

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

22-22-CA

M.M.

M.M.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HIS MAJESTY THE KING

SA MAJESTÉ LE ROI

RESPONDENT

INTIMÉ

M.M. v. R., 2023 NBCA 78

M.M. c. R., 2023 NBCA 78

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice French

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
December 14, 2021 (conviction)  
February 24, 2022 (sentence)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
le 14 décembre 2021 (déclaration de culpabilité)  
le 24 février 2022 (détermination de la peine)

**A Publication Ban in this matter was issued by  
the Provincial Court on September 20, 2021. It  
remains in effect.**

**Le 20 septembre 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:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
April 19, 2023

Appel entendu :  
le 19 avril 2023

Judgment rendered:  
September 7, 2023

Jugement rendu :  
le 7 septembre 2023

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Green

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Green

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

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Robert McKee

For the respondent:  
Joanne Park

THE COURT

The appeal is allowed, the conviction is set aside,  
and a new trial is ordered.

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

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Robert McKee

Pour l'intimé :  
Joanne Park

LA COUR

L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité  
annulée et la tenue d'un nouveau procès ordonnée.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, 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 September 20, 2021. It remains in effect.

I. Introduction

[1] The appellant and the Crown both argue this conviction on a charge of sexual interference calls for appellate intervention. I agree.

[2] In *Kitchen v. R.*, 2020 NBCA 69, [2020] N.B.J. No. 247 (QL), the Court had occasion to comment upon the proper approach to be taken when the Crown concedes an appeal:

This case presents one of those infrequent criminal appeals in which both the convicted appellant and the respondent Crown are in complete agreement: errors were made at trial requiring appellate intervention. They also agree on the appropriate disposition. This, however, is not in and of itself sufficient to end the matter. The Court has an obligation to satisfy itself the shared position advanced by the parties is correct at law. We are required to do more than simply acquiesce. In this instance, my colleagues and I all agreed the parties were, and are, correct. I shall explain.  
[para. 8]

[3] Justice must be done according to law, and upon a careful review of the record and consideration of the submissions made to the Court, I am satisfied for the reasons set out below that the appropriate disposition of this matter is to allow the appeal and set aside the conviction. The appellant argued first for an acquittal, but the Crown was not prepared to go that far.

II. Background

[4] The appellant was charged with four counts under the *Criminal Code*: three relating to his daughter, and one relating to the complainant. He was acquitted on the three charges involving his daughter. The fourth charge, on which he was convicted, is the subject of this appeal.

[5] The complainant was at the time of the incident in question a friend of the appellant's daughter. In the course of these reasons, I shall refer to them as the complainant and her friend.

[6] The complainant would often sleep over at the home of her friend. According to the complainant's testimony, which was accepted by the trial judge, during one such sleepover, which occurred at some point between January 1, 2010, and December 31, 2013, she and her friend had "stayed up too late" and were concerned they "would get caught". Hearing rustling from the bedroom of the appellant and his wife, the two pretended to be asleep.

[7] The appellant entered the room where the girls were pretending to be asleep, and the complainant testified that he proceeded to tuck them in. The complainant felt "the blanket being tucked over me", "but then I feel a hand feeling my chest". She also testified that "at the time I wasn't developed". She further testified that it lasted "a few seconds" and "felt uncomfortable" and wasn't like being tucked in.

[8] After they awoke the following morning, the complainant and her friend discussed what had happened and spoke to the appellant's wife (i.e., the friend's mother) about it. She did not appear to take the incident seriously. When the appellant's wife testified at his trial, she had no recollection of the event.

[9] The complainant was uncertain as to a precise date this all occurred and estimated that she would have been between the ages of "ten to fifteen" at the time.

[10] The allegations brought forward by the complainant and her friend were made to the police in 2018 and the appellant was charged in 2019. Following a trial before a judge of the Provincial Court, the appellant was convicted on the charge involving the complainant.

