COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

88-11-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

APPELLANT

- and -

BRADLEY NICHOLAS PETERSON

RESPONDENT

R. v. Peterson, 2012 NBCA 67

CORAM:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
May 19, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 20, 2012

Judgment rendered:
July 26, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell

Dissenting in part:
The Honourable Justice Richard

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE

- et -

BRADLEY NICHOLAS PETERSON

INTIMÉ

R. c. Peterson, 2012 NBCA 67

CORAM :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 19 mai 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 20 mars 2012

Jugement rendu :
Le 26 juillet 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Green

Souscrit aux motifs :
L'honorable juge Bell

Motifs dissidents en partie :
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:
Michael A. Hall

For the respondent:
Ben Reentovich

THE COURT

Leave to appeal sentence is granted, and the appeal is allowed. The decision of the sentencing judge to grant a conditional discharge is set aside, and a sentence of incarceration for a period of three months is imposed. A stay of execution of the sentence is ordered.

Richard J.A., dissenting in part, would have varied the sentence to one of incarceration for 6 months.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Michael A. Hall

Pour l'intimé :
Ben Reentovich

LA COUR

L'autorisation d'interjeter appel de la peine est accordée et l'appel est accueilli. La décision du juge qui a déterminé la peine d'accorder l'absolution sous conditions est annulée et une peine carcérale de trois mois est infligée, avec sursis d'emprisonnement.

Le juge Richard, dissident en partie, aurait modifié la peine et infligé un emprisonnement de six mois.

The following are the reasons delivered by

RICHARD J.A. (dissenting in part)

[1] I have had the benefit of reading my colleague's reasons for judgment, and I am in full agreement that the appeal should be allowed and the decision of the sentencing judge set aside. I only part company with those reasons when it comes to imposing a fit sentence for the crime committed. I would have varied the sentence to one of incarceration for 6 months, which is at the top end of the range the prosecution was seeking.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN J.A.

I. Introduction

[1] The respondent, Mr. Peterson, was charged with sexual assault, contrary to section 271(1)(*a*) of the *Criminal Code*. Mr. Peterson elected to be tried by a Provincial Court judge and pled not guilty. He subsequently changed his plea to guilty. Following the sentencing hearing, Mr. Peterson received a conditional discharge. The Crown now seeks leave to appeal that sentence.

II. Background

[2] Mr. Peterson and the victim were co-workers at a fast food restaurant. At all material times, Mr. Peterson was 22 years of age. The victim initially informed Mr. Peterson that she was 18 years of age. In fact, she was only 14, and later admitted to Mr. Peterson that she was not 18.

[3] Two incidents took place which gave rise to the charge of sexual assault. The first occurred on January 12, 2010, while Mr. Peterson and the victim were at work. A supervisor asked Mr. Peterson to explain to the victim how to clean the washroom. The incident took place inside the washroom, and involved the victim performing oral sex on Mr. Peterson. At this time, Mr. Peterson was of the belief the victim was 18.

[4] Approximately two weeks before the second incident, Mr. Peterson found out that the victim was younger than he first believed.

[5] The second incident took place at the home of the victim. She contacted the accused, and told him “she had a gift for him”. The gift referred to was a shirt she had purchased. While Mr. Peterson was in her home, the two “engaged in a sexual act

and there was penile penetration of her vagina for a brief period which [Mr. Peterson] himself broke off" (transcript at p. 38, lines 16-21).

[6] Mr. Peterson subsequently related what had transpired between he and the victim to a third party, who then informed another individual, and this information was eventually brought to the attention of the police by the latter individual.

[7] The transcript of the sentencing hearing contains the following statement by the Crown, describing Mr. Peterson's conversation with the police:

> **[THE CROWN]:** Mr. Peterson also advised the Officer that he thought [the victim] was 15 years old at the time, and that he had found that – this out approximately two weeks before the sex [act] took place.
>
> [transcript at p.15, lines 5-8]

[8] When Mr. Peterson addressed the court at the sentencing hearing, he stated as follows:

> **MR. PETERSON:** […] I thought she was 18; she told me she was 18 the whole first of the time, and then she said she was a little bit younger, right, so okay, almost 16, right. Probably 16. So then I was like, you know what; we can't do this no more. We can't do anything, right.
>
> [transcript at p. 32, lines 16-21]

[9] He went on to say:

> I never knew she was under the age. She said she was a lower age. Not 18. After she lied to me. […]
>
> [transcript at p. 33, lines 18-20]

III. Issues

[10] The appellant frames the issues as follows:

(a) The sentencing judge erred in principle by failing to properly apply the principles of sentencing. In particular, the sentencing judge erred by:

(i) considering the complaint's consent as a mitigating factor;

(ii) failing to give effect to the objectives of denunciation and general deterrence; and

(iii) overemphasizing the consequences to the Respondent of a criminal conviction.

