

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

55-23-CA

JACOB STERLING FAIRY

APPELLANT

- and -

HIS MAJESTY THE KING

RESPONDENT

JACOB STERLING FAIRY

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LE ROI

INTIMÉ

Fairy v. R., 2024 NBCA 92

A Publication Ban in this matter was issued by the Provincial court on October 28, 2022. It remains in effect.

CORAM:

The Honourable Justice French
The Honourable Justice LaVigne
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 26, 2023 (conviction)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
May 14, 2024

Judgment rendered:
July 25, 2024

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LaVigne

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

Fairy c. R., 2024 NBCA 92

Le 28 octobre 2022, la Cour provinciale a rendu en l'espèce une ordonnance de non-publication qui est toujours en vigueur.

CORAM :

l'honorable juge French
l'honorable juge LaVigne
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 26 mai 2023 (déclaration de culpabilité)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 14 mai 2024

Jugement rendu :
le 25 juillet 2024

Motifs de jugement :
l'honorable juge LaVigne

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Ben Reentovich

For the respondent:
Joanne Park

THE COURT

The appeal is dismissed. The appellant's release from custody pending the determination of his appeal is revoked, and he is ordered to surrender himself into the custody of the appropriate authorities within 24 hours of the release of this judgment.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Ben Reentovich

Pour l'intimé :
Joanne Park

LA COUR

L'appel est rejeté. La mise en liberté de l'appellant en attendant la décision de son appel est révoquée, et il lui est ordonné de se livrer à la garde des autorités compétentes dans les 24 heures suivant le prononcé du présent jugement.

The judgment of the Court was delivered by

LAVIGNE, 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 October 28, 2022. It remains in effect.

I. Overview

[1] A Provincial Court judge convicted the appellant of sexual assault (s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*) against the complainant. He appeals the conviction, requesting it be set aside and he be acquitted, or, in the alternative, a new trial be ordered.

[2] On the evening of February 14, 2017, the complainant was highly intoxicated, and doesn't recall much of what happened. She does not recall any sexual activity with the appellant. She woke up the next morning to the appellant beside her in her bed. She felt significant vaginal pain and the appellant informed her they had had vaginal intercourse the night before.

[3] The appellant did not testify. There was no evidence that the complainant consented, or that the appellant mistakenly believed she had consented. The evidence was mostly circumstantial.

[4] The trial judge concluded vaginal intercourse had occurred. The appellant does not appeal this conclusion. The judge also concluded the complainant did not have an operating mind at the time of the sexual activity and therefore, did not have the capacity to consent.

[5] The appellant's first ground of appeal concerns the issue of capacity to consent. He contends that, while a finding of incapacity to consent was available on the

evidence, the evidence could also reasonably support the conclusion the complainant had the capacity to consent to the sexual intercourse notwithstanding her level of intoxication. The appellant alleges the trial judge materially misapprehended the roommate's evidence such that a miscarriage of justice occurred, and she rendered an unreasonable verdict.

[6] The appellant, in his second ground of appeal, contends the trial judge erred in not declaring a mistrial or at least offering, of her own initiative, the possibility of recalling the complainant when it became evident that prior to trial, she was given access, wrongly he alleges, to the application record filed in a s. 276 proceeding. He argues this access impaired his right to effective cross-examination and to a fair trial.

[7] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Factual Background

A. *Prior to the get-together*

[8] The complainant made plans to spend the evening of February 14, 2017, in her apartment with her roommate and "drink heavily."

[9] She was in contact with the appellant, a friend, via Facebook Messenger and agreed he could join them. The complainant was clear that she communicated to the appellant they were to hang out just as friends; she made it clear that there was to be no sexual contact as she had recently met someone new and was moving on from whatever relationship she had with the appellant. She said he agreed. The complainant told the appellant he could take a taxi to return home at the end of the evening or sleep on the couch.

B. *During the evening*

[10] The complainant, the roommate and the appellant spent most of the evening together in the living room. The complainant testified she consumed two bottles of wine that evening and by the end of the night, she was slurring her speech, could barely walk, struggled to do basic tasks, had holes in her memory and was “just like black-out.” While she managed to get to her bedroom, she was bumping into the walls on her way. By the time she got to her room, she was incoherent and very exhausted. She did not recall much of that night. She was in and out of it, with only fragments of memory. She testified she was so intoxicated that she could not consent to any sexual activity, and it was the drunkest she had ever been. She believed that people around her could probably see that she was very intoxicated based on how she was acting.

[11] The roommate described the complainant as very drunk and noted she was “having trouble walking in like a straight line and just acting very goofy and loud.” She testified the complainant exhibited slurred speech and she could only understand what the complainant was saying, “a little bit here and there.” On the other hand, she observed that nothing about the appellant’s behaviour indicated to her that he was intoxicated, and thinks he had two glasses of wine.

[12] While the roommate testified at trial that she had 1-2 glasses of wine that night and was slightly drunk, she had told police during her statement that she was quite drunk to the point her memory was slightly impaired, but she could still “remember stuff.”

C. *In the bedroom*

[13] The complainant left the living room to go to bed as she was getting very tired. She went to her bedroom alone. The appellant followed her shortly thereafter and they sat on the end of the bed. The complainant recalled her roommate coming to the

bedroom door and saying “something along the lines of don’t fucking touch her. You know she doesn’t want to have sex with you.” And then the roommate left.

[14] The roommate testified she observed the appellant walk down the hall towards the complainant’s bedroom after the complainant had already left. She went to the door, looked in and saw them sitting on the end of the bed taking selfies. She testified, “they were sitting pretty close together, and it looked like something might happen.” Therefore, she told the appellant “she doesn’t want to sleep with you, and she can’t consent. She’s too drunk.” She recalled the complainant saying, “it’s okay we’re just taking selfies.” The roommate added she was tired, and immediately went to bed. This was the last time the roommate saw the complainant that night. When asked how she knew the complainant didn’t want to sleep with the appellant, she replied the complainant “had mentioned to her prior to this that at some point she had a conversation with him stating that she wanted to only be friends and not have sex with him.”

[15] The complainant had very little memory of what happened. She recalled parts of the conversation with the appellant in the bedroom. She believed the appellant was trying to coerce her into having sex with him while she was intoxicated and asked her to promise to stay friends with him afterwards and not get him into trouble. He also mentioned wanting to have a threesome with another girl and she told him she wasn’t interested. Although she remembered the appellant asking her to perform oral sex on him, she had no memory of performing oral sex or otherwise engaging in any sexual activity with the appellant that evening.

D. *Next morning*

[16] The complainant recalled waking up the next morning with the appellant beside her in her bed. She testified to experiencing immense vaginal pain and some bleeding later that day. She testified the appellant attempted to engage in sexual relations in the morning, but she did not want to and just ended it. The appellant informed her the two had engaged in vaginal intercourse the previous evening. She testified she had

difficulty remembering what occurred in the morning as she was still a bit intoxicated, and it had been more than four years since the incident.

[17] The roommate testified that the next morning she stuck her head in the complainant's door and saw the pair in bed together under the blankets; she was not sure whether they were clothed or not. She went to the bathroom and went about her day. Later that evening, the complainant told her she had sex with the appellant but didn't remember the incident.

III. Analysis

A. *Did the trial judge err when she concluded that the appellant's guilt was the only reasonable inference based on the totality of the evidence?*

(1) The meaning of consent

[18] When discussing charges of sexual assault, I find it useful to recall the meaning of consent as found in s. 273.1 of the *Criminal Code*. It requires "the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question" and cannot be obtained where "the complainant is incapable of consenting to the activity" (ss. 273.1(1) and (2)(b)). In addition to voluntariness, agreement, and capacity, "[c]onsent must be present at the time the sexual activity in question takes place" (s. 273.1(1.1)).

[19] The Crown must prove absence of consent. "The question of whether no consent is obtained" for the purposes of s. 271 "is a question of law" (s. 273.1(1.2)); the standard of review is correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 8.

(2) Capacity to consent

[20] *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801 is the most recent pronouncement by the Supreme Court on the issue of capacity to consent. The law is clear, capacity is a precondition to consent; if the complainant does not have capacity, she is incapable of consenting. Incapacity deprives the complainant of the ability to formulate a subjective agreement in her own mind to engage in the sexual activity in question.

[21] Justice Karakatsanis, writing for the majority in *G.F.*, states consent requires that the complainant have an operating mind at the time of the sexual activity and if the complainant is incapable of understanding that she has a choice of whether or not to engage in the sexual activity in question, she is incapable of consenting. She writes:

The Four Requirements for Capacity

As capacity is a precondition to subjective consent, the requirements for capacity are tied to the requirements for subjective consent itself. Since subjective consent must be linked to the sexual activity in question, the capacity to consent requires that the complainant have an operating mind capable of understanding each element of the sexual activity in question: the physical act, its sexual nature, and the specific identity of their partner: *Barton*, at para. 88; *Hutchinson*, at paras. 54-57.

There is one further requirement. Because subjective consent requires a “voluntary agreement,” the complainant must be capable of understanding that they have a choice of whether or not to engage in the sexual activity in question: *Criminal Code*, s. 273.1(1). At the very least, a voluntary agreement would require that the complainant exercise a choice to engage in the sexual activity in question. In this narrow sense, in order to voluntarily agree to the sexual activity in question, the complainant must understand that saying “No” is an option. In *J.A.*, this Court held that consent requires that the complainant have “an operating mind” at the time of the touching, capable of evaluating each sexual act and choosing whether or not to consent to

it: paras. 36 and 43-44. Thus, an unconscious complainant could not provide contemporaneous consent. It follows that where the complainant is incapable of understanding that they have this choice to engage or refuse to engage, they are incapable of consenting. Accordingly, a complainant who is unable to say no, or who believes they have no choice in the matter, is not capable of formulating subjective consent: see *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, at para. 60, citing *R. v. Daigle* (1997), 127 C.C.C. (3d) 130 (Que. C.A.), aff'd [1998] 1 S.C.R. 1220.

In sum, for a complainant to be capable of providing subjective consent to sexual activity, they must be capable of understanding four things:

1. the physical act;
2. that the act is sexual in nature;
3. the specific identity of the complainant's partner or partners; and
4. that they have the choice to refuse to participate in the sexual activity.

The complainant will only be capable of providing subjective consent if they are capable of understanding all four factors. If the Crown proves the absence of any single factor beyond a reasonable doubt, then the complainant is incapable of subjective consent and the absence of consent is established at the actus reus stage. There would be no need to consider whether any consent was effective in law because there would be no subjective consent to vitiate. [paras. 55-58]

[22] The final factor is really about the capacity to exercise a choice whether or not to engage in the sexual activity in question.

(3) The “only reasonable inference” criterion

[23] Direct evidence of the existence of consent can only ever come from the complainant. This is a case where the complainant has no memory of the sexual activity.

Thus, any conclusion respecting the complainant's consent or capacity to consent at the time the sexual activity took place had to be inferred from circumstantial evidence.

[24] As for the correct approach on appeal from a finding that guilt is the only reasonable inference to draw from circumstantial evidence, the leading case is *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000:

[...] Where the Crown's case depends on circumstantial evidence, the question becomes whether the trier of fact, acting judicially, could reasonably be satisfied that the accused's guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence (citations omitted).

The governing principle was nicely summarized by the Alberta Court of Appeal in *Dipnarine*, at para. 22. The court noted that "[c]ircumstantial evidence does not have to totally exclude other conceivable inferences" and that a verdict is not unreasonable simply because "the alternatives do not raise a doubt" in the jury's mind. Most importantly, "[i]t is still fundamentally for the trier [of] fact to decide if any proposed alternative way of looking at the case is reasonable enough to raise a doubt." [Emphasis added; paras. 55-56]

[25] Recently, in *Morrison v. R.*, 2024 NBCA 35, [2024] N.B.J. No. 53 (QL), Baird J.A. writing for this Court, agreed that: "the 'only reasonable inference' criterion [as discussed in *Villaroman*] obviously does not mean that guilt had to be the only possible or conceivable inference" (para. 71, citing Kasirer J. in *R. v. Vernelus*, 2022 CSC 53, at para. 5).

[26] Justice Cromwell, writing for the Court in *Villaroman*, described the criterion as follows:

When assessing circumstantial evidence, the trier of fact should consider "other plausible theor[ies]" and "other reasonable possibilities" which are inconsistent with guilt (citations omitted). I agree with the appellant that the Crown thus may need to negative these *reasonable*

possibilities, but certainly does not need to “negative every possible conjecture, no matter how irrational or fanciful, which might be consistent with the innocence of the accused”: *R. v. Bagshaw*, [1972] S.C.R. 2, at p. 8. “Other plausible theories” or “other reasonable possibilities” must be based on logic and experience applied to the evidence or the absence of evidence, not on speculation.