[11] The appellant was subsequently sentenced to a term of incarceration of 90 days to be served intermittently. At the hearing of the appeal, counsel for the appellant advised the Court that his client had served his time.

### III. Issues and Analysis

#### A. *Issues*

[12] The appellant advances three issues in challenging his conviction:

The learned trial judge committed an error of law in his application of the credibility test outlined in *R. v. W.D.*, [1991] 1 S.C.R. 742.

The learned trial judge committed an error of fact and law in his determination of what constitutes an offence of touching for a sexual purpose and ruling out accidental touching.

The Appellant further submits that, the guilty verdict is unreasonable and not supported by the evidence.

[13] The Crown raised an additional issue in its written submission:

The Crown submits the trial judge made a further palpable and overriding error as it related to his finding that [the complainant's] evidence was bolstered by the corroborating evidence of a purported eyewitness, [her friend]. The trial judge held that there was a single inconsistency between the witnesses that was peripheral and unimportant in nature. A review of the record, however, reveals there were significant inconsistencies between the evidence of [the

complainant] and [her friend] that were beyond peripheral in nature. [Crown submission, para. 32]

[14] The Crown concedes the second ground of appeal, does not agree with the appellant's position on the first and third, and as noted, raises a fourth. For the purposes of determining this appeal, we need only consider the common ground between the appellant and the Crown.

B. *Intentional or accidental touching?*

[15] The appellant was charged with touching, for a sexual purpose, the complainant, who at the time was under sixteen years of age, contrary to s. 151(a) of the *Criminal Code*:

**Sexual interference**

**151** Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of 16 years

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year[.]

**Contacts sexuels**

**151** Toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, touche directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps d'un enfant âgé de moins de seize ans est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an[.]

[16] A key element of the offence is that the touching must be for a sexual purpose. Absent that, criminal conduct is not established. Touching for a non-sexual purpose is insufficient.

[17] In *R. v. Morrissey*, 2011 ABCA 150, [2011] A.J. No. 553 (QL), at para. 21, cited with approval by the Supreme Court in *R. v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, at para. 145, the Alberta Court of Appeal provided a useful definition of "sexual purpose" within the context of s. 151:

Touching is done for a sexual purpose, if it is done for one's sexual gratification or to violate a person's sexual integrity. In determining whether touching takes place in circumstances of a sexual purpose, we are of the view that a trial judge can in assessing the *mens rea* of the accused, consider whether the sexual context of the touching would be apparent to any reasonable observer. The "sexual purpose" may be proven either by direct evidence, or it may be inferred from circumstantial evidence or from the nature of the touching itself (ie. the only reasonable inference to be drawn from the circumstantial evidence or from the nature of the touching itself is that the accused committed the touching for a sexual purpose). (see para 24 of *R v Menjivar*, [2010] A.J. No. 610, 2010 ABPC 164). [para. 21]

[18] I adopt this reasoning as my own.

[19] It appears the trial judge ruled out the possibility of accidental touching because the appellant denied touching the complainant's chest. After noting that the appellant denied the improper touching, the trial judge stated:

What he said in cross-examination was that he didn't recall it happening but would not admit that he might have touched [her] chest. This is not a case where I could find that it was an accidental touching as [the appellant] was pulling up the blanket. His position is that it never happened. [Decision, page 7]

[20] The appellant contends that the trial judge fell into error by summarily discounting the possibility of accidental touching, or touching for a non-sexual purpose, simply because the appellant denied any touching took place.

[21] The appellant did testify that he would, on occasion, tuck in his daughter and the complainant when they were sleeping: "if the covers are down, I bring them up to around the shoulders" and "sometimes, I'd smooth it over [...] on the shoulders".

[22] On a review of the record, there was limited questioning of the appellant on this point. This brief exchange took place under questioning by the Crown:

Q. Just a few more questions. We were discussing when you would – you know – tuck a child in and smooth the blanket over her shoulder. [...], I just want to put to you that there was one time when you were tucking in [the complainant] that you did touch her chest.