(b) The sentencing judge erred by imposing a sentence that was clearly unreasonable.

IV. Law and Analysis

A. *Standard of Review*

[11] The appellant recognizes the challenge of a Crown appeal on sentence, and acknowledges considerable deference is owed to the sentencing judge. In *R. v. Steeves*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88, Chief Justice Drapeau provided a thorough analysis of the law as it pertains to the standard of review in sentence appeals:

> I begin by focusing, once again, on the standard of appellate review in sentencing matters and reiterating the elements of that standard that point to deference for the outcome in first instance. I do so principally for the following reasons: (1) to reemphasize that corrective action on appeal in such matters is, as a practical matter, quite rare, a state of affairs that flows naturally from the very limited opening for principled appellate intervention; and (2) to provide guidance in relation to the nature of the complaints that might open the door to such intervention.

The jurisdiction of appellate courts on sentence reviews is delineated in s. 687(1) of the *Criminal Code*, which states:

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,	687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :
(*a*) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or	*a*) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
(*b*) dismiss the appeal.	*b*) soit rejeter l'appel.

Thus, Parliament's instruction to appellate courts is, at least from a textual standpoint, relatively straightforward: it is the fitness of the impugned sentence that stands to be considered. Numerous pronouncements emanating from the Supreme Court of Canada make plain that the concept of "fitness" is not limited to an assessment of quantum.

Indeed, courts of appeal may be required to consider whether the sentence imposed is lawful. The most obvious illustration of unfitness as a matter of law involves the sentencing judge's failure to comply with prescribed minimum or maximum punishments (see *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, [2000] S.C.J. No. 19 (QL), 2000 SCC 18; *R. v. Fice*, [2005] 1 S.C.R. 742, [2005] S.C.J. No. 30 (QL), 2005 SCC 32; and *R. v. LeBlanc (D.)* (2005), 279 N.B.R. (2d) 121, [2005] N.B.J. No. 21 (QL), 2005 NBCA 6). For other examples of sentence appeals that turned on points of law, see *R. v. Middleton*, [2009] 1 S.C.R. 674, [2009] S.C.J. No. 21 (QL), 2009 SCC 21, *R. v. Sinclair* (1972), 6 C.C.C. (2d) 523, [1972] O.J. No. 345 (QL) (C.A.), *R. v. Robillard*, (1985), 22 C.C.C. (3d) 505, [1985] J.Q. No. 353 (QL) (C.A.), *R. v. Amaralik* (1984), 16 C.C.C.(3d) 22, [1984] N.W.T.J. No. 42 (QL) (C.A.) and *R. v. Drost* (1996), 172 N.B.R. (2d) 67 (C.A.), [1996] N.B.J.

No. 23 (QL). Of course, no deference is owed to the sentencing court's quantum selection when it is challenged on a point of law.

Appellate courts may also be called upon to determine whether the contested sentence reflects a proper application of the principles of sentencing. Most of those principles are now codified in Part XXIII of the *Criminal Code*. It is axiomatic that, while great deference is owed to the sentencing judge's weighting of the relevant factors, correctness is the standard by which his or her understanding of the governing principles is reviewed on appeal.

Finally, courts of appeal may engage in a consideration of the quantum itself. Here, once again, great deference is owed to the sentencing judge's judgment-call. The sentence under consideration will be at risk of variation if, and only if, it is a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes.

In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable (see *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL), at paras. 46-48; *R. v. Solowan*, [2008] 3 S.C.R. 309, [2008] S.C.J. No. 55 (QL), 2008 SCC 62, at para. 16; *R. v. L.M.*, [2008] 2 S.C.R. 163, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31, at paras. 14-15; and *R. v. C.A.C.* (2009), 349 N.R.B. (2d) 265, [2009] N.B.J. No. 342 (QL), 2009 NBCA 68 (Bell, J.A. for the Court, at para. 4)). If the sentence at issue is the result of reversible error, the court of appeal bears the burden of prescribing the punishment that it considers fit in the circumstances.