Of course, the line between a “plausible theory” and “speculation” is not always easy to draw. But the basic question is whether the circumstantial evidence, viewed logically and in light of human experience, is reasonably capable of supporting an inference other than that the accused is guilty. [Emphasis added; paras. 37-38]

[27] The test in *Villaroman* reflects the fact that “[i]f there are reasonable inferences other than guilt, the Crown’s evidence does not meet the standard of proof beyond a reasonable doubt” (para. 35).

(4) The alleged misapprehension of the roommate’s evidence

[28] The only substantive issue is whether the trial judge could conclude from the evidence before her that the only reasonable inference, in the circumstances, was that the complainant was incapable of consenting.

[29] The trial judge concluded that the complainant was incapable of consenting to sexual intercourse as she did not have an operating mind at the time of the sexual activity because of her level of intoxication. This ground of appeal is narrowly focused. This is not a case where the appellant contends that the factual matrix could not meet the legal standard for proving the complainant’s lack of capacity to consent. He concedes there was clear evidence of intoxication from which the trial judge could reasonably infer that the complainant lacked the capacity to consent to engage in sexual intercourse with him. However, he contends that while a finding of incapacity was available on the evidence, the evidence could also reasonably support the conclusion that the complainant had the capacity to consent to the sexual intercourse notwithstanding her level of intoxication.

[30] The appellant's argument is that the trial judge misapprehended the roommate's evidence, which materially impacted her ruling on the issue of capacity to consent.

[31] The test for misapprehension of evidence was set out by Doherty J.A. in *R. v. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (QL) (CA): "A misapprehension of the evidence may refer to a failure to consider evidence relevant to a material issue, a mistake as to the substance of the evidence, or a failure to give proper effect to evidence" (para. 83).

[32] The appellant submits the trial judge misapprehended the roommate's evidence in three different ways. As will be explained below, I am satisfied the judge did not misapprehend the roommate's evidence.

(a) *First allegation – determining the roommate's evidence was of little assistance*

[33] In her reasons, the trial judge stated, "the evidence of her roommate was credible and believable and reliable however, her evidence was mostly in relation to the timeline, her observation of the evening and the complainant's conditions of impairment. Nothing in her evidence provided assistance to the incident itself."

[34] The appellant submits the evidence of the roommate was circumstantial evidence that was relevant to the question of capacity. I agree, and this is acknowledged by the judge in the first sentence quoted. However, the appellant targets the last sentence. He contends the judge misapprehended the importance of the roommate's evidence when "she determined it was of little assistance". I disagree. The trial judge never said the roommate's evidence was of little assistance; she said it did not provide assistance regarding the incident itself, i.e., the sexual activity. At trial, whether any sexual activity had occurred between the appellant and the complainant was a live issue, and this explains the trial judge's comment. In *G.F.*, Karakatsanis J. reiterates that appellate

reviewers must review reasons functionally and contextually and laments “appellate court decisions that scrutinize the text of trial reasons in a search for error, particularly in sexual assault cases” (paras. 69 and 76). See, as well, *R. v. Kruk*, 2024 SCC 7, at para. 84.

(b) *Second allegation – failing to give proper effect to what the roommate observed in the bedroom*

[35] The appellant contends the roommate’s testimony about what she saw, said, and heard when she peeked into the complainant’s bedroom provides valuable information on the issue of capacity and the trial judge failed to consider it or failed to give proper effect to it. The roommate testified she saw the appellant go into the complainant’s bedroom. She looked in and saw them sitting on the end of the bed taking selfies. She testified “they were sitting pretty close together, and it looked like something might happen.” Therefore, she told the appellant, “she doesn’t want to sleep with you, and she can’t consent. She’s too drunk.” She recalled the complainant saying, “it’s okay we’re just taking selfies.” The roommate then went to her bedroom. This was the last time she observed the complainant that night.

[36] The appellant argues the roommate’s observation of the complainant taking selfies and being responsive at that time, leads to an alternate reasonable inference that the complainant was intoxicated but not incapacitated at the time of the sexual activity.

[37] The complainant and the roommate were the only two witnesses who testified as to what happened during the evening. All the evidence was heard within the same day. The defence did not present any evidence. In her reasons, the trial judge thoroughly reviewed the roommate’s evidence, including the details of what she saw, said, and heard when she looked in the complainant’s bedroom.

[38] As noted, consent must be present at the time the sexual activity in question takes place. We do not know when the sexual intercourse took place, other than

it was sometime after the roommate left the bedroom. More importantly, it isn't because the complainant could talk or participate in taking selfies that it is reasonable to infer, when considering all the evidence, that she had the capacity to consent to the sexual activity in question at that time, or later. In *G.F.*, Justice Karakatsanis made clear that evidence of memory, speech or minimal motor skills does not preclude a determination that the complainant lacked capacity to consent. She said:

As a final note, I reject the respondents' argument that the complainant's claim of incapacity was belied by her thorough recollection of the sexual activity. Whether the complainant has a memory of events or not does not answer the incapacity question one way or another. The ultimate question of capacity must remain rooted in the subjective nature of consent. The question is not whether the complainant remembered the assault, retained her motor skills, or was able to walk or talk. The question is whether the complainant understood the sexual activity in question and that she could refuse to participate. [para. 65]

[39] In her reasons, the trial judge did not expressly say she had considered whether the roommate's evidence of what happened in the bedroom could lead to an alternate reasonable inference that the complainant had capacity to consent at the time the sexual intercourse took place. This is not surprising as this alternate inference was not argued at trial. And, as we know, reasons are to be "read as a whole, in the context of the evidence, the issues and the arguments at trial": *Villaroman*, at para. 15. Had this theory been argued at trial, the trial judge may have specifically referred to it in her reasons.

[40] The live issues at trial were whether the sexual activity occurred and whether the complainant had capacity to consent to the activity in question. The only mention of any alternative reasonable inference concerned the issue of whether any sexual activity took place, when in his closing arguments, the trial defence counsel argued as follows:

Now, with this sort of evidence, Your Honour, the Court must be left with no other possible reasonable inference

than a sexual assault took place in order for a finding of guilty. Now, I would submit, Your Honour, there - there's - there are a number of alternative reasons - reasonable inferences to be drawn from - from that evidence that's left. One being the likely one, which is that they were taking selfies on her bed, as confirmed by [the roommate], and eventually they passed out and - and slept in her bed. And regarding vaginal pain, Your Honour, I - I'm certainly no expert, but I'm sure there are many other plausible explanations for vaginal pain other than sexual intercourse, one being an infection of some sort.

[41] I agree that the evidence of the roommate's testimony about what she observed in the bedroom was part of the evidence the trial judge had to consider when determining the issue of capacity to consent to the sexual activity and whether there was any other alternate reasonable inference. Trial judges are presumed to know the law with which they work every day: *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at 664; *Randall v. R.*, 2012 NBCA 25, 393 N.B.R. (2d) 217, at para. 32. I have no reason to believe the trial judge did not properly consider this evidence.

(c) *Third allegation – failing to consider that the roommate's evidence established behaviour inconsistent with the pre-existing attitude of the complainant*

[42] In the present case, the trial judge accepted the complainant's evidence that she did not want to engage in sexual relations with the appellant that evening because she was in a new relationship, and she communicated as much to him and to her roommate sometime before that evening and the appellant had agreed. This evidence was uncontradicted. This was one piece of evidence that the trial judge considered to determine whether the complainant had the capacity to consent. While a complainant's pre-existing attitude that she would not have consented is certainly not determinative of capacity to consent, it can be reliable evidence and courts have ascribed it some value, depending on the circumstances: *R. v. Capewell*, 2020 BCCA 82, [2020] B.C.J. No. 391 (QL), at para. 48; *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, [2018] N.S.J. No. 18 (QL), at paras. 69-

70; *R. v. Olotu*, 2016 SKCA 84, at para. 59, aff'd 2017 SCC 11; *R. v. Garciacruz*, 2015 ONCA 27, [2015] O.J. No. 264 (QL), at paras. 29-30.

[43] In *Garciacruz*, Rouleau J.A. wrote:

In the absence of direct evidence on the issue of consent, a court can draw inferences from a complainant's pre-existing attitudes and assumptions regarding the period during which she has no recollection. In appropriate cases, the court can conclude that the complainant must have been incapable of consenting at the time of the sexual interaction because, had she been capable of consenting, she clearly would have refused to consent. [para. 69]

[44] In his written submissions, the appellant's counsel acknowledged that the trial judge "correctly noted the law with respect to a pre-existing attitude towards engaging in sexual activity and the pitfalls of relying on it to determine a lack of capacity to consent."

[45] Before this Court, the appellant contends the roommate's evidence establishes behaviour inconsistent with the pre-existing attitude of the complainant. He claims there is evidence of the complainant being flirtatious with the appellant and taking suggestive selfies with him. The complainant testified she believed that at some point she took a picture of herself and the appellant to send to an ex-boyfriend with whom she was snapchatting, to make him jealous. The roommate testified that she did not witness anything flirtatious between the complainant and the appellant throughout the night and did not recall that they were taking selfies in a suggestive manner. The record does not support the appellant's allegations. There was no evidence of flirting or romantic/sexual conduct between the complainant and the appellant throughout the night. Nothing in the complainant's behaviour that night contradicts her evidence that she would not have consented if she had capacity to choose. The complainant's pre-existing attitude of non-consent was properly considered as a piece of circumstantial evidence by the trial judge.

[46] As noted in *Villaroman*, it is fundamentally for the trial judge, and not this Court, to determine whether alternative inferences to guilt existed (para. 56). Trial judges are uniquely tasked with assessing the testimony they hear and interpreting the range of possible inferences arising from the evidence.

[47] As stated by Bennett J.A. writing for the Court of Appeal for British Columbia in *R. v. W.F.G.*, 2024 BCCA 65, [2024] B.C.J. No. 326 (QL): “Mere differences of opinion with respect to interpretation of the evidence, inferences to be drawn from the evidence, or the weight of the evidence do not amount to a misapprehension of the evidence” (para. 28). In my view, the appellant’s allegations of misapprehension of evidence are nothing more than disagreements with the trial judge’s differing view of the evidence.

[48] Looking at the trial judge’s reasons for decision in the context of the evidence, the issues, and arguments at trial, it was evident that she was alive to the main issue as well as the burden that the prosecution had to meet to obtain a conviction.

[49] Both the complainant and her roommate testified to the complainant’s significant intoxication, her prior intention not to engage in sexual activity with the appellant, and the fact that she did not change that intention throughout the evening and up to the morning. Further, there was no evidence before the trial judge of consent, drunken consent, or mistaken belief in consent, to consider. While the appellant was under no obligation to testify, his decision not to testify left the complainant’s evidence wholly uncontradicted and the trial judge accepted the core of her evidence beyond a reasonable doubt.

[50] It was for the trial judge to decide whether the evidence, in light of all of the evidence and the absence of evidence, assessed logically, and in light of human experience and common sense excluded all reasonable inferences other than guilt.

[51] While not every trier of fact would inevitably have reached the same conclusion as did the trial judge, that conclusion was a reasonable one. In my view, it was reasonable for the trial judge to conclude that the evidence as a whole excluded all reasonable alternatives to guilt. I would not accede to this ground of appeal.

B. *Did the trial judge err in not declaring a mistrial or not offering, of her own initiative, the possibility of recalling the complainant?*

[52] I would answer both questions in the negative. In my opinion, the complainant was permitted to view, prior to Stage One of the s. 276 proceedings, the documents the Crown disclosed to her; therefore, a mistrial was not warranted. Furthermore, it was not incumbent on the trial judge to offer recalling the complainant.

(1) The complainant's receipt of the s. 276 application record

[53] Prior to trial, the appellant brought an application under section s. 276 of the *Criminal Code*, to determine the admissibility of evidence that the complainant had engaged in sexual activity other than the sexual activity that formed the subject matter of the charge. The judge dismissed the application at Stage One of the proceedings. This ruling is not being appealed.

[54] After the Crown closed its case at trial on October 28, 2022, the appellant discovered that the complainant may have read the s. 276 application materials at the time of the Stage One inquiry, prior to testifying at trial. The trial was scheduled to resume on December 2, 2022. On that day, defence raised its concern with the trial judge. The trial was adjourned. The appellant sought a mistrial alleging that the viewing of the materials by the complainant prior to Stage One of the proceedings might have impacted her testimony and impaired trial fairness by undermining the defence's right to effectively cross-examine the complainant. The trial judge did not grant the mistrial. This is the ruling that is being challenged in this appeal.