A. I don't recall that happening.

Q. You don't recall it happening?

A. No.

Q. You do recall very specifically how you would tuck in a child. Correct?

A. Yes.

Q. So, you might have touched her chest?

A. No. [Transcript, Sept. 22, 2021, page 67]

[23] This hardly amounts to a vehement denial that no accidental touching could possibly have taken place, and I see nothing in the transcript that expands upon the above.

[24] For its part, the Crown's position on this issue is that the trial judge "did not consider whether the *mens rea* component of the offence was made out" merely because the appellant denied any touching took place. That does not automatically rule out the possibility of accidental touching, based on the evidence of the complainant the trial judge did accept.

[25] The trial judge went on to conclude that "It was not an accident, and there was no reason for him to make contact with [the complainant's] body" (decision, page 8). With respect, according to the complainant's own testimony, the appellant pulled the blanket up to tuck her in. That action could conceivably have caused contact with the complainant's body, and more specifically, accidental contact with her chest.

[26] From a review of the record, I conclude this ground of appeal has merit and should be allowed.



C. *Inconsistencies between the testimonies of the complainant and the friend*

[27] The trial judge focussed on a single inconsistency in his brief analysis and characterized it as “a peripheral matter”. I cannot reach the same conclusion. The inconsistencies were many, and far from peripheral. On the contrary, I would characterize them as glaring, and go to the very heart of the allegation against the appellant. Consider the following.

[28] The friend testified that the two girls were sleeping in the same bed, the only one in the room. The complainant testified that there were two beds, and she and her friend were sleeping separately.

[29] The friend testified that the appellant had to lean over her in order to reach the complainant, given that they were sharing one bed and because of how the bed was situated in the room, i.e., it was pushed up against a wall. The complainant testified they were in separate beds with approximately two feet of space between them, and that the appellant stood beside her while she was in the bed pretending to be asleep.

[30] The friend testified that the appellant switched on the light when entering the bedroom, and that she “squinted [her] eyes open” to see what was going on. The complainant made no mention of the light being switched on.

[31] The friend testified that the appellant pushed or pulled the blanket down, thus exposing the two girls. The complainant testified to the exact opposite, that she “[felt] the blanket being tucked over me”.

[32] The friend testified that the appellant had his hand on the complainant’s chest for “thirty seconds”. The complainant testified that the touching only lasted “a few seconds”. This was the wording she used in both her direct and her cross-examination.

[33] The friend testified that the blanket had been pushed or pulled down before the touching took place. The complainant testified that the touching took place over the top of the blanket.

[34] The trial judge stated that the complainant's "version of the events was not challenged on cross-examination and was indeed confirmed by [the friend's] testimony" (decision, page 7). With respect, the complainant's testimony was not confirmed, but rather contradicted, and repeatedly.

[35] I find that the problems identified above call into question the reliability of the conviction, and on that basis alone I would set aside the guilty verdict.

D. *Identity*

[36] Although not identified as a distinct ground of appeal, there is a further problem to consider, namely that of the identity of the person who touched the complainant. She testified that she kept her eyes closed throughout the entire incident:

A. So, no I did not open my eyes until later. So, like after the person left the room.

[37] This begs the question, how did she know the identity of the person tucking her in, given that she testified she kept her eyes closed? Her testimony was that she did not actually see the appellant, but assumed it was him:

Q. And did you see who did that?

A. I didn't see but I just assumed because I can put two and two together.

[38] At no point did the complainant explain what she meant by putting "two and two together".

[39] The friend testified that the person in the room was the appellant, but if her testimony were to be viewed as unreliable, given the many inconsistencies outlined above, there would be no clear evidence establishing identity.

IV. Conclusion and Disposition

[40] For the reasons set out above, I would allow the appeal, set aside the conviction, and order a new trial.

