge a néanmoins conclu que le témoignage de D.T. soulevait un doute raisonnable quant à savoir s'il y avait eu introduction par effraction dans un dessein criminel.

[14] Toutefois, le juge a conclu que le témoignage de D.T. concernant les événements qui ont suivi son entrée dans la maison n'était pas crédible et a retenu la preuve incriminante du ministère public hors de tout doute raisonnable. Plus particulièrement, le juge a accepté hors de tout doute raisonnable que D.T. s'est approché de H.K., alors qu'elle dormait, et lui a frotté les fesses et la région vaginale à des fins d'ordre sexuel. Le juge a également rejeté la version disculpatoire de D.T. de l'événement, en indiquant que son témoignage à l'égard de l'accusation de contacts sexuels ne soulevait aucun doute raisonnable.

[15] En deux mots, ayant appliqué le cadre analytique énoncé dans l'arrêt *W.(D.)*, le juge n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que D.T. s'était introduit par effraction dans la résidence de S.B. avec l'intention de commettre une infraction, mais il était convaincu hors de tout doute raisonnable que, une fois à l'intérieur de la résidence, D.T. avait profité de la situation pour agresser H.K. de la manière que cette dernière l'a décrit. D.T. a donc été acquitté de l'accusation d'introduction par effraction et déclaré coupable relativement à l'accusation de contacts sexuels, soit l'infraction visée à l'al. 151a).

### III. Moyens d'appel

[16] L'appel de D.T. soulève trois questions distinctes :

- a. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en inscrivant des verdicts incompatibles?
- b. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en tenant compte de l'absence de raison de fabriquer ou de mentir?

- c. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en tirant une inférence théorique qui ne s'appuie pas sur la preuve?

IV. Norme de contrôle

[17] L'appel de D.T. soulève trois questions de droit. Par conséquent, selon le ss-al. 675(1)a(i) du *Code criminel*, l'autorisation d'interjeter appel n'est pas requise et la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

IV. Analyse

[18] Il s'agit d'un appel dans lequel les parties s'entendent sur les principes juridiques applicables, mais ne s'entendent pas quant à leur application aux faits et quant à la question de savoir si l'intervention de la Cour est justifiée.

[19] Bien que l'acquittement quant à l'accusation d'introduction par effraction ne fasse pas l'objet d'un appel, il convient de noter que, bien que l'acte d'accusation (introduction par effraction dans une maison d'habitation et perpétration de contacts sexuels à cet endroit) cible l'infraction prévue à l'al. 348(1)b), l'accusation elle-même renvoie à l'al. 348(1)a). Une lecture des motifs du juge établit que le juge et les parties ont traité l'affaire comme une allégation de perpétration de l'infraction visée à l'al. 348(1)b), et je modifierais la dénonciation pour la rendre conforme à leur interprétation commune et j'ordonnerais que tous les documents accessoires soient modifiés en conséquence.

A. *Les verdicts incompatibles*

[20] D.T. fait valoir que son acquittement relatif à l'accusation d'introduction par effraction et sa déclaration de culpabilité relative à l'accusation de contacts à des fins d'ordre sexuel sont des verdicts incompatibles et inconciliables.

[21] Un verdict incompatible est rendu lorsqu'un juge des faits déclare un accusé à la fois coupable et non coupable pour le même comportement. Le *Code criminel* n'énonce pas expressément les « verdicts incompatibles » comme motif d'annulation d'une déclaration de culpabilité, et une allégation de verdicts incompatibles relève de la prétention plus générale de verdict déraisonnable (voir *R. c. R.V.*, 2021 CSC 10, [2021] A.C.S. n° 10 (QL), aux par. 1 et 28).

[22] Dans le cas d'un appel portant sur une allégation de verdicts incompatibles, la Cour doit appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *R.V.* :

Dans un appel portant sur des verdicts incompatibles, le critère servant à déterminer si le verdict d'un jury est déraisonnable est le suivant : « les verdicts sont-ils à ce point inconciliables qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu les prononcer au vu de la preuve? » [...] Autrement dit, une déclaration de culpabilité est déraisonnable et doit être annulée si les verdicts ne peuvent pas être conciliés pour quelque motif rationnel ou logique, et si aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pu les prononcer au vu de la preuve [...]