[55] The s. 276 Notice of Application and corresponding Affidavit were served on the prosecutor and the clerk of the court on March 10, 2022, one week prior to the scheduled trial. On March 17, 2022, the day the trial was scheduled to begin, the complainant was in the courthouse with Victim Services, and they had a meeting with the Crown. The trial did not proceed. Instead, the s. 276 application proceedings began with an inquiry pursuant to s. 278.93 of the *Criminal Code*, i.e., the Stage One inquiry. Ultimately, the judge ruled the evidence was not capable of being admissible. This ended the s. 276 proceedings. As a result, no hearing was held under s. 278.94, i.e., the Stage Two hearing. For ease of reference, ss. 276, 278.93 and 278.94 of the *Criminal Code* are attached as Appendix A.

[56] Coming back to the mistrial application, on December 2, 2022, the Crown explained to the judge that during her meeting with the complainant and Victim Services on March 17, 2022, she had the Notice of Application and Affidavit with her and “believes” the complainant “may have read it.” There was no evidence whether she did or not. There were discussions amongst the parties and the judge concerning what remedy the defence was seeking; it was clear the defence was contemplating both a recall of the complainant and a mistrial. It was agreed that the parties would file briefs based on the Crown’s belief; the defence would specify in its brief the remedy it was seeking, the Crown would file its brief in response and the judge would render her decision. The issue was whether, in the circumstances of this case, the complainant was permitted to review the s. 276 application materials which the Crown disclosed to her prior to the Stage One inquiry. The judge found she was. As a result of her ruling, the judge did not declare a mistrial, the only remedy sought by the defence in its brief. The trial resumed a few months later.

[57] Section 278.93(2) requires that at Stage One, the application set out the “detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce and the relevance of that evidence to an issue at trial” i.e., the accused’s proposed evidence. The question is: when is the complainant permitted to view this information?

[58] The parties have not brought to my attention any New Brunswick court decisions on point. However, in *R. v. T.P.S.*, 2019 NSSC 48, [2019] N.S.J. No. 47 (QL), Lynch J. held that it was logical for the complainant to review the application record before the Stage One inquiry. She commented: “I do not see a danger or threat to the ability of the accused to make full answer and defence because the complainant has the details of the application prior to the stage one determination” (para. 34).

[59] There have been many constitutional challenges to the legislative regime under s. 276 over the years because these applications often contain details of the accused’s recollection of events and the defence’s position. It is the requirement that these details be disclosed to the Crown and the complainant that is often challenged. A major concern is the possibility a complainant would tailor her evidence to address an accused’s defence and that this would preclude effective cross-examination. In 2018, Parliament introduced amendments to the s. 276 legislative regime expanding a complainant’s participatory rights in defence applications made under s. 276.

[60] The Supreme Court’s latest clarifications on the s. 276 regime can be found in *R. v. J.J.*, 2022 SCC 28, [2022] S.C.J. No. 28 (QL). The majority in *J.J.* held that the entirety of the s. 276 regime, including ss. 278.93 and 278.94, was constitutional, did not violate the accused’s fair trial rights protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and struck a balance that protected fundamental justice for accused persons and complainants.

[61] In *J.J.*, the Supreme Court dealt with the timing of the receipt of the materials by the complainant. There is no doubt the application record should be disclosed to the complainant before the Stage Two hearing, and the Crown is *required* to provide her with a general description of the contents of that record prior to the Stage One enquiry. Whether she is permitted to view the record in its entirety at Stage One is not clear.

[62] The Supreme Court explained that complainants have no rights to participate in Stage One inquiries conducted under s. 278.93 of the *Criminal Code: J.J.*, at para. 89. It then continued with a section entitled “Complainant’s Receipt of Application” acknowledging that ss. 278.93 (Stage One) and 278.94 (Stage Two) “do not directly address a complainant’s receipt of the application” (paras. 91-96). However, the Court stated that complainants should generally receive information about such applications at key stages of the process (paras. 89 and 91-96). Upon receipt of the accused’s application under s. 278.93(4), the Crown should provide the complainant and/or her counsel with “a general description of the nature of the record” at issue and its “relevance to an issue at trial” (para. 92). In other words, a general description of the defence’s proposed evidence. Such a description ensures that the complainant has “sufficient knowledge of the record to meaningfully participate in the Stage Two hearing pursuant to s. 278.93(4)” should the presiding judge decide to grant the application (para. 91). The timing at which the complainant will normally receive the general description of the proposed evidence (i.e., seven days prior to the Stage One inquiry) will also afford the complainant “time to retain counsel in anticipation of the accused’s application being granted” (para. 92). At this stage, “only a general description is required” since “it is not yet clear whether a Stage Two hearing” will proceed (emphasis added; para. 92).

[63] If the presiding judge determines that the sexual activity evidence is “capable of being admissible,” it is at this point that “the Crown should typically disclose the contents of the application to enable the complainant and/or the complainant’s counsel to prepare for the Stage Two hearing,” should they wish to participate therein: *J.J.*, para. 93.

[64] Notwithstanding the Court’s clarifications in *J.J.* as to what the Crown is “required” to disclose to the complainant prior to Stage One or “should typically” disclose to her prior to Stage Two, the Court held that, the judge “retains the discretion to direct that the application not be disclosed to the complainant” in whole or in part; “[t]his may arise based on a party’s or the judge’s own concerns about the impact of disclosure on trial fairness” (para. 96). In my view, since the Crown is expected to disclose a general

description of the defence's proposed evidence to the complainant prior to the Stage One inquiry, a judge's discretion to prohibit the disclosure of the material applies to any information provided to the Crown by the accused at any time during s. 276 proceedings.

[65] The application at Stage One must set out "detailed particulars" (s. 278.93(2)). In *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, the Supreme Court observed that the detailed particulars requirement, "ensures that judges are equipped to meaningfully engage with the s. 276 analysis and that defence evidence does not take the Crown or complainant by surprise" (para. 48). See also *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para 55. In *Darrach*, the Supreme Court also observed that the requirement the Crown be given the detailed affidavit one week prior to the *voir dire* is partially "to allow the Crown to consult with the complainant" (para. 55). This implies the Crown would discuss the application material with the complainant.

[66] In *J.J.*, while the Court acknowledged the *Criminal Code* provisions did not directly address the complainant's entitlement to receive the application material, it clearly stated that the former practice of the Crown consulting with the complainants continues:

There is no statutory support for the assumption that the application will be sent directly to complainants without the involvement of the Crown. The legislation is silent about complainants' entitlement to receive the application. Consistent with the former practice under s. 276, the Crown is responsible for consulting complainants regarding the application. [...] [para. 174]

[67] The language used in *J.J.* is important as much for what it does not say as for what it does say. While the Court states that only a general description of the application record is "required" at Stage one (para. 92), it does not say this is all the complainant is permitted to receive, or that the Crown is prohibited from providing her with the application record in its entirety at that time. Similarly, the Court said that the application record "should typically" be given to the complainant to prepare for the Stage

Two hearing; it does not say that the complainant cannot or should not view the record prior to that time. As noted by the Supreme Court, the *Criminal Code* is silent on the issue of when a complainant is permitted to receive and review the application material. In my view, subject to the discretion of the Crown as to the timing of the disclosure to the complainant and provided there is no order from the judge prohibiting such disclosure, it is permissible for the complainant to view the accused's application record at any point during the s. 276 application process. Thus, a mistrial was not warranted.

(2) The dangers of disclosing defence materials prior to trial

[68] Wagner C.J.C. and Moldaver J. writing for the majority in *J.J.* stated, “there is no absolute principle that disclosure of defence materials inevitably impairs cross-examination and trial fairness” (para. 185). They explained it as follows:

“Witness tainting” is not a concern that precludes effective cross-examination with respect to Crown disclosure in criminal trials or civil proceedings. For the same reasons, complainant participation in a Stage Two hearing does not create a risk of “witness tainting” that impermissibly impairs the search for truth or the effectiveness of cross-examination. Providing advance notice to complainants that they may be confronted with highly private information in open court is likely to enhance their ability to participate honestly in cross-examination. Specifically, they are likely to be better equipped to respond rather than being blindsided with the use of their private records. In addition, the requirement that an application be disclosed in advance of trial ensures that sexual offence complainants are informed about the implications of participating in the trial process (*Craig*, at pp. 808-9; *R. v. M.S.*, 2019 ONCJ 670, at para. 92 (CanLII)). This in turn promotes just and fair trials.

Third, the accused will still be able to test a complainant's evidence by comparing it to prior statements made to the police. These statements are available to the defence under the Crown's Stinchcombe obligations. If the complainant's evidence has changed significantly between the police statement and the trial, this will be readily apparent to the

trier of fact, and the accused will be able to cross-examine on that basis (whether or not the police statement was made under oath) (see *Craig*). Triers of fact can assess whether they believe the complainant and adjust the weight they give to the complainant's evidence.

Fourth, complainants can be cross-examined on their access to the private record application. The accused can impugn the credibility and reliability of the complainant by suggesting that they tailored their evidence to fit what they learned in the application. To the extent that our colleague Brown J. suggests that ss. 645(5) and 648 of the *Criminal Code* render such cross-examination impermissible, we disagree. [paras. 187-189]

[69] Although the Court was discussing the complainant's participation in a Stage Two hearing, the rationale applies equally whether the materials are provided to the complainant at Stage One or Stage Two.

[70] At trial, defence counsel could have asked the complainant whether she saw the materials in advance of trial and cross-examined her on that access. The appellant argues he was unaware that the complainant had been given access to the materials and therefore did not question her on her access and how this may have impacted her testimony. Pursuant to the clarifications given by the Supreme Court in *J.J.*, defence counsel should expect that prior to Stage One, complainants will at least receive a general description of the accused's proposed evidence and consequently, cross-examine the complainant on that access, if there is a need to. As noted, the accused must serve a copy of his materials to the Crown prior to Stage One. Therefore, any request that the materials not be disclosed or otherwise be redacted should be considered prior to providing this copy to the Crown.

[71] In the present case, the complainant was subject to cross-examination and any inconsistencies or new information that arose from her direct evidence could properly have been explored by counsel for the accused at that point. In fact, in his cross-examination, defence counsel did bring out changes in the complainant's evidence from her police statement to trial. These changes may or may not have been caused by her

reading the application materials. Past acts of sexual activity were not admissible at trial so there was no opportunity for the complainant to tailor evidence on that subject matter.

(3) Recalling the complainant

[72] Before this Court, the appellant now agrees that a mistrial may not have been warranted. In his written submission, he states: “It is not necessarily fatal to a prosecution if the complainant is given access to the s. 276 materials ahead of Stage One nor [should] it necessarily result in a mistrial.” However, he submits he, “should have at least been given an opportunity to recall the complainant to ask about her access to the materials and its potential impact on her testimony” and contends the only way to remedy this error is to order a new trial.

[73] Along with his request for a mistrial, the appellant could have applied to recall the complainant to cross-examine her. During the appearance of December 2, 2022, the trial judge discussed with the parties the possibility of recalling the complainant and the possibility of asking for a mistrial and instructed defence counsel to request in his brief the remedy he found appropriate. At the time he said he, “may be asking [to] recall the witness, or a mistrial.” Despite the discussions, the defence did not request recalling the complainant as a potential remedy.

[74] The trial judge was not obligated to offer to recall the complainant, on her own initiative, when defence counsel did not suggest it as an appropriate remedy. Had he sought a recall, the judge would then have determined whether it was in the interests of justice to allow such an application, considering the facts of this case, and trial fairness. She heard the application and the complainant’s evidence at trial. She was able to gauge whether recalling the complainant was necessary to maintain trial fairness. Defence counsel was given the opportunity to request a recall but did not do so. In the circumstances of this case, I see no error in the fact that the trial judge did not, of her own initiative, raise the possibility of recall again once she had ruled the mistrial was not warranted.

[75] One final point needs to be addressed. In her decision, the judge said the complainant had the “right to review the application and materials as to the section 276 application at any stage.” Obviously, there is no such “right” found in the *Criminal Code* or recognized by the Supreme Court in *J.J.* or elsewhere. Any disclosure is at the discretion of the Crown and subject to any order of nondisclosure the judge may issue. However, it is clear the trial judge meant that in this case, since the Crown had given the complainant access to the application record, she had the “right to review” it from that time onward, in the sense that she was permitted to review it and that such disclosure was not prohibited. In the judge’s directives to the parties on December 2, 2022, as to what their briefs should contain, she specifically told them it should include arguments on whether the complainant had “the right to review it”, “it” being the information that the Crown had disclosed to her on March 17, 2022. The Crown’s position was not that the complainant had a right to this information; it argued that it was permissible for the complainant to review the materials (the Notice of Application and Affidavit) at Stage One if the Crown disclosed them to her. Although the trial judge’s choice of words may create some confusion, from a functional and contextual reading of her reasons, it is clear she was being responsive to the live issue.