LE JUGE GREEN

Le 20 septembre 2021, la Cour provinciale a prononcé, en vertu de l’art. 486.4 du *Code criminel*, une ordonnance interdisant la publication ou la diffusion de tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité de la victime. Cette ordonnance demeure en vigueur.

I. Introduction

[1] Il est soutenu par l’appelant et par le ministère public que la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels dans la présente affaire demande l’intervention d’une juridiction d’appel. J’en conviens.

[2] Dans *Kitchen c. R.*, 2020 NBCA 69, [2020] A.N.-B. n° 247 (QL), la Cour a eu l’occasion de formuler des observations sur la façon appropriée d’aborder un appel dont le ministère public concède le bien-fondé :

Notre Cour est saisie d’un appel pénal, peu fréquent, où le condamné appelant et le ministère public intimé sont tout à fait d’accord : des erreurs ont été commises au procès qui nécessitent l’intervention d’une juridiction d’appel. Ils sont d’accord également sur la décision qu’il conviendrait de rendre. L’affaire n’est toutefois pas close pour autant. La Cour a l’obligation de se persuader de ce que la thèse commune des parties est correcte en droit. Elle est tenue à plus qu’à un simple acquiescement. Dans le cas présent, mes collègues et moi avons convenu que les parties avaient raison et nous en demeurons convaincus. J’explique notre décision. [par. 8]

[3] Justice doit être rendue selon le droit et, après avoir attentivement examiné le dossier et considéré les arguments présentés à la Cour, je suis convaincu, pour les motifs qui suivent, qu’admettre l’appel et annuler la déclaration de culpabilité est la décision qu’il convient de rendre en l’espèce. L’appelant réclamait au départ un acquittement, mais le ministère public n’était pas disposé à aller jusque-là.

## II. Contexte

- [4] Quatre chefs d'accusation imputaient à l'accusé des infractions prévues au *Code criminel* : trois donnaient pour victime sa fille, le quatrième la plaignante. Il a été acquitté des infractions dont il était accusé envers sa fille. Sa déclaration de culpabilité au quatrième chef fait l'objet du présent appel.
- [5] La plaignante était, à l'époque des événements en cause, une amie de la fille de l'accusé. Je les appellerai, dans les présents motifs, la plaignante et son amie.
- [6] Il était fréquent que la plaignante passe la nuit chez son amie. Dans son témoignage, que le juge du procès a retenu, la plaignante a relaté qu'elle et son amie, lors d'une de ces nuits passées chez elle entre le 1<sup>er</sup> janvier 2010 et le 31 décembre 2013, avaient [TRADUCTION] « trop tardé à se coucher » et craignaient [TRADUCTION] « d'être prises ». Lorsqu'elles ont entendu un bruissement dans la chambre à coucher de l'appelant et de son épouse, elles ont fait mine de dormir.
- [7] L'appelant est entré dans la chambre à coucher où les filles feignaient leur sommeil. La plaignante a témoigné qu'il avait entrepris de les border : [TRADUCTION] « [J'ai senti] la couverture remonter sur moi [...] mais ensuite j'ai senti une main palper ma poitrine. » Elle a ajouté : [TRADUCTION] « Je n'étais pas formée à ce moment-là. » Elle a également témoigné que les gestes posés avaient duré [TRADUCTION] « quelques secondes », lui avaient [TRADUCTION] « été désagréables » et n'étaient pas ceux d'une personne qui borde un dormeur.
- [8] À leur éveil le lendemain matin, la plaignante et son amie ont discuté de ce qui s'était produit. Elles en ont parlé à l'épouse de l'appelant (la mère de l'amie), qui n'a pas semblé prendre l'incident au sérieux. Lorsqu'elle a témoigné au procès, l'épouse de l'appelant n'avait aucun souvenir des événements.
- [9] La plaignante était incertaine de la date exacte où tout s'était produit. Elle estimait qu'elle avait alors [TRADUCTION] « de dix à quinze ans ».