[...]

Ultimement, la cour d'appel doit déterminer si les verdicts sont réellement incompatibles. Des verdicts apparemment incompatibles peuvent être conciliés au motif que les infractions elles-mêmes « n'ont pas été commises en même temps ou parce qu'elles diffèrent sur le plan qualitatif ou dépendent de la crédibilité de divers plaignants ou témoins » [...] Si les verdicts sont conciliés de manière à révéler une thèse sur laquelle le jury aurait pu s'appuyer pour les rendre sans agir de façon déraisonnable, les verdicts sont alors compatibles et l'intervention de la cour d'appel n'est pas justifiée. [Soulignement ajouté; par. 29 et 31]

[23] Rappelons que D.T. a subi un procès relativement à une dénonciation comptant deux chefs d'accusation, le premier alléguant qu'il s'était introduit par

effraction dans une maison et y avait commis l'infraction de contacts sexuels, et le second étant une allégation distincte de contacts sexuels à l'endroit de H.K. Dans son appréciation de la crédibilité, bien que le juge n'ait pas entièrement retenu le témoignage de D.T. selon lequel la porte d'en avant était entrouverte et qu'il était entré de bonne volonté, l'explication de D.T. a néanmoins suscité un doute dans son esprit et il l'a acquitté de l'accusation d'introduction par effraction.

[24] Dans ses motifs, le juge déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] La Cour ne peut pas conclure que [D.T.] est entré dans la résidence pour commettre l'agression sexuelle. Toutefois, une fois dans la résidence, [D.T.] a profité de la situation et a agressé sexuellement M<sup>me</sup> H.K. en touchant ses parties intimes comme elle le dit.

[...]

Sur le fondement des éléments de preuve essentiels, [la Cour] conclut que [D.T.] est peut-être entré dans la résidence – la maison pour voir ce qui s'y passait, et la Cour lui accordera le bénéfice du doute à cet égard. Mais la Cour est convaincue hors de tout doute raisonnable que, une fois dans la [...] résidence, il [...] s'est accroupi à côté de H.K. et l'a agressée sexuellement comme elle le décrit. [Soulignement ajouté.]

[25] Tout au long de son analyse, le juge explique la distinction à faire entre ses conclusions relatives à l'infraction d'introduction par effraction et à l'infraction de contacts sexuels. Il convient de répéter que les verdicts seront incompatibles si le juge des faits déclare un accusé coupable et non coupable pour le même comportement. En l'espèce, la déclaration de culpabilité relative aux contacts sexuels n'est pas fondée sur le même comportement que l'acquittement relatif à l'introduction par effraction. En deux mots, les deux infractions, et le comportement qui constitue le fondement de l'acquittement et de la déclaration de culpabilité, sont qualitativement différents. L'acquittement relatif à l'accusation fondée sur l'al. 348(1)b) découle des conclusions du juge de première instance quant à savoir comment et pourquoi D.T. est entré dans la

maison de S.B., alors que la déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 151a) découle des conclusions du juge concernant les gestes de D.T. une fois à l'intérieur de la maison de S.B.

[26] Il ne s'agit pas d'un cas où « les verdicts ne peuvent pas être conciliés pour quelque motif rationnel ou logique, et [où] aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pu les prononcer au vu de la preuve » (*R.V.*, au par. 29). À mon avis, les verdicts inscrits par le juge ne sont pas incompatibles ou inconciliables; au vu du dossier de preuve, le juge pouvait logiquement conclure à un doute raisonnable quant à la manière et la raison pour lesquelles D.T. est entré dans la maison de S.B., mais à aucun doute raisonnable quant à l'intention de D.T. lorsqu'il a touché H.K. de la manière dont il l'a fait. Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais ce moyen d'appel.