[76] There is no merit to this ground of appeal.

IV. Conclusion and Disposition

[77] I would dismiss the conviction appeal, revoke the appellant’s release from custody pending the determination of his appeal, and order him to surrender himself into the custody of the appropriate authorities within 24 hours of the release of this judgment.

APPENDIX “A” / ANNEXE “A”

Evidence of complainant’s sexual activity

276 (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 153.1 or 155, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or

(b) is less worthy of belief.

Conditions for admissibility

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), evidence shall not be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 278.93 and 278.94, that the evidence

(a) is not being adduced for the purpose of supporting an inference described in subsection (1);

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) is of specific instances of sexual activity; and

Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

276 (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1 ou 155, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l’accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu’il est :

a) soit plus susceptible d’avoir consenti à l’activité à l’origine de l’accusation;

b) soit moins digne de foi.

Conditions de l’admissibilité

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l’accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l’origine de l’accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 278.93 et 278.94, à la fois :

a) que cette preuve n’est pas présentée afin de permettre les déductions visées au paragraphe (1);

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

c) que cette preuve porte sur des cas particuliers d’activité sexuelle;

(d) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

d) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

Factors that judge must consider

Facteurs à considérer

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

Interpretation

(4) For the purpose of this section, sexual activity includes any communication made for a sexual purpose or whose content is of a sexual nature.

Application for hearing — sections 276 and 278.92

278.93 (1) Application may be made to the judge, provincial court judge or justice by or on behalf of the accused for a hearing under section 278.94 to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Form and content of application

(2) An application referred to in subsection (1) must be made in writing, setting out detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce and the relevance of that evidence to an issue at trial, and a copy of the application must be given to the prosecutor and to the clerk of the court.

Jury and public excluded

(3) The judge, provincial court judge or justice shall consider the application with the jury and the public excluded.

Judge may decide to hold hearing

(4) If the judge, provincial court judge or justice is satisfied that the application was made in accordance with subsection (2), that a copy of the application was given to the prosecutor and to the clerk of the court at least seven days previously, or any shorter interval that the judge, provincial court judge or justice may allow in the interests of justice and that the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under subsection 276(2), the judge, provincial court judge or justice shall grant the application and hold a

Précision

(4) Il est entendu que, pour l'application du présent article, activité sexuelle s'entend notamment de toute communication à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle.

Demande d'audience : articles 276 et 278.92

278.93 (1) L'accusé ou son représentant peut demander au juge, au juge de la cour provinciale ou au juge de paix de tenir une audience conformément à l'article 278.94 en vue de décider si la preuve est admissible au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Forme et contenu

(2) La demande d'audience est formulée par écrit et énonce toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause; une copie en est expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal.

Exclusion du jury et du public

(3) Le jury et le public sont exclus de l'audition de la demande.

Audience

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice, et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audience pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

hearing under section 278.94 to determine whether the evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Hearing — jury and public excluded

278.94 (1) The jury and the public shall be excluded from a hearing to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Complainant not compellable

(2) The complainant is not a compellable witness at the hearing but may appear and make submissions.

Right to counsel

(3) The judge shall, as soon as feasible, inform the complainant who participates in the hearing of their right to be represented by counsel.

Judge's determination and reasons

(4) At the conclusion of the hearing, the judge, provincial court judge or justice shall determine whether the evidence, or any part of it, is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2) and shall provide reasons for that determination, and

(a) if not all of the evidence is to be admitted, the reasons must state the part of the evidence that is to be admitted;

(b) the reasons must state the factors referred to in subsection 276(3) or 278.92(3) that affected the determination; and

(c) if all or any part of the evidence is to be admitted, the reasons must state the manner in which that evidence is expected to be relevant to an issue at trial.

Audience — exclusion du jury et du public

278.94 (1) Le jury et le public sont exclus de l'audience tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Non-contraignabilité

(2) Le plaignant peut comparaître et présenter ses arguments à l'audience, mais ne peut être contraint à témoigner

Droit à un avocat

(3) Le juge est tenu d'aviser dans les meilleurs délais le plaignant qui participe à l'audience de son droit d'être représenté par un avocat.

Motifs

(4) Le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix rend une décision, qu'il est tenu de motiver, à la suite de l'audience sur l'admissibilité de tout ou partie de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2), en précisant les points suivants :

a) les éléments de la preuve retenus;

b) ceux des facteurs mentionnés aux paragraphes 276(3) ou 278.92(3) ayant fondé sa décision;

c) la façon dont tout ou partie de la preuve à admettre est en rapport avec un élément de la cause.

Record of reasons

(5) The reasons provided under subsection (4) shall be entered in the record of the proceedings or, if the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

Forme

(5) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, donnés par écrit.

LA JUGE LAVIGNE

Le 28 octobre 2022, 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. Aperçu

[1] Une juge de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle (al. 271(1)a) du *Code criminel*) sur la personne de la plaignante. Il interjette appel de la déclaration de culpabilité, demandant qu'elle soit annulée et qu'il soit acquitté ou, à titre subsidiaire, que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée.

[2] Le soir du 14 février 2017, la plaignante était dans un état d'ébriété avancé et ne se souvient pas vraiment de ce qui s'est passé. Elle ne se souvient d'aucune activité sexuelle avec l'appelant. Quand elle s'est réveillée le lendemain matin, l'appelant était à ses côtés dans son lit. Elle ressentait une grande douleur vaginale, et l'appelant l'a informée qu'ils avaient eu des rapports sexuels vaginaux la nuit précédente.

[3] L'appelant n'a pas témoigné. Il n'y avait aucune preuve que la plaignante avait consenti ou que l'appelant avait cru à tort qu'elle avait consenti. La preuve était en majeure partie circonstancielle.

[4] La juge du procès a conclu qu'il y avait eu des rapports sexuels vaginaux. L'appelant n'interjette pas appel de cette conclusion. La juge a aussi conclu que la plaignante n'était pas lucide au moment de l'activité sexuelle et qu'elle n'avait donc pas la capacité de consentir.

[5] Le premier moyen d'appel de l'appelant porte sur la question de la capacité à consentir. Il soutient que, même si la preuve permettait de conclure à l'incapacité de consentir, elle pouvait aussi raisonnablement étayer une conclusion selon laquelle la plaignante avait la capacité de consentir aux rapports sexuels malgré son niveau d'ébriété. L'appelant allègue que la juge du procès a mal interprété, et ce, de façon importante, la preuve de la colocataire de sorte qu'une erreur judiciaire s'est produite et qu'elle a rendu un verdict déraisonnable.

[6] L'appelant, dans son deuxième moyen d'appel, soutient que la juge du procès a commis une erreur lorsqu'elle n'a pas déclaré le procès nul ou qu'elle n'a pas au moins offert, de son propre chef, la possibilité de rappeler la plaignante lorsqu'il est devenu évident que, avant le procès, elle avait eu accès, à tort selon lui, au dossier de la demande déposée dans le cadre d'une procédure fondée sur l'art. 276. Il soutient que cet accès a porté atteinte à son droit à un contre-interrogatoire efficace et à un procès équitable.

[7] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel.

II. Contexte factuel

A. *Avant la soirée*

[8] La plaignante avait prévu de passer la soirée du 14 février 2017 dans son appartement avec sa colocataire et de [TRADUCTION] « boire excessivement ».

[9] Elle était en contact avec l'appelant, un ami, par l'entremise de Facebook Messenger, et a accepté qu'il se joigne à elles. La plaignante a clairement indiqué qu'elle avait communiqué à l'appelant qu'ils ne passeraient du temps ensemble qu'en tant qu'amis; elle a précisé qu'il n'y aurait aucun contact sexuel, car elle avait récemment rencontré quelqu'un d'autre et qu'elle tournait la page sur la relation qu'elle avait eue

avec l'appelant. Elle a dit qu'il avait accepté. La plaignante a dit à l'appelant qu'il pourrait prendre un taxi pour rentrer chez lui à la fin de la soirée ou dormir sur le sofa.

B. *Pendant la soirée*

[10] La plaignante, la colocataire et l'appelant ont passé la majeure partie de la soirée ensemble dans le salon. La plaignante a témoigné qu'elle avait bu deux bouteilles de vin ce soir-là et que, à la fin de la soirée, elle avait la langue empâtée, pouvait à peine marcher, avait du mal à accomplir des tâches élémentaires, avait des trous de mémoire et avait [TRADUCTION] « en quelque sorte perdu connaissance ». Bien qu'elle ait réussi à se rendre dans sa chambre, elle se heurtait aux murs sur son chemin. Lorsqu'elle est arrivée dans sa chambre, elle était incohérente et très épuisée. Elle ne se souvient pas grand-chose de cette nuit-là. Elle perdait conscience de façon intermittente et n'a que des fragments de mémoire. Elle a témoigné qu'elle était tellement ivre qu'elle ne pouvait pas consentir à une activité sexuelle et qu'elle n'avait jamais été aussi ivre de sa vie. Elle estimait que les gens autour d'elle pouvaient probablement voir qu'elle était en état d'ébriété avancé compte tenu de son comportement.

[11] La colocataire a décrit la plaignante comme étant très ivre et a indiqué qu'elle [TRADUCTION] « avait du mal à marcher en ligne droite et se comportait de manière très niaise et bruyante ». Elle a témoigné que la plaignante avait la langue empâtée et qu'elle ne pouvait comprendre ce qu'elle disait [TRADUCTION] « que des petits bouts ici et là ». En revanche, elle a observé que rien dans le comportement de l'appelant ne lui indiquait qu'il était en état d'ébriété et pense qu'il a bu deux verres de vin.

[12] Bien que la colocataire ait témoigné au procès qu'elle avait bu un ou deux verres de vin cette nuit-là et qu'elle était légèrement ivre, elle avait dit lors de sa déclaration à la police qu'elle était très ivre, au point que sa mémoire était un peu défaillante, mais qu'elle pouvait encore [TRADUCTION] « se souvenir de certaines choses ».

C. *Dans la chambre*

[13] La plaignante a quitté le salon pour aller se coucher, car elle devenait très fatiguée. Elle s'est rendue seule dans sa chambre à coucher. L'appelant l'a suivie peu après et ils se sont assis au bout du lit. La plaignante se souvenait que sa colocataire était venue à la porte de la chambre et avait dit [TRADUCTION] « quelque chose comme, touche-la pas, crisse. Tu sais qu'elle ne veut pas coucher avec toi. » La colocataire est ensuite partie.

[14] La colocataire a témoigné qu'elle avait observé l'appelant se diriger dans le couloir vers la chambre de la plaignante après que cette dernière avait quitté le salon. Elle s'est rendue à la porte, a regardé à l'intérieur de la chambre et les a vus assis au bout du lit en train de prendre des autophotos. Elle a témoigné [TRADUCTION] « [qu']ils étaient assis assez près l'un de l'autre et qu'il semblait qu'il pourrait se passer quelque chose ». C'est pourquoi elle a dit à l'appelant : [TRADUCTION] « [E]lle ne veut pas coucher avec toi et elle ne peut pas consentir. Elle est trop ivre. » Elle se souvient que la plaignante lui a dit : [TRADUCTION] « [C']est correct, nous ne faisons que prendre des autophotos. » La colocataire a ajouté qu'elle était fatiguée et est immédiatement allée se coucher. C'est la dernière fois que la colocataire a vu la plaignante cette nuit-là. Lorsqu'on lui a demandé comment elle savait que la plaignante ne voulait pas coucher avec l'appelant, elle a répondu que la plaignante [TRADUCTION] « lui avait mentionné plus tôt qu'elle avait eu une conversation avec lui à un moment donné où elle lui avait dit qu'elle voulait seulement être son amie et qu'elle ne voulait pas avoir de rapports sexuels avec lui ».

[15] La plaignante se souvenait très peu de ce qui s'était passé. Elle se souvenait de certaines parties de la conversation avec l'appelant dans la chambre à coucher. Elle croyait que l'appelant essayait de la forcer à avoir des rapports sexuels avec lui alors qu'elle était en état d'ébriété et qu'il lui a demandé de promettre qu'ils resteraient amis par la suite et de ne pas lui causer d'ennuis. Il a aussi mentionné qu'il

voulait avoir un ménage à trois avec une autre fille et elle lui a dit qu'elle n'était pas intéressée. Bien qu'elle se souvienne que l'appelant lui ait demandé de lui faire une fellation, elle n'a aucun souvenir de l'avoir fait ou de s'être livrée à une quelconque activité sexuelle avec lui ce soir-là.