[10] Les gestes qu'ont dénoncés la plaignante et son amie ont fait l'objet d'une plainte à la police en 2018, et des accusations ont été portées contre l'appelant en 2019. Un juge de la Cour provinciale l'a déclaré coupable, après procès, de l'infraction dont il était accusé contre la plaignante.

[11] L'appelant a par la suite été condamné à une peine d'incarcération de 90 jours à purger de façon discontinue. Lors de l'audition de l'appel, son avocat a informé la Cour que l'appelant avait purgé sa peine.

### III. Questions en litige et analyse

#### A. *Questions en litige*

[12] L'appelant conteste sa déclaration de culpabilité par trois moyens :

[TRADUCTION]

L'éminent juge du procès a commis une erreur de droit dans l'application du critère d'appréciation de la crédibilité issu de *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

L'éminent juge du procès a commis une erreur de fait et de droit lorsqu'il a déterminé en quoi consiste l'infraction de toucher à des fins d'ordre sexuel et qu'il a écarté le toucher accidentel.

En outre, l'appelant affirme que le verdict de culpabilité est déraisonnable et ne s'appuie pas sur la preuve.

[13] Le ministère public a soulevé une autre question dans son mémoire :

[TRADUCTION]

Le ministère public avance que le juge du procès a commis une autre erreur manifeste et dominante, erreur liée à sa conclusion que le témoignage de [la plaignante] se trouvait renforcé par le témoignage corroborant venu d'une témoin oculaire présumée [son amie]. Le juge du procès a conclu que se présentait entre les témoins une unique incohérence

qui, par sa nature, était accessoire ou sans importance. Or il apparaît, à l'examen du dossier, que les témoignages de [la plaignante] et de [son amie] présentaient des incohérences considérables qui, par leur nature, étaient beaucoup plus qu'accessories. [Mémoire du ministère public; par. 32]

[14] Le ministère public concède à l'appelant le deuxième moyen, conteste le bien-fondé des premier et troisième et, nous l'avons vu, avance un quatrième moyen. Il nous suffira, pour statuer sur l'appel, de nous pencher sur le moyen que l'appelant et le ministère public plaident en commun.

B. *Toucher intentionnel ou accidentel?*

[15] L'appelant était accusé d'avoir touché la plaignante, alors âgée de moins de seize ans, à des fins d'ordre sexuel. Cette infraction est prévue à l'al. 151a) du *Code criminel* :

**Sexual interference**

**151** Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of 16 years

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

**Contacts sexuels**

**151** Toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, touche directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps d'un enfant âgé de moins de seize ans est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an[.]

[16] Les fins d'ordre sexuel sont un élément essentiel de l'infraction. Sans cet élément, la conduite criminelle n'est pas établie. Toucher à des fins d'ordre non sexuel est insuffisant.

[17] Dans *R. c. Morrisey*, 2011 ABCA 150, [2011] A.J. No. 553 (QL), décision à laquelle la Cour suprême du Canada renvoie en l'approuvant au par. 145 de *R. c. Jarvis*,

2019 CSC 10, [2019] 1 R.C.S. 488, la Cour d'appel de l'Alberta a donné une définition utile des « fins d'ordre sexuel » dans le contexte de l'art. 151 :

[TRADUCTION]

Un toucher est pratiqué à des fins d'ordre sexuel s'il l'est dans le dessein d'une satisfaction sexuelle personnelle ou d'une atteinte à l'intégrité sexuelle d'autrui. À notre sens, pour déterminer si un toucher a eu lieu en des circonstances où les fins visées étaient d'ordre sexuel, le juge du procès peut se demander, dans son appréciation de la *mens rea* de l'accusé, si le contexte sexuel du toucher paraîtrait évident à toute personne raisonnable. Il est possible de prouver les « fins d'ordre sexuel » par une preuve directe, ou encore de les inférer de preuves circonstancielle ou de la nature du toucher proprement dit (c'est-à-dire que la seule inférence raisonnable qui peut être tirée des preuves circonstancielle ou de la nature du toucher proprement dit est que l'accusé a touché la victime à des fins d'ordre sexuel). (Voir le par. 24 de *R. c. Menjivar*, [2010] A.J. No. 610, 2010 ABPC 164.) [par. 21]

[18] Je fais mien ce raisonnement.