In *R. v. R.K.J.* (1998), 207 N.B.R. (2d) 24 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 483 (QL), the Court framed the applicable standard of review in this way:

> It is the undoubted duty of this Court to review the fitness of any sentence imposed. That it must do so bearing in mind the privileged position occupied by the trial judge is settled law. All agree that the sentencing process is hardly an exact science. It is a

> subjective process which features a large measure of discretion. The intrinsically discretionary nature of the sentence decision explains, at least in part, the Supreme Court's insistence on a deferential approach to all sentence reviews. See *R. v. Shropshire (M.T.)*, [1995] 4 S.C.R. 227 […], *R. v. M.(C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500 […], and *R. v. MacDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 305. […]
>
> Nevertheless, deference has its limits, and this Court is duty bound to vary a sentence in appropriate circumstances. Indeed, if the sentencing court commits an error of law or an error in principle, or if the sentence imposed is clearly unreasonable, there is no longer room for deference and this Court is required to impose the sentence which it considers fit. See *R. v. F.S.A.* (1996), 182 N.B.R. (2d) 20 (C.A.) […], and *R. v. Melanson (E.R.)* (1998), 199 N.B.R. (2d) 338 (C.A.). […]
>
> In this context, an error in law most commonly occurs as a result of a misapprehension of the evidence or a misapplication of judicial precedents. As for an error in principle, it typically involves one or more of the following: the application of wrong sentencing principles, a failure to consider relevant factors or the taking into account of irrelevant considerations. As well, there will be cases where the failure to give proper weight to each relevant circumstance will amount to an error in principle. (Our court will necessarily be slow to find an error of this nature for, if it was otherwise, professions of deference would soon ring hollow.) Finally, a sentence will be clearly unreasonable where it is either inordinately long or inordinately short. It will reach this level only if it is a substantial and marked departure from the sentence customarily imposed for similarly situated offenders committing similar crimes.

A few years later, in *R. v. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 N.B.R. (2d) 341, [2003] N.B.J. No. 398 (QL), 2003 NBCA 75, the Court endeavoured to provide guidance to litigants and counsel, and to structure its own approach to sentence appeals by articulating the following analytical framework:

> […] intervention on appeal against sentence is inappropriate unless at least one of the following questions is answered affirmatively: (1) Is the sentence the result of an error of law? (2) Did the sentencing judge err in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the fundamental purpose and objectives of sentencing (s. 718), as well as the principles enunciated in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*? […]
>
> [paras. 19-27]

[12] In summary, the Crown can only succeed in the present case if it establishes at least one of the following:

1. The sentence was the result of an error of law;

2. The sentencing judge erred in principle in the exercise of his discretion, or;

3. The sentence was clearly unreasonable.

B. *The Sentence Requested*

[13] At the sentencing hearing, the Crown requested four to six months incarceration. Counsel for Mr. Peterson requested either a community based sentence or, if incarceration was ordered, a sentence of three months or less to be served intermittently. The explanation provided for the intermittent sentence was to allow Mr. Peterson to continue working. The Crown was opposed to an intermittent sentence, and also argued, rightly, that a community based (that is to say conditional) sentence was not a permissible option for this offence. The Crown repeated its belief that the appropriate range was four to six months.

C. *The Sentence Imposed*

[14] The sentencing judge reviewed the principles of sentencing as found in s. 718 of the *Code*. He correctly referred to s. 718.01, which is directly applicable to the facts of this case:

> When a Court imposes a sentence for an offence that involved the abuse of a person under the age of eighteen years, it shall give primary consideration to the objectives of denunciation and deterrence of such conduct.

[15] That said, the sentencing judge did not quote the applicable section as written. What he said was:

> When a Court imposes a sentence for an offence that involved the abuse of a person under the age of 18 years, it should be a primary consideration to the objectives of denunciation and deterrence of such conduct.
>
> [transcript at p. 40, lines 8-12]

[16] To my mind, the distinction between the two is significant. The *Code* states the court <u>shall</u> give primary consideration to denunciation and deterrence. The sentencing judge used the word <u>should</u>, and given the sentence he went on to impose, I am of the opinion he did not follow the dictates of Parliament. On that basis, I find reversible error, and would set aside the sentence.

[17] The sentencing judge dealt with specific deterrence, that is, imposing a sentence which would deter Mr. Peterson from committing this same offence again, succinctly but not unreasonably. He was convinced Mr. Peterson accepted his mistake, had learned from it, was not a danger to reoffend, and did not require any further deterrence. The problem lies not with specific deterrence, but with general deterrence and denunciation.