D. *Le lendemain matin*

[16] La plaignante se souvient que quand elle s'est réveillée le lendemain matin, l'appelant était à ses côtés dans son lit. Elle a témoigné qu'elle éprouvait une immense douleur vaginale et qu'elle avait eu des saignements plus tard dans la journée. Elle a déclaré que l'appelant avait essayé d'avoir des rapports sexuels le matin, mais qu'elle n'avait pas voulu et qu'elle y avait tout simplement mis fin. L'appelant l'a informée qu'ils avaient eu des rapports sexuels vaginaux ensemble le soir précédent. Elle a témoigné qu'elle avait de la difficulté à se souvenir de ce qui s'était passé le matin, car elle était encore un peu en état d'ébriété et que l'incident remontait à plus de quatre ans.

[17] La colocataire a témoigné que, le lendemain matin, elle a regardé dans la chambre de la plaignante par la porte et a vu le couple au lit sous les couvertures; elle n'était pas certaine s'ils étaient habillés ou non. Elle est allée à la salle de bain et a poursuivi sa journée. Plus tard dans la soirée, la plaignante lui a dit qu'elle avait eu des rapports sexuels avec l'appelant, mais qu'elle ne se souvenait pas de l'incident.

III. Analyse

A. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la culpabilité de l'appelant était la seule inférence raisonnable pouvant être tirée de l'ensemble de la preuve?*

(1) Le sens de consentement

[18] Lorsqu'on discute d'accusations d'agression sexuelle, je trouve utile de rappeler le sens de consentement trouvé à l'art. 273.1 du *Code criminel*. Il exige

« l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle » et ne peut être obtenu lorsque « [le plaignant] est incapable de le former » (par. 273.1(1) et al. 273(2)b)). En plus de son caractère volontaire, de l'accord manifesté et de la capacité de le former, « [l]e consentement doit être concomitant à l'activité sexuelle » (al. 273.1(1.1)).

[19] Le ministère public doit prouver l'absence de consentement. « La question de savoir s'il n'y a pas de consentement » pour l'application de l'art. 271 « est une question de droit » (al. 273.1(1.2)); la norme de contrôle est celle de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au par. 8.

(2) La capacité à consentir

[20] L'arrêt *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801, est la plus récente décision de la Cour suprême sur la question de la capacité à consentir. Le droit est bien établi, la capacité est une condition préalable au consentement; si elle n'a pas la capacité, la plaignante est incapable de consentir. L'incapacité prive la plaignante de la capacité de formuler un accord subjectif dans son propre esprit à l'activité sexuelle en cause.

[21] La juge Karakatsanis, s'exprimant au nom de la majorité des juges dans l'arrêt *G.F.*, déclare que le consentement exige que la plaignante soit lucide au moment de l'activité sexuelle et que, si elle est incapable de comprendre qu'elle a le choix de se livrer ou non à l'activité sexuelle en cause, elle est incapable de consentir. Voici ce qu'elle écrit :

Les quatre exigences pour qu'il y ait capacité

Vu que la capacité est une condition préalable au consentement subjectif, les exigences pour qu'il y ait capacité sont liées à celles pour qu'il y ait consentement subjectif en tant que tel. Étant donné que le consentement subjectif doit être lié à l'activité sexuelle, la capacité à consentir exige que la plaignante soit lucide et capable de comprendre chaque élément de l'activité sexuelle : l'acte physique, sa nature sexuelle et l'identité précise de son partenaire : *Barton*, par. 88; *Hutchinson*, par. 54-57.

Il existe une autre exigence. Parce que le consentement subjectif exige un « accord volontaire », la plaignante doit être capable de comprendre qu'elle a le choix de se livrer ou non à l'activité sexuelle : *Code criminel*, par. 273.1(1). À tout le moins, l'accord volontaire exigerait que la plaignante exerce le choix de se livrer à l'activité sexuelle. Dans ce sens précis, afin de donner son accord volontaire à l'activité sexuelle, la plaignante doit comprendre qu'elle peut dire « non ». Dans l'arrêt *J.A.*, la Cour a conclu que le consentement exige que la plaignante soit « lucide » au moment des attouchements, qu'elle soit en mesure d'évaluer chaque acte sexuel et de choisir d'y consentir ou non : par. 36 et 43-44. Par conséquent, une plaignante inconsciente ne peut pas donner de consentement concomitant. Il s'ensuit que lorsque la plaignante est incapable de comprendre qu'elle a le choix de se livrer à l'activité ou de refuser de s'y livrer, elle est incapable de consentir. En conséquence, la plaignante qui est incapable de dire non, ou qui croit qu'elle n'a pas le choix, n'est pas capable de formuler un consentement subjectif : voir *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, par. 60, citant *R. c. Daigle* (1997), 127 C.C.C. (3d) 130 (C.A. Qc), conf. par [1998] 1 R.C.S. 1220.

En résumé, pour que la plaignante soit capable de donner un consentement subjectif à l'activité sexuelle, elle doit être capable de comprendre quatre choses :

1. l'acte physique;
2. le fait que l'acte est de nature sexuelle;
3. l'identité précise de son ou ses partenaires; et
4. le fait qu'elle peut refuser de participer à l'activité sexuelle.

La plaignante ne sera en mesure de donner un consentement subjectif que si elle est capable de comprendre ces quatre facteurs. Si la Couronne prouve l'absence d'un seul facteur hors de tout doute raisonnable, alors la plaignante est incapable de donner un consentement subjectif et l'absence de consentement est établie à l'étape de l'*actus reus*. Il ne serait pas nécessaire d'examiner la question de la validité du consentement en droit, puisqu'il

n'y aurait aucun consentement subjectif pouvant être vicié.
[par. 55 à 58]

[22] Le dernier facteur concerne en réalité la capacité d'exercer un choix de se livrer ou non à l'activité sexuelle en cause.

(3) Le critère de la « seule inférence raisonnable »

[23] Une preuve directe de l'existence d'un consentement ne peut provenir que de la plaignante. Il s'agit en l'espèce d'un cas où la plaignante n'a aucun souvenir de l'activité sexuelle. Par conséquent, toute conclusion ayant trait au consentement de la plaignante ou à sa capacité à consentir au moment où l'activité sexuelle a eu lieu devait être inférée de la preuve circonstancielle.

[24] Sur la question de savoir ce qu'il convient de faire lorsqu'il est interjeté appel d'une conclusion voulant que la culpabilité soit la seule inférence raisonnable à tirer de la preuve circonstancielle, l'arrêt de principe est *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000 :

[...] Lorsque la thèse du ministère public dépend d'une preuve circonstancielle, la question consiste à se demander si le juge des faits, agissant d'une manière judiciaire, pouvait raisonnablement conclure que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable qui pouvait être tirée de l'ensemble de la preuve [références omises].

La Cour d'appel de l'Alberta a bien résumé le principe directeur dans l'arrêt *Dipnarine*, par. 22. Elle a souligné [...] [TRADUCTION] « [qu'il] n'est pas nécessaire que la preuve circonstancielle exclue toute autre inférence imaginable » et qu'un verdict n'est pas déraisonnable simplement parce que « les autres explications possibles ne font naître aucun doute » dans l'esprit du jury. La considération la plus importante est « [qu'il] appartient encore fondamentalement au juge des faits de décider si une façon différente de considérer l'affaire qui est proposée est suffisamment raisonnable pour soulever un doute dans son esprit. » [Soulignement ajouté, par. 55 et 56]

[25] Récemment, dans *Morrison c. R.*, 2024 NBCA 35; [2024] A.N.-B. n° 53 (QL), la juge Baird, qui a rédigé les motifs de notre Cour, a souscrit aux propos suivants : « Le critère de la “seule inférence raisonnable” [tel qu’il a été examiné dans l’arrêt *Villaroman*] ne signifie pas, bien entendu, que la culpabilité devait être la seule inférence possible ou imaginable » (par. 71, citant le juge Kasirer dans *R. c. Vernelus*, 2022 CSC 53, au par. 5).

[26] Le juge Cromwell, s’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Villaroman*, a décrit le critère ainsi :

Lorsqu’il apprécie des éléments de preuve circonstancielle, le juge des faits doit considérer [TRADUCTION] « [d’]autre[s] thèse[s] plausible[s] » et d’« autres possibilités raisonnables » qui ne sont pas compatibles avec la culpabilité [références omises]. Je conviens avec l’appelant qu’il peut donc être nécessaire pour le ministère public de réfuter ces possibilités *raisonnables*, mais il n’a certainement pas à « réfuter toutes les hypothèses, si irrationnelles et fantaisistes qu’elles soient, qui pourraient être compatibles avec l’innocence de l’accusé » : *R. c. Bagshaw*, [1972] R.C.S. 2, p. 8. Une « autre thèse plausible » ou une « autre possibilité raisonnable » doit être basée sur l’application de la logique et de l’expérience à la preuve ou à l’absence de preuve, et non sur des conjectures.

Il va de soi que la ligne de démarcation entre une « thèse plausible » et une « conjecture » n’est pas toujours facile à tracer. Cependant, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir si la preuve circonstancielle, considérée logiquement et à la lumière de l’expérience humaine et du bon sens, peut étayer une autre inférence que la culpabilité de l’accusé. [Soulignement ajouté, par. 37 et 38]

[27] Le critère établi dans l’arrêt *Villaroman* reflète le fait que, « [s]’il existe d’autres conclusions raisonnables que la culpabilité, la preuve du ministère public ne satisfait pas à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable » (par. 35).

(4) L'interprétation présumée erronée de la preuve de la colocataire

[28] La seule question de fond est celle de savoir si la juge du procès pouvait conclure, au vu de la preuve dont elle disposait, que la seule inférence raisonnable, dans les circonstances, était que la plaignante était incapable de consentir.

[29] La juge du procès a conclu que la plaignante était incapable de consentir aux rapports sexuels puisqu'elle n'avait pas l'esprit lucide au moment de l'activité sexuelle en raison de son degré d'ébriété. Ce moyen d'appel a un objet très précis. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle l'appelant soutient que le fondement factuel ne pouvait pas satisfaire à la norme juridique permettant d'établir l'incapacité de la plaignante à consentir. Il admet qu'il y avait une preuve manifeste d'intoxication à partir de laquelle la juge du procès pouvait raisonnablement conclure que la plaignante n'avait pas la capacité de consentir à avoir des rapports sexuels avec lui. Toutefois, il soutient que, même si la preuve permettait de conclure à l'incapacité, elle pouvait aussi raisonnablement étayer la conclusion selon laquelle la plaignante avait la capacité de consentir aux rapports sexuels, et ce, malgré son niveau d'ébriété.

[30] L'appelant prétend que la juge du procès a mal interprété la preuve de la colocataire, erreur qui a eu une incidence importante sur sa décision concernant la question de la capacité à consentir.

[31] Le critère applicable à l'interprétation erronée de la preuve a été exposé par le juge d'appel Doherty dans *R. c. Morrissey*, [1995] O.J. No. 639 (QL) (C.A. Ont.) : [TRADUCTION] « Une interprétation erronée de la preuve peut consister en une omission de prendre en considération une preuve pertinente sur un point important, une erreur quant à l'essence de la preuve ou l'omission de reconnaître à la preuve sa véritable incidence » (par. 83).

[32] L'appelant soutient que la juge du procès a erronément interprété la preuve de la colocataire de trois façons différentes. Comme je l'expliquerai plus loin, je suis

convaincue que la juge n'a pas donné une interprétation erronée à la preuve de la colocataire.

- a) *La première allégation : conclure que la preuve de la colocataire n'était guère utile*

[33] Dans ses motifs, la juge du procès a déclaré que [TRADUCTION] « la preuve de sa colocataire était crédible et digne de foi, mais elle se rapportait principalement à la chronologie des événements, à son observation de la soirée et à l'état de la plaignante, soit que ses facultés étaient affaiblies. Rien dans sa preuve n'était utile quant à l'incident lui-même ».

[34] L'appelant soutient que la preuve de la colocataire était une preuve circonstancielle pertinente à l'égard de la question de la capacité. Je suis du même avis, et la juge l'a reconnu dans la première phrase citée. Toutefois, l'appelant cible la dernière phrase. Il soutient que la juge a erronément interprété l'importance de la preuve de la colocataire lorsqu' [TRADUCTION] « elle a déterminé qu'elle n'était guère utile ». Je ne suis pas du même avis. La juge du procès n'a jamais dit que la preuve de la colocataire n'était guère utile; elle a dit qu'elle n'était pas utile quant à l'incident lui-même, c'est-à-dire l'activité sexuelle. Au procès, la question de savoir s'il y avait eu une activité sexuelle entre l'appelant et la plaignante était en litige, ce qui explique la remarque de la juge du procès. Dans l'arrêt *G.F.*, la juge Karakatsanis réitère que les tribunaux chargés de l'examen en appel doivent examiner les motifs en fonction d'une interprétation fonctionnelle et contextuelle et déplore les « décisions des juridictions d'appel où le tribunal passe au peigne fin le texte des motifs de première instance à la recherche d'une erreur. Cela se produit particulièrement dans des affaires d'agression sexuelle » (par. 69 et 76). Voir aussi *R. c. Kruk*, 2024 CSC 7, par. 84.