[19] Le juge du procès semble avoir exclu la possibilité d'un toucher accidentel parce que l'appelant niait avoir touché la poitrine de la plaignante. Après avoir relevé que l'appelant niait tout toucher indu, le juge a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ce qu'il a dit, lors du contre-interrogatoire, c'est qu'il ne se rappelait pas que ce soit survenu. Il a refusé d'admettre qu'il ait pu toucher la poitrine de [la plaignante]. Il ne s'agit pas ici d'une cause où je pourrais conclure que le toucher survenu était accidentel du fait que [l'appelant] remontait la couverture. [L'appelant] affirme qu'il n'est pas survenu. [Décision; p. 7]

[20] L'appelant soutient qu'exclure sommairement la possibilité d'un toucher accidentel, ou d'un toucher à des fins d'ordre non sexuel, du seul fait qu'il avait nié le moindre toucher était une erreur de la part du juge du procès.



[21] L'appelant a bel et bien témoigné qu'il lui arrivait de border sa fille et la plaignante pendant qu'elles dormaient : [TRADUCTION] « [S]i les couvertures ont glissé, je les ramène à la hauteur de leurs épaules. » Il a ajouté : [TRADUCTION] « [P]arfois, je les lissais [...] sur les épaules. »

[22] Il se dégage du dossier que l'appelant a été peu interrogé sur ce point. Les questions du ministère public ont donné lieu à ce bref échange :

[TRADUCTION]

Q. Encore quelques questions seulement. Nous discutons des moments où vous – vous savez – bordiez une enfant et lissiez la couverture sur son épaule. [...] J'affirmerai seulement qu'il vous est arrivé une fois, tandis que vous bordiez [la plaignante], de toucher sa poitrine.

R. Je ne me rappelle pas que ce soit survenu.

Q. Vous ne vous rappelez pas que ce soit survenu?

R. Non.

Q. Vous vous rappelez très exactement comment vous bordiez une enfant, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Il se pourrait donc que vous ayez touché sa poitrine?

R. Non. [Transcription, 22 sept. 2021; p. 67]

[23] L'appelant n'a certainement pas nié avec véhémence, par ces propos, qu'un toucher accidentel ait pu avoir lieu, et la transcription n'apporte rien de plus sur ce qui précède.

[24] Le ministère public soutient, sur ce point, que le juge [TRADUCTION] « n'a pas examiné si la *mens rea* de l'infraction était établie », pour le seul motif que l'appelant niait le moindre toucher. La possibilité d'un toucher accidentel ne s'en trouve pas automatiquement exclue, vu la preuve que la plaignante a offerte et que le juge du procès a retenue.

[25] Le juge est ensuite arrivé aux conclusions suivantes : [TRADUCTION] « Ce n'était pas un accident et l'accusé n'avait pas lieu d'entrer en contact avec le corps de [la plaignante] » (décision, p. 8). Je ferai respectueusement remarquer que, suivant le propre témoignage de la plaignante, l'appelant a remonté la couverture pour la border. Il

est concevable que cette action ait provoqué un contact avec le corps de la plaignante, et plus particulièrement un contact accidentel avec sa poitrine.

[26] Je conclus, à l'examen du dossier, que ce moyen d'appel est fondé et qu'il convient de l'accueillir.

C. *Incohérences des témoignages de la plaignante et de l'amie*

[27] Dans sa brève analyse, le juge s'est arrêté à une unique incohérence qu'il a qualifiée de [TRADUCTION] « question accessoire ». Il m'est impossible d'arriver à la même conclusion. Les incohérences, nombreuses, n'étaient pas accessoires, loin de là. Je les qualifierais au contraire de flagrantes, et elles touchaient directement l'allégation qui pesait contre l'appelant. J'appellerai l'attention sur ce qui suit.