B. *Les raisons de fabriquer ou de mentir*

[27] Lorsqu'il a énuméré les diverses raisons pour lesquelles il a retenu les témoignages des témoins à charge, le juge a indiqué qu'il [TRADUCTION] « n'a trouvé aucune raison pour [la victime] de fabriquer l'accusation [contre D.T.] ou de demander à K.B. de corroborer son témoignage ». D.T. fait valoir que le juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision du fait qu'il a conclu qu'il n'y avait aucune raison de mentir, soulevant ainsi une distinction dans le droit récemment examiné par la Cour suprême dans *R. c. Gerrard*, 2022 CSC 13, [2022] A.C.S. n° 13 (QL) :

[...] L'absence de preuve qu'un plaignant a des raisons de mentir peut être pertinente dans l'appréciation de la crédibilité, particulièrement lorsque la défense suggère qu'il en a (*R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272, par. 10-11; *R. c. Ignacio*, 2021 ONCA 69, 400 C.C.C. (3d) 343, par. 38 et 52). L'absence de preuve d'une raison de mentir ou l'existence de preuve réfutant une raison particulière de mentir constitue un facteur empreint de bon sens qui tend à indiquer qu'un témoin pourrait être davantage susceptible de dire la vérité parce qu'il n'a pas

de raison de mentir. Cela dit, lorsque le juge qui préside un procès prend ce facteur en considération, il doit avoir deux risques à l'esprit : (1) l'absence de preuve qu'un plaignant a des raisons de mentir (c.-à-d. l'absence de preuve dans un sens ou dans l'autre) ne peut être assimilée à une preuve réfutant l'existence d'une raison particulière de mentir (c.-à-d. une preuve établissant que la raison n'existe pas), car la seconde situation requiert qu'on en fasse la preuve et constitue donc une indication plus solide de crédibilité – aucune de ces situations n'est concluante dans l'analyse sur la crédibilité; et (2) on ne peut renverser le fardeau de la preuve en exigeant que l'accusé démontre que le plaignant a une raison de mentir ou qu'il explique pourquoi le plaignant a formulé des allégations (R. c. Swain, 2021 BCCA 207, 406 C.C.C. (3d) 39, par. 31-33). [Soulignement ajouté; par. 4]

[28] Le juge de première instance peut, dans son appréciation de la crédibilité, tenir compte, selon le bon sens, soit de l'absence de preuve d'une raison de mentir, soit de preuve de l'absence de raison de mentir, car les deux concepts sont pertinents. Cela dit, si un juge de première instance tient compte de l'un ou l'autre de ces facteurs, il doit éviter de commettre les deux erreurs énoncées par la Cour suprême. D.T. fait valoir que le juge a tiré une conclusion définitive établissant que H.K. n'avait aucune raison de mentir et qu'il a commis une erreur en assimilant l'absence de preuve de raison de mentir à une preuve de l'absence de raison de mentir. Si tel était le cas, le moyen d'appel de D.T. serait convaincant; toutefois, mon interprétation des motifs du juge m'amène à conclure qu'il n'a tiré aucune conclusion de ce genre. À mon avis, la déclaration du juge selon laquelle il [TRADUCTION] « n'a trouvé aucune raison pour [la victime] de fabriquer l'accusation [contre D.T.] ou de demander à K.B. de corroborer son témoignage » n'équivaut pas à une conclusion selon laquelle H.K. n'avait pas de raison de mentir. Il s'agissait plutôt d'une conclusion selon laquelle il n'y avait aucune preuve étayant une raison pour H.K. de fabriquer l'accusation ou d'inciter K.B à corroborer son témoignage. Le juge pouvait tenir compte de cette conclusion dans son appréciation globale de la crédibilité et il n'a commis aucune des deux erreurs énoncées dans l'arrêt *Gerrard*.