- b) *La deuxième allégation : l'omission de reconnaître à ce que la colocataire a observé dans la chambre sa véritable incidence*

[35] L'appelant soutient que le témoignage de la colocataire sur ce qu'elle a vu, dit et entendu lorsqu'elle a jeté un coup d'œil dans la chambre de la plaignante fournit des renseignements précieux quant à la question de la capacité, et que la juge du procès n'en a pas tenu compte ou a omis de lui reconnaître sa véritable incidence. La colocataire a témoigné qu'elle a vu l'appelant entrer dans la chambre de la plaignante. Elle a regardé dans celle-ci et les a vus assis au bout du lit en train de prendre des autophotos. Elle a dit qu'[TRADUCTION] « ils étaient assis assez près l'un de l'autre et il semblait qu'il pourrait se passer quelque chose ». C'est pourquoi elle a dit à l'appelant : [TRADUCTION] « [E]lle ne veut pas coucher avec toi et elle ne peut pas consentir. Elle est trop ivre. » Elle se souvient que la plaignante lui a dit : [TRADUCTION] « [C']est correct, nous ne faisons que prendre des autophotos. » La colocataire est ensuite allée dans sa chambre. C'est la dernière fois qu'elle a vu la plaignante cette nuit-là.

[36] L'appelant soutient que l'observation, de la part de la colocataire, que la plaignante était en train de prendre des autophotos et réagissait à ce moment-là permet de tirer une autre inférence raisonnable, soit que la plaignante était en état d'ébriété, mais non privée de sa capacité, lorsque l'activité sexuelle a eu lieu.

[37] La plaignante et la colocataire étaient les deux seuls témoins qui ont raconté ce qui s'est passé au cours de la soirée. Toute la preuve a été entendue le même jour. La défense n'a pas présenté de preuve. Dans ses motifs, la juge du procès a soigneusement examiné la preuve de la colocataire, y compris les détails de ce qu'elle a vu, dit et entendu lorsqu'elle a regardé dans la chambre de la colocataire.

[38] Comme nous l'avons vu, le consentement doit être présent au moment où l'activité sexuelle en question a lieu. Nous ne savons pas quand les rapports sexuels ont eu lieu, sauf le fait que c'était après que la colocataire a quitté la chambre. Plus important encore, ce n'est pas parce que la plaignante pouvait parler ou participer à la prise d'autophotos qu'il est raisonnable d'inférer, au vu de la preuve dans son ensemble, qu'elle avait la capacité à consentir à l'activité sexuelle en question à ce moment-là ou plus tard. Dans l'arrêt *G.F.*, la juge Karakatsanis a clairement indiqué qu'une preuve de la

capacité de se souvenir, de parler et de conserver des habiletés motrices minimales n'empêche pas de conclure que la plaignante n'avait pas la capacité de consentir. Elle a dit ce qui suit :

Finally, I reject the argument of the intimés that the fact that the complainant remembered well the sexual activity refuted her claim that she was incapable of consenting. One cannot resolve the question of incapacity by asking whether the complainant remembers the facts or not. The ultimate question of capacity must rest on the nature of the consent. It is not a matter of knowing whether the complainant remembered the sexual activity, whether she had retained her motor skills or whether she was capable of walking or talking; one must ask whether the complainant understood the sexual activity and whether she understood that she could refuse to participate.
[par. 65]

[39] Dans ses motifs, la juge du procès n'a pas expressément dit qu'elle s'était penchée sur la question de savoir si la preuve de la colocataire concernant ce qui s'était passé dans la chambre à coucher pouvait mener à une autre inférence raisonnable, soit que la plaignante avait la capacité de consentir au moment où les rapports sexuels ont eu lieu. Cela n'est pas étonnant, puisqu'on n'a pas fait valoir cette autre inférence lors du procès. En outre, comme nous le savons, les motifs doivent être « lus comme un tout, dans le contexte de la preuve, des questions en litige et des arguments présentés lors du procès » : *Villaroman*, au par. 15. Si cette thèse avait été avancée lors du procès, il se peut que la juge du procès y aurait fait expressément référence dans ses motifs.

[40] Les questions à trancher au procès étaient de savoir si l'activité sexuelle avait eu lieu et si la plaignante avait la capacité d'y consentir. La seule mention d'une autre inférence raisonnable avait trait à la question de savoir si une activité sexuelle avait eu lieu, l'avocat de la défense ayant affirmé ce qui suit dans ses observations finales :

[TRADUCTION]

Donc, avec ce type de preuve, Madame la juge, pour déclarer l'accusé coupable, la Cour ne doit pas pouvoir tirer

une inférence raisonnable autre que celle selon laquelle une agression sexuelle a eu lieu. Or, je proposerais, Madame la juge, qu'il – qu'il y a – qu'il y a un certain nombre d'inférences raisonnées (ph) – d'inférences raisonnables différentes pouvant être tirées de – de cette preuve qui reste. L'une d'entre elles est la plus probable, à savoir qu'ils prenaient des autophotos sur son lit, comme l'a confirmé [la colocataire], et qu'ils se sont finalement endormis et – et ont dormi dans son lit. En ce qui concerne la douleur vaginale, Madame la juge, je – je ne suis certainement pas un expert, mais je suis sûr qu'il y a beaucoup d'autres explications plausibles autres que des rapports sexuels pour expliquer la douleur vaginale, l'une de ces explications étant une infection quelconque.

[41] Je conviens que le témoignage de la colocataire sur ce qu'elle a observé dans la chambre à coucher faisait partie de la preuve que la juge du procès devait examiner lorsqu'elle a tranché la question de la capacité à consentir à l'activité sexuelle et la question de savoir s'il y avait d'autres inférences raisonnables. Les juges de première instance sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours : *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 664; *Randall c. R.*, 2012 NBCA 25, 393 R.N.-B. (2^e) 217, au par. 32. Je n'ai aucune raison de croire que la juge du procès n'a pas examiné cette preuve comme elle le devait.

c) *La troisième allégation : l'omission de tenir compte du fait que la preuve de la colocataire faisait état d'un comportement incompatible avec l'attitude préexistante de la plaignante*

[42] En l'espèce, la juge du procès a retenu la preuve de la plaignante selon laquelle elle ne voulait pas se livrer à des rapports sexuels avec l'appelant ce soir-là parce qu'elle avait entamé une nouvelle relation, qu'elle l'avait dit à l'appelant et à sa colocataire à un moment donné avant cette soirée et que l'appelant l'avait accepté. Cette preuve n'a pas été contredite. Il s'agissait d'un élément de preuve que la juge du procès a examiné pour décider si la plaignante avait la capacité à consentir. Bien que l'attitude préexistante d'une plaignante selon laquelle elle n'aurait pas consenti ne soit pas déterminante quant à la capacité à consentir, elle peut constituer une preuve fiable et les

tribunaux lui ont attribué une certaine valeur, selon les circonstances : *R. c. Capewell*, 2020 BCCA 82, [2020] B.C.J. No. 391 (QL), au par. 48; *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, [2018] N.S.J. No. 18 (QL), aux par. 69 et 70; *R. c. Olotu*, 2016 SKCA 84, au par. 59, conf. par 2017 CSC 11; *R. c. Garciacruz*, 2015 ONCA 27, [2015] O.J. No. 264 (QL), aux par. 29 et 30.

[43] Dans l'arrêt *Garciacruz*, le juge Rouleau a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

En l'absence de preuve directe sur la question du consentement, un tribunal peut tirer des inférences à partir des attitudes préexistantes et des hypothèses d'une plaignante quant à la période dont elle n'a aucun souvenir. Dans les cas appropriés, le tribunal peut conclure que la plaignante devait être incapable de consentir au moment de l'interaction sexuelle, car, si elle en avait été capable, elle aurait manifestement refusé de consentir. [par. 69]

[44] Dans son mémoire, l'avocat de l'appelant a reconnu que le juge du procès avait [TRADUCTION] « correctement constaté le droit en ce qui concerne l'attitude préexistante à l'égard de la participation à l'activité sexuelle et les pièges que comporte le fait de s'y fier pour déterminer l'absence de capacité à consentir ».

[45] Devant notre Cour, l'appelant soutient que le témoignage de la colocataire établit un comportement incompatible avec l'attitude préexistante de la plaignante. Il affirme qu'il existe une preuve du fait que la plaignante flirtait avec lui et qu'elle prenait des autophotos suggestives avec lui. La plaignante a témoigné qu'elle croyait avoir pris, à un moment donné, une photo d'elle et de l'appelant pour l'envoyer à un ex-petit ami avec qui elle communiquait par Snapchat afin de le rendre jaloux. La colocataire a témoigné qu'elle n'avait rien vu d'un quelconque flirt entre la plaignante et l'appelant tout au long de la soirée et qu'elle ne se souvenait pas qu'ils prenaient des autophotos de manière suggestive. Le dossier n'étaye pas les allégations de l'appelant. Il n'y a aucune preuve de flirt ou de comportement romantique ou sexuel entre la plaignante et l'appelant tout au long de la soirée. Rien dans le comportement qu'avait la plaignante cette nuit-là ne

contredit son témoignage selon lequel elle n'aurait pas consenti si elle avait eu la capacité de choisir. L'attitude préexistante de non-consentement de la plaignante a été considérée à juste titre comme un élément de preuve circonstancielle par la juge du procès.

[46] Comme il est indiqué dans l'arrêt *Villaroman*, il appartient fondamentalement au juge du procès, et non à notre Cour, de décider s'il existait d'autres inférences en ce qui concerne la culpabilité (par. 56). Les juges de première instance ont la tâche particulière d'évaluer les témoignages qu'ils entendent et d'interpréter l'éventail des inférences possibles découlant de la preuve.

[47] Comme l'a déclaré la juge Bennett, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. W.F.G.*, 2024 BCCA 65, [2024] B.C.J. No. 326 (QL): [TRADUCTION] « De simples divergences d'opinions quant à l'interprétation de la preuve, aux inférences à tirer de celle-ci ou à sa valeur probante n'équivalent pas à une interprétation erronée de la preuve » (par. 28). À mon avis, les allégations de l'appelant selon lesquelles la preuve a été interprétée erronément ne sont rien de plus que des désaccords avec le point de vue différent de la juge du procès sur la preuve.

[48] Lorsqu'on examine les motifs de la juge du procès dans le contexte de la preuve, des questions en litige et des arguments présentés au procès, il est évident qu'elle était sensible à la question principale en litige ainsi qu'au fardeau dont le poursuivant devait s'acquitter pour obtenir une déclaration de culpabilité.

[49] La plaignante et la colocataire ont toutes les deux témoigné de l'état d'ébriété avancé de la plaignante, de son intention préalable de ne pas se livrer à une activité sexuelle avec l'appelant et du fait qu'elle n'a pas modifié cette intention au cours de la soirée et jusqu'au matin. De plus, il n'a été présenté à la juge du procès aucune preuve de consentement, de consentement donné sous l'effet de l'alcool ou de croyance erronée au consentement. L'appelant n'avait aucune obligation de témoigner, mais sa

décision de ne pas le faire a laissé la preuve de la plaignante absolument non contredite et la juge du procès a retenu l'essentiel de sa preuve hors de tout doute raisonnable.

[50] Il appartenait à la juge du procès de décider si la preuve, au regard tant de l'ensemble de la preuve que de l'absence de preuve, appréciée logiquement, ainsi qu'au regard de l'expérience humaine et du bon sens, excluait toute autre conclusion que la culpabilité.

[51] Même si tous les juges des faits n'étaient pas inévitablement arrivés à la même conclusion que la juge du procès, il s'agissait néanmoins d'une conclusion raisonnable. À mon avis, il était raisonnable pour la juge du procès de conclure que, considérée globalement, la preuve excluait toute autre conclusion que la culpabilité. Je ne ferais pas droit à ce moyen d'appel.

B. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle n'a pas déclaré la nullité du procès ou qu'elle n'a pas au moins offert, de son propre chef, la possibilité de rappeler la plaignante?*

[52] Je répondrais à ces deux questions par la négative. À mon sens, il était permis à la plaignante de consulter, avant la première étape de la procédure fondée sur l'art. 276, les documents que le ministère public lui avait communiqués. Par conséquent, il n'aurait pas été justifié de déclarer la nullité du procès. En outre, il n'incombait pas à la juge du procès de proposer de rappeler la plaignante.

(1) La réception par la plaignante du dossier de la demande fondée sur l'art. 276

[53] Avant le procès, l'appelant a présenté une demande fondée sur l'art. 276 du *Code criminel* en vue de faire trancher l'admissibilité d'éléments de preuve selon lesquels la plaignante s'était livrée à une activité sexuelle autre que celle faisant l'objet de

l'accusation. La juge a rejeté la demande à la première étape de la procédure. Cette décision n'est pas portée en appel.

[54] Après la clôture de la preuve du ministère public au procès, le 28 octobre 2022, l'appelant a découvert que la plaignante avait peut-être lu les documents relatifs à la demande fondée sur l'art. 276 au moment de l'analyse menée à la première étape de la procédure, soit avant de témoigner au procès. Le procès devait reprendre le 2 décembre 2022. Ce jour-là, la défense a fait part de ses préoccupations à la juge du procès. Le procès a été ajourné. L'appelant a sollicité l'annulation du procès, alléguant que le fait que la plaignante avait consulté les documents avant la première étape de la procédure aurait pu avoir une incidence sur son témoignage et porté atteinte à l'équité du procès en minant le droit de la défense à un contre-interrogatoire efficace de la plaignante. La juge du procès n'a pas accordé l'annulation du procès. C'est cette décision qui est contestée dans le présent appel.

[55] L'avis de la demande fondée sur l'art. 276 et l'affidavit correspondant ont été signifiés au poursuivant et au greffier le 10 mars 2022, une semaine avant la date prévue du procès. Le 17 mars 2022, le jour où le procès devait commencer, la plaignante était au palais de justice avec les services aux victimes, et ils ont eu une rencontre avec le ministère public. Le procès n'a pas commencé. Plutôt, la procédure relative à la demande fondée sur l'art. 276 a commencé par la tenue d'une audition de la demande visée à l'art. 278.93 du *Code criminel*, c'est-à-dire l'analyse à la première étape. Au bout du compte, la juge a jugé qu'il n'y avait pas de possibilités que la preuve soit admissible. Cela a mis fin à la procédure fondée sur l'art. 276. Par conséquent, aucune audience fondée sur l'art. 278.94, c'est-à-dire l'audience portant sur la deuxième étape, n'a été tenue. Par souci de commodité, les art. 276, 278.93 et 278.94 du *Code criminel* sont joints à l'annexe « A ».

[56] Pour revenir à la demande d'annulation du procès, le 2 décembre 2022, l'avocate du ministère public a expliqué à la juge que, lors de sa rencontre avec la plaignante et les services aux victimes du 17 mars 2022, elle avait avec elle l'avis de

demande et l'affidavit et [TRADUCTION] « croit » que la plaignante [TRADUCTION] « les a peut-être lus ». Aucune preuve n'indique si elle les a lus ou non. Il y a eu des discussions entre les parties et la juge au sujet de la réparation sollicitée par la défense. Il était évident que la défense envisageait à la fois le rappel de la plaignante et l'annulation du procès. Il a été convenu que les parties déposeraient des mémoires fondés sur la croyance du ministère public; la défense préciserait dans son mémoire la réparation qu'elle sollicitait, le ministère public déposerait son mémoire en réponse et la juge rendrait sa décision. La question était de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, la plaignante était autorisée à consulter les documents relatifs à la demande fondée sur l'art. 276 que le ministère public lui avait divulgués avant l'audience portant sur l'analyse devant être menée à la première étape. La juge a conclu qu'elle l'était. En conséquence de cette conclusion, la juge n'a pas déclaré l'annulation du procès, la seule réparation sollicitée par la défense dans son mémoire. Le procès a repris quelques mois plus tard.

[57] L'article 278.93(2) exige que, à la première étape, la demande énonce « toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause », c'est-à-dire la preuve que l'accusé propose de présenter. La question est la suivante : quand est-il permis à la plaignante de consulter cette information?

[58] Les parties n'ont pas porté à mon attention de décisions de tribunaux néo-brunswickois sur ce point. Toutefois, dans l'affaire *R. c. T.P.S.*, 2019 NSSC 48, [2019] N.S.J. No. 47 (QL), la juge Lynch a conclu qu'il était logique pour la plaignante de consulter le dossier de la demande avant l'analyse devant être menée à la première étape. Elle a fait la remarque suivante : [TRADUCTION] « Je ne vois pas de danger ou de menace pour la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière du fait que la plaignante connaissait les détails de la demande avant qu'une décision ne soit rendue à la première étape » (par. 34).

[59] Au fil des ans, le régime législatif établi par l'art. 276 a fait l'objet de nombreuses contestations constitutionnelles parce que ces demandes contiennent souvent

des détails sur les souvenirs qu'a l'accusé des événements et sur la position de la défense. C'est l'exigence voulant que ces détails soient divulgués au ministère public et à la plaignante qui est souvent contestée. Une préoccupation majeure est la possibilité qu'une plaignante adapte son témoignage pour répondre à la défense d'un accusé et que cela empêche un contre-interrogatoire efficace. En 2018, le Parlement a apporté des modifications au régime législatif prévu à l'art. 276, modifications qui élargissent les droits de participation d'une plaignante dans le cadre de demandes introduites par la défense sur le fondement de l'art. 276.

[60] Les clarifications les plus récentes de la Cour suprême sur le régime de l'art. 276 se trouvent dans l'arrêt *R. c. J.J.*, 2022 CSC 28, [2022] A.C.S. n° 28 (QL). Dans l'arrêt *J.J.*, la majorité des juges a conclu que la totalité du régime prévu à l'art. 276, y compris les art. 278.93 et 278.94, était constitutionnelle, ne violait pas les droits de l'accusé à un procès équitable garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et établissait un équilibre qui protégeait la justice fondamentale pour les personnes accusées et les plaignants.

[61] Dans l'arrêt *J.J.*, la Cour suprême s'est penchée sur le moment de la réception des documents par la plaignante. Il ne fait aucun doute que le dossier de la demande doit être communiqué à la plaignante avant l'audience de la deuxième étape et que le ministère public est *tenu* de lui fournir une description générale du contenu de ce dossier avant la première étape. Il n'est pas clair si elle est autorisée à consulter le dossier dans son intégralité lors de la première étape.

[62] La Cour suprême a expliqué que les plaignants n'ont pas le droit de participer aux analyses menées à la première étape sous le régime de l'art. 278.93 du *Code criminel* : arrêt *J.J.*, au par. 89. Elle a ensuite poursuivi avec une section intitulée « Réception de la demande par la plaignante », reconnaissant que les art. 278.93 (la première étape) et 278.94 (la deuxième étape) « n'abordent pas directement la réception de la demande par [la plaignante] » (par. 91 à 96). Toutefois, la Cour a déclaré que les plaignants devraient généralement recevoir des renseignements au sujet de ces demandes

à des étapes clés du processus (par. 89 et 91 à 96). Dès réception de la demande de l'accusé conformément au par. 278.93(4), le ministère public devrait donner à la plaignante ou à son avocat une « description générale de la nature du dossier » en cause et de sa « pertinence pour une question au procès » (par. 92). Autrement dit, il doit donner une description générale de la preuve proposée par la défense. Une telle description garantit que la plaignante a « une connaissance suffisante du dossier pour participer de façon utile à l'audience de la deuxième étape tenue en application du par. 278.93(4) », si le juge décide d'accueillir la demande (par. 91). Le moment où la plaignante recevra normalement la description générale de la preuve proposée (c'est-à-dire sept jours avant l'analyse menée à la première étape) permettra aussi à la plaignante « d'avoir le temps de retenir les services d'un avocat en prévision de l'approbation de la demande de l'accusé » (par. 92). À ce stade, « seule une description générale est requis » puisqu'« il n'est pas encore clair si une audience de la deuxième étape » aura lieu (soulignement ajouté; par. 92).

[63] Si le juge qui préside l'audition de la demande conclut « qu'il y a des possibilités [que la preuve de l'activité sexuelle] soit admissible », c'est alors que « le ministère public devrait généralement communiquer le contenu de la demande afin que la plaignante et/ou son avocat puissent se préparer pour l'audience de la deuxième étape », s'ils souhaitent y participer : arrêt *J.J.*, par. 93.

[64] Malgré les précisions apportées par la Cour dans l'arrêt *J.J.* quant à ce que le ministère public est « requis » de communiquer à la plaignante avant la première étape ou quant à ce qui « devrait généralement » lui être communiqué avant la deuxième étape, la Cour a conclu que le juge « a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que la demande ne soit pas communiquée à la plaignante », en tout ou en partie; « [c]ette décision peut découler des préoccupations d'une partie ou du juge concernant l'incidence de la communication sur l'équité du procès » (par. 96). À mon avis, puisqu'on s'attend à ce que le ministère public communique à la plaignante une description générale de la preuve proposée de la défense avant que ne débute l'analyse menée à la première étape, le pouvoir discrétionnaire d'un juge d'interdire la communication des documents s'applique

à toute information fournie au ministère public par l'accusé à tout moment au cours de la procédure fondée sur l'art. 276.

[65] À la première étape, la demande doit contenir « toutes précisions » (par. 278.93(2)). Dans l'arrêt *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, la Cour suprême a observé que l'exigence d'énoncer toutes précisions « fait en sorte que les juges sont bien outillés pour faire l'analyse qui s'impose en application de l'art. 276 et que la preuve de la défense ne prend pas le ministère public ou la plaignante par surprise » (par. 48). Voir aussi *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, au par. 55. Dans l'arrêt *Darrach*, la Cour suprême a aussi indiqué que l'exigence selon laquelle le ministère public doit recevoir l'affidavit circonstancié une semaine avant le voir-dire est notamment « pour permettre au ministère public de consulter la plaignante » (par. 55). Cela implique que le ministère public discuterait des documents relatifs à la demande avec la plaignante.

[66] Dans l'arrêt *J.J.*, même si la Cour a reconnu que les dispositions du *Code criminel* ne traitaient pas directement du droit de la plaignante de recevoir les documents relatifs à la demande, elle a clairement indiqué que l'ancienne pratique selon laquelle le ministère public consultait les plaignantes se poursuivait :

Il n'y a aucune assise législative étayant l'hypothèse selon laquelle la demande sera envoyée directement à la plaignante sans la participation du ministère public. La loi est muette pour ce qui est du droit de la plaignante de recevoir la demande. Conformément à l'ancienne pratique au titre de l'art. 276, le ministère public a la responsabilité de consulter la plaignante au sujet de la demande. [...]
[par. 174]

[67] Les termes employés dans l'arrêt *J.J.* sont importants tant pour ce qu'ils ne disent pas que pour ce qu'ils disent. Bien que la Cour déclare que seule une description générale du dossier relatif à la demande est « requise » à la première étape (par. 92), elle ne dit pas que c'est tout ce que la plaignante est autorisée à recevoir ou qu'il est interdit au ministère public de lui fournir le dossier de la demande dans son intégralité à ce

moment-là. De même, la Cour a déclaré que le dossier de la demande « devrait généralement » être donné à la plaignante afin qu'elle puisse se préparer pour l'audience de la deuxième étape; elle ne dit pas que la plaignante ne peut pas ou ne devrait pas consulter le dossier avant ce moment-là. Comme l'a indiqué la Cour suprême, le *Code criminel* est muet sur la question de savoir quand il est permis à une plaignante de recevoir et d'examiner les documents relatifs à la demande. À mon avis, sous réserve de la discrétion du ministère public quant au moment de la communication à la plaignante et à condition qu'aucune ordonnance du juge n'interdise cette communication, il est permis à la plaignante de consulter le dossier de la demande de l'accusé à n'importe quel moment de la procédure de demande fondée sur l'art. 276. Par conséquent, il n'était pas justifié de déclarer la nullité du procès.