[28] L'amie a témoigné qu'elle et la plaignante dormaient dans le même lit, le seul lit de la chambre. La plaignante a témoigné que deux lits s'y trouvaient et qu'elle et son amie dormaient dans ces lits séparés.

[29] L'amie a témoigné que l'appelant avait dû se pencher par-dessus elle pour atteindre la plaignante, parce que toutes deux partageaient un lit et que la position de ce lit, accolé au mur de la chambre, l'y avait contraint. La plaignante a témoigné qu'elles occupaient des lits que séparait un espace de quelque deux pieds, et que l'appelant s'était trouvé debout à son côté tandis qu'elle faisait mine de dormir.

[30] L'amie a témoigné que l'appelant avait allumé la lumière lorsqu'il était entré dans la chambre à coucher et qu'elle avait [TRADUCTION] « entrouvert les yeux » pour voir ce qui se passait. La plaignante n'a pas mentionné que la lumière avait été allumée.

[31] L'amie a témoigné que l'appelant avait poussé ou tiré la couverture vers le pied du lit et que, ainsi, la plaignante et elle s'étaient trouvées découvertes. La plaignante

a témoigné que l'inverse s'était produit : [TRADUCTION] « [J'ai senti] la couverture remonter sur moi. »

[32] L'amie a témoigné que la main de l'appelant était demeurée sur la poitrine de la plaignante [TRADUCTION] « trente secondes ». La plaignante a témoigné que le toucher avait duré seulement [TRADUCTION] « quelques secondes ». Elle a employé les mêmes mots lors de son interrogatoire principal et lors de son contre-interrogatoire.

[33] L'amie a témoigné que la couverture avait été poussée ou tirée vers le pied du lit avant que l'appelant touche la plaignante. La plaignante a témoigné que la main de l'appelant s'était posée sur la couverture.

[34] Le juge du procès a indiqué ce qui suit à propos du récit donné par la plaignante : [TRADUCTION] « [Son] récit des événements n'a pas été attaqué lors du contre-interrogatoire et, de fait, a été confirmé par le témoignage de [son amie] » (décision, p. 7). Avec égards, le témoignage de la plaignante a été non pas confirmé, mais plutôt contredit, et à plusieurs reprises.

[35] Je conclus que les difficultés énoncées ci-dessus mettent en doute le bien-fondé de la déclaration de culpabilité. De ce seul fait, je suis d'avis de rejeter le verdict de culpabilité.

#### D. *Identité*

[36] Il se présente une autre difficulté, celle de l'identité de la personne qui a touché la plaignante, encore qu'elle ne fasse pas l'objet d'un moyen d'appel distinct. La plaignante a témoigné que ses yeux étaient restés fermés tout au long des événements :

[TRADUCTION]

R. Enfin, non, je n'ai ouvert mes yeux que plus tard. Après que la personne est sortie de la chambre.

[37] Puisqu'elle a témoigné que ses yeux étaient restés fermés, la question se pose de savoir comment elle a pu déterminer l'identité de la personne qui la bordait. Elle a témoigné qu'elle avait non pas vu l'appelant, mais supposé qu'il s'agissait de lui :

[TRADUCTION]

Q. Et avez-vous vu qui a fait ça?

R. Je ne l'ai pas vu, mais je l'ai supposé, parce que deux et deux font quatre.

[38] Jamais elle n'a expliqué ce qu'elle entendait par [TRADUCTION] « deux et deux font quatre ».

[39] L'amie a témoigné que l'appelant était la personne qui se trouvait dans la chambre, mais, si son témoignage était jugé peu fiable, en conséquence des nombreuses incohérences susmentionnées, rien dans la preuve n'établirait clairement l'identité de cette personne.

#### IV. Conclusion et dispositif

[40] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.