[29] Selon la Cour suprême, pour avoir gain de cause en appel, l'appelant doit établir qu'une erreur a été commise ou qu'il y a entrave à l'examen en appel. Le simple fait de souligner les aspects ambigus de la décision de première instance n'établit ni l'une ni l'autre et, « [l]orsque tout ce que l'on peut dire c'est que le juge du procès a peut-être commis une erreur, l'appelant ne s'est pas déchargé de son fardeau d'établir qu'il y a effectivement erreur ou entrave à l'examen en appel ». En outre, « [l]orsque des ambiguïtés dans les motifs du juge du procès se prêtent à de multiples interprétations, celles qui sont compatibles avec la présomption d'application correcte doivent être préférées à celles qui laissent entrevoir une erreur » (*R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] A.C.S. n° 20 (QL), au par. 79).

[30] Ce moyen d'appel est sans fondement et je le rejeterais.

C. *Les conjectures et les hypothèses*

[31] Dans ses motifs, le juge a rejeté le témoignage de D.T. concernant son explication selon laquelle il avait touché H.K. pour la réveiller. D.T. prétend que le raisonnement du juge est fondé sur des conjectures et ne s'appuie pas sur la preuve.

[32] D.T. a témoigné qu'il avait touché H.K. pour la réveiller, en secouant différentes parties de son corps dans ce but. Le juge a rejeté l'explication des événements donnée par D.T. et a conclu qu'elle dépassait les limites du bon sens. Bien que le juge ait fourni d'autres motifs pour rejeter le témoignage de D.T. au sujet du fait qu'il ait touché H.K., le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le témoignage de [D.T.] concernant ce qui s'est passé dans la résidence est insoutenable. Tout d'abord, la façon dont il a procédé pour secouer [H.K.] et la réveiller est pour le moins maladroite. On pourrait penser que quelqu'un qui saisit l'épaule d'une personne pour la réveiller, comme il dit l'avoir fait avec H.K., continuerait simplement de secouer jusqu'à ce que la personne se réveille. [D.T.] affirme qu'il a fait plus que secouer l'épaule lorsqu'il



prétend que cela n'a pas fonctionné et qu'il l'a ensuite secouée au niveau des hanches, puis au niveau des jambes. Cela n'a aucun sens et c'est invraisemblable dans les circonstances.

[33] Il est bien établi en droit que les juges de première instance doivent éviter de se livrer à des raisonnements conjecturaux fondés sur des hypothèses de sens commun qui ne s'appuient pas sur la preuve. Une erreur justifiant l'infirmité d'une décision est commise lorsqu'un juge de première instance se sert de conjectures pour appuyer ses conclusions et inférences (voir *Bright c. R.*, 2020 NBCA 79, [2020] A.N.-B. n° 314 (QL), au par. 47; *R. c. Roth*, 2020 BCCA 240, [2020] B.C.J. No. 1333 (QL), au par. 65). Cela dit, il est loisible aux juges de première instance de tirer des inférences de bon sens qui [TRADUCTION] « découlent logiquement et raisonnablement de faits établis » (*Roth*, au par. 73, citant *R. c. MacIsaac*, 2015 ONCA 587, [2015] O.J. No. 4538 (QL), au par. 46). Notre Cour a souligné l'importance pour les juges de première instance d'appliquer à la preuve leur bon sens, leur expérience de la vie et leur expérience judiciaire (voir *Brown c. R.*, 2021 NBCA 40, [2021] A.N.-B. n° 222 (QL), au par. 27; *Russell c. R.*, 2021 NBCA 19, [2021] A.N.-B. n° 104 (QL), au par. 45).

[34] Le juge avait non seulement le droit, mais il avait l'obligation d'appliquer son bon sens et son expérience judiciaire à la preuve. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle le juge a tiré une inférence théorique qui ne s'appuie pas sur la preuve. Le juge a appliqué son bon sens à l'explication de D.T., comme il était tenu de le faire; l'application du bon sens par le juge à l'explication fournie par D.T. lors de son témoignage s'appuyait donc sur la preuve. À mon avis, ce moyen d'appel est sans fondement et je le rejeterais.

#### V. Conclusion et dispositif

[35] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je rejeterais l'appel.