(2) Les dangers de la communication des documents de la défense avant le procès

[68] Le juge en chef Wagner et le juge Moldaver, s'exprimant au nom de la majorité des juges dans l'arrêt *J.J.*, ont déclaré qu'« il n'existe aucun principe absolu selon lequel la communication des documents de la défense porte inévitablement atteinte au contre-interrogatoire et à l'équité du procès » (par. 185). Ils l'expliquent ainsi :

Le « vice de témoignage » n'est pas une préoccupation qui empêche le contre-interrogatoire efficace en ce qui a trait aux documents communiqués par le ministère public dans les procès criminels ou civils. Pour les mêmes raisons, la participation de la plaignante à une audience de la deuxième étape ne suscite pas de risque que des témoignages soient viciés de sorte qu'il y ait entrave injustifiée à la recherche de la vérité ou au contre-interrogatoire efficace. Le fait de donner un préavis à la plaignante avant de lui présenter des renseignements très privés dans le cadre d'un procès public est susceptible de la rendre plus apte à participer honnêtement au contre-interrogatoire. Plus particulièrement, elle sera probablement mieux outillée pour répondre que si elle était prise de court par l'utilisation de ses dossiers privés. En outre, l'exigence selon laquelle une demande doit être

communiquée avant le procès fait en sorte que les plaignantes dans les affaires d'infraction d'ordre sexuel sont informées des répercussions découlant de leur participation au procès (Craig, p. 808-809; *R. c. M.S.*, 2019 ONCJ 670, par. 92 (CanLII)). Cela favorise aussi les procès justes et équitables.

Troisièmement, l'accusé sera toujours en mesure de vérifier le témoignage de la plaignante en le comparant aux déclarations antérieures qu'elle a faites à la police. La défense a accès à ces déclarations en application des obligations du ministère public établies dans l'arrêt *Stinchcombe*. Si le témoignage de la plaignante a changé de façon significative entre le moment où elle a fait la déclaration à la police et le procès, cette divergence sera évidente aux yeux du juge des faits, et l'accusé pourra contre-interroger la plaignante sur ce fondement (peu importe si la déclaration à la police a été faite sous serment) (voir Craig). Le juge des faits peut évaluer s'il croit la plaignante et ajuster le poids qu'il accorde à son témoignage.

Quatrièmement, la plaignante peut être contre-interrogée sur son accès à la demande concernant des dossiers privés. L'accusé peut contester la crédibilité et la fiabilité de la plaignante en laissant entendre qu'elle a adapté son témoignage pour qu'il corresponde à ce qu'elle a appris dans la demande. Dans la mesure où notre collègue le juge Brown affirme que le par. 645(5) et l'art. 648 du *Code criminel* rendent inacceptables de tels contre-interrogatoires, nous ne sommes pas de cet avis. [par. 187 à 189]

[69] Bien que la Cour ait discuté de la participation de la plaignante à une audience portant sur la deuxième étape, le raisonnement s'applique de la même manière, peu importe si les documents sont fournis à la plaignante à la première ou à la deuxième étape.

[70] Au procès, l'avocat de la défense aurait pu demander à la plaignante si elle avait vu les documents avant le procès et la contre-interroger sur cet accès. L'appelant soutient qu'il ne savait pas que la plaignante avait eu accès aux documents et qu'il ne l'a donc pas interrogée sur cet accès et sur l'incidence qu'il aurait pu avoir sur son

témoignage. Conformément aux clarifications données par la Cour suprême dans l'arrêt *J.J.*, les avocats de la défense devraient s'attendre à ce que les plaignantes reçoivent au moins une description générale de la preuve proposée par l'accusé avant la première étape et, par conséquent, contre-interroger la plaignante sur cet accès, si besoin est. Comme je l'ai indiqué, l'accusé doit signifier une copie de ses documents au ministère public avant la première étape. Par conséquent, toute demande de non-communication ou de caviardage des documents devrait être envisagée avant que cette copie ne soit fournie au ministère public.

[71] En l'espèce, la plaignante a été soumise à un contre-interrogatoire et toute incohérence ou nouvelle information qui est ressortie de son témoignage direct aurait pu être convenablement explorée par l'avocat de l'accusé à ce moment-là. En fait, dans son contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a effectivement mis en évidence des différences dans le témoignage de la plaignante entre sa déclaration à la police et le procès. Ces différences auraient pu ou non découler de sa lecture des documents relatifs à la demande. Les actes sexuels antérieurs n'étaient pas admissibles au procès, alors la plaignante n'a pas eu la possibilité d'adapter son témoignage à ce sujet.

(3) Le rappel de la plaignante

[72] Devant la Cour, l'appelant convient maintenant qu'il n'aurait peut-être pas été justifié de déclarer la nullité du procès. Dans son mémoire, il affirme ce qui suit : [TRADUCTION] « Il n'est pas nécessairement fatal pour une poursuite que la plaignante ait accès aux documents relatifs à la demande fondée sur l'art. 276 avant la première étape, et cela ne [devrait] pas nécessairement entraîner la nullité du procès. » Toutefois, il soutient qu'il [TRADUCTION] « aurait au moins dû avoir la possibilité de rappeler la plaignante pour l'interroger sur son accès aux documents et sur les répercussions possibles de cet accès sur son témoignage » et prétend que le seul moyen de remédier à cette erreur est d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[73] En plus de sa demande d'annulation du procès, l'appelant aurait pu demander de rappeler la plaignante pour la contre-interroger. Lors de la comparution du 2 décembre 2022, la juge du procès a discuté avec les parties de la possibilité de rappeler la plaignante et de la possibilité de demander l'annulation du procès, et elle a indiqué à l'avocat de la défense de demander dans son mémoire la mesure réparatoire qu'il estimait appropriée. À l'époque, il a déclaré qu'il [TRADUCTION] « pourrait demander de rappeler la témoin, ou l'annulation du procès ». Malgré les discussions, la défense n'a pas demandé le rappel de la plaignante comme mesure réparatoire possible.

[74] La juge du procès n'était pas tenue de proposer de rappeler la plaignante, de sa propre initiative, lorsque l'avocat de la défense n'avait pas proposé qu'il s'agît d'un recours approprié. S'il avait demandé le rappel de la plaignante, la juge aurait alors décidé s'il était dans l'intérêt de la justice d'accueillir une telle demande, compte tenu des faits de l'espèce et de l'équité du procès. Elle a entendu la demande et la preuve de la plaignante au procès. Elle a été en mesure d'évaluer s'il était nécessaire de rappeler la plaignante pour préserver l'équité du procès. L'avocat de la défense a eu la possibilité de demander un rappel, mais il ne l'a pas fait. Dans les circonstances de la présente affaire, je ne vois aucune erreur dans le fait que la juge du procès n'a pas, de sa propre initiative, soulevé la possibilité de rappeler la plaignante de nouveau après qu'elle a décidé qu'il n'était pas justifié de déclarer la nullité du procès.

[75] Un dernier point doit être abordé. Dans sa décision, la juge a dit que la plaignante avait le [TRADUCTION] « droit d'examiner la demande et les documents relatifs à la demande fondée sur l'article 276 à n'importe quel stade ». De toute évidence, aucun tel « droit » n'existe dans le *Code criminel* ou n'a été reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *J.J.* ou ailleurs. La communication est laissée à la discrétion du ministère public et est soumise à toute ordonnance de non-communication que la juge peut rendre. Toutefois, il est évident que la juge du procès avait voulu dire qu'en l'espèce, puisque le ministère public avait donné à la plaignante accès au dossier de la demande, cette dernière avait le [TRADUCTION] « droit de l'examiner » à partir de ce moment-là, en ce sens qu'elle était autorisée à l'examiner et qu'une telle communication n'était pas

interdite. Dans les directives que la juge a données aux parties le 2 décembre 2022 quant à ce que leurs mémoires devraient contenir, elle leur a expressément dit qu'ils devraient comprendre des arguments sur la question de savoir si la plaignante avait [TRADUCTION] « le droit de l'examiner », c'est-à-dire le droit d'examiner l'information que le ministère public lui avait communiquée le 17 mars 2022. La position du ministère public n'était pas que la plaignante avait un droit à cette information; il soutenait qu'il était permis à la plaignante d'examiner les documents (l'avis de demande et l'affidavit) au premier stade s'il les lui avait communiqués. Bien que le choix des mots employés par la juge du procès puisse créer une certaine confusion, il est évident, d'après une interprétation fonctionnelle et contextuelle de ses motifs, qu'elle était sensible à la question en litige.

[76] Ce moyen d'appel est sans fondement.

IV. Conclusion et dispositif

[77] Je suis d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité, de révoquer la mise en liberté de l'appelant en attendant la décision de son appel, et de lui ordonner de se livrer à la garde des autorités compétentes dans les 24 heures suivant le prononcé du présent jugement.

APPENDIX “A” / ANNEXE « A »

Evidence of complainant’s sexual activity

276 (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 153.1 or 155, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or

(b) is less worthy of belief.

Conditions for admissibility

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), evidence shall not be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 278.93 and 278.94, that the evidence

(a) is not being adduced for the purpose of supporting an inference described in subsection (1);

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) is of specific instances of sexual activity; and

Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

276 (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1 ou 155, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l’accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu’il est :

a) soit plus susceptible d’avoir consenti à l’activité à l’origine de l’accusation;

b) soit moins digne de foi.

Conditions de l’admissibilité

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l’accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l’origine de l’accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 278.93 et 278.94, à la fois :

a) que cette preuve n’est pas présentée afin de permettre les déductions visées au paragraphe (1);

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

c) que cette preuve porte sur des cas particuliers d’activité sexuelle;

(d) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

d) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

Factors that judge must consider

Facteurs à considérer

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

Interpretation

(4) For the purpose of this section, sexual activity includes any communication made for a sexual purpose or whose content is of a sexual nature.

Application for hearing — sections 276 and 278.92

278.93 (1) Application may be made to the judge, provincial court judge or justice by or on behalf of the accused for a hearing under section 278.94 to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Form and content of application

(2) An application referred to in subsection (1) must be made in writing, setting out detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce and the relevance of that evidence to an issue at trial, and a copy of the application must be given to the prosecutor and to the clerk of the court.

Jury and public excluded

(3) The judge, provincial court judge or justice shall consider the application with the jury and the public excluded.

Judge may decide to hold hearing

(4) If the judge, provincial court judge or justice is satisfied that the application was made in accordance with subsection (2), that a copy of the application was given to the prosecutor and to the clerk of the court at least seven days previously, or any shorter interval that the judge, provincial court judge or justice may allow in the interests of justice and that the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under subsection 276(2), the judge, provincial court judge or justice shall grant the application and hold a

Précision

(4) Il est entendu que, pour l'application du présent article, activité sexuelle s'entend notamment de toute communication à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle.

Demande d'audience : articles 276 et 278.92

278.93 (1) L'accusé ou son représentant peut demander au juge, au juge de la cour provinciale ou au juge de paix de tenir une audience conformément à l'article 278.94 en vue de décider si la preuve est admissible au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Forme et contenu

(2) La demande d'audience est formulée par écrit et énonce toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause; une copie en est expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal.

Exclusion du jury et du public

(3) Le jury et le public sont exclus de l'audition de la demande.

Audience

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept jours auparavant, ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice, et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audience pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

hearing under section 278.94 to determine whether the evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Hearing — jury and public excluded

278.94 (1) The jury and the public shall be excluded from a hearing to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2).

Complainant not compellable

(2) The complainant is not a compellable witness at the hearing but may appear and make submissions.

Right to counsel

(3) The judge shall, as soon as feasible, inform the complainant who participates in the hearing of their right to be represented by counsel.

Judge's determination and reasons

(4) At the conclusion of the hearing, the judge, provincial court judge or justice shall determine whether the evidence, or any part of it, is admissible under subsection 276(2) or 278.92(2) and shall provide reasons for that determination, and

(a) if not all of the evidence is to be admitted, the reasons must state the part of the evidence that is to be admitted;

(b) the reasons must state the factors referred to in subsection 276(3) or 278.92(3) that affected the determination; and

(c) if all or any part of the evidence is to be admitted, the reasons must state the manner in which that evidence is expected to be relevant to an issue at trial.

Audience — exclusion du jury et du public

278.94 (1) Le jury et le public sont exclus de l'audience tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2).

Non-contraignabilité

(2) Le plaignant peut comparaître et présenter ses arguments à l'audience, mais ne peut être contraint à témoigner

Droit à un avocat

(3) Le juge est tenu d'aviser dans les meilleurs délais le plaignant qui participe à l'audience de son droit d'être représenté par un avocat.

Motifs

(4) Le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix rend une décision, qu'il est tenu de motiver, à la suite de l'audience sur l'admissibilité de tout ou partie de la preuve au titre des paragraphes 276(2) ou 278.92(2), en précisant les points suivants :

a) les éléments de la preuve retenus;

b) ceux des facteurs mentionnés aux paragraphes 276(3) ou 278.92(3) ayant fondé sa décision;

c) la façon dont tout ou partie de la preuve à admettre est en rapport avec un élément de la cause.

Record of reasons

(5) The reasons provided under subsection (4) shall be entered in the record of the proceedings or, if the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

Forme

(5) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, donnés par écrit.