[18] After outlining the mitigating factors present in the case, which I explore later in these reasons, the sentencing judge transitioned to a discussion of s. 730(1) of the *Code*, which provides for conditional and absolute discharges. He then went on to analyze whether a conditional discharge should be imposed by following the approach taken in *R. v. Fallofield*, [1973] B.C.J. No. 559 (C.A.) (QL). The sentencing judge first considered if a conditional discharge would be in the best interests of the accused, and concluded that it was. He next considered whether such a sentence would be in the public interest, and reached the same conclusion:

> […] Considering all the factors and also considering the manner in which I craft the conditional discharge, I believe it is in the public interest that the accused receive a conditional discharge.
>
> [transcript at pp. 45-46, lines 21-25]

[19] I note the sentencing judge provided no rationale whatsoever for having reached this conclusion. He simply stated imposing a conditional discharge on Mr. Peterson was "in the public interest". I disagree. Given the facts of this case, a conditional discharge was not a reasonable or fit sentence. There is little in the way of denunciation and general deterrence to be found in such a sentence. That said, I do not foreclose the possibility that such a disposition is available in cases of sexual assault involving a victim who is under 16 years of age, but I will state categorically that such instances will be rare, and entirely fact specific. I will not engage in the exercise of crafting one or more hypothetical scenarios when a conditional discharge may be a reasonable and fit sentence; I merely acknowledge it is within the realm of possibility, and more importantly, its use in offences of this type has not been prohibited by Parliament.

[20] In the end, the sentencing judge granted a conditional discharge and placed Mr. Peterson on supervised probation for a period of six months.

[21] I will add one final comment on the imposition of a conditional discharge in this case: in terms of severity, it falls well below what even defence counsel proposed. The sentencing judge recognized he was doing so:

> […] I fully realize in granting a conditional discharge I am going outside the parameters presented to me by the [defence counsel] and the crown. However, I feel it is appropriate in the circumstances and incumbent upon any sentencing judge to look beyond what the respected positions of the parties are, particularly in the case of a youthful offender.
>
> [transcript at 46, lines 1-8]

[22] With respect, if a sentencing judge is considering imposing a sentence significantly more lenient than what has been proposed, it is appropriate to provide counsel with an opportunity to make submissions on point. In this instance, counsel should have been afforded an opportunity to speak to the appropriateness of a conditional discharge.

D. *A Crime at Law*

[23] I must address what I consider to be a clear error on the part of the sentencing judge in his references to Mr. Peterson being guilty of a crime in law, but not in fact. For example, the transcript discloses that on sentencing, the judge said, "With all due respect this was a crime at law but possibly not in fact due to the fact it was consensual sex on the part of both parties as I have previously commented". To my mind, there is no such legal construction. It is the law, when applied to the facts of a given case, which determines guilt. One cannot be guilty in law, but not guilty in fact. The use of such terminology only serves to confuse the general public, and suggests that perhaps certain acts are not really worthy of guilt, but are rendered so by the application of an overly rigid or unreasonable law. If one is guilty in law, one is by definition guilty in fact. As well, such phraseology may serve to undermine the seriousness of the offence.

E. *Consent & Consensual*

[24] This leads me to another equally troubling aspect of the decision: the use of the terms "consent" and "consensual" to describe the actions of the victim in this case. A person under the age of 16 cannot consent to a sexual act. She or he may be a willing participant in the sexual activity. She or he may not have been forced to take part. Whatever the scenario, the law is clear that consent cannot be given. The quote in the preceding paragraph is one example of the sentencing judge mischaracterizing the actions of the victim. Earlier in the transcript, these words were employed by the sentencing judge: "I stress that both incidents were consensual in fact… However, the consent may have been in fact, but was not at law…It was a consensual sexual event" (transcript at p. 39, lines 1-10). He later goes on to state: "The Crown acknowledges that it was consensual sex in fact" (transcript at p. 41, lines 15-16). I take issue with all such characterizations. There was no consent, and the acts were not consensual. I need elaborate no further on these points.

F. *Mitigating Factors*

[25] The sentencing judge considered six mitigating factors in arriving at what he felt was a fit sentence:

1. Mr. Peterson pled guilty prior to trial and as a result spared the victim of the necessity of testifying in court;

2. Mr. Peterson was a youthful offender at 22 years of age;

3. Mr. Peterson came before the court as a first-time offender with no prior criminal record whatsoever;

4. there was a "reasonably favorable" pre-sentence report;

5. Mr. Peterson showed genuine remorse for his actions; and

6. Mr. Peterson was gainfully employed with child support obligations he intended to fulfill.

[26] I take no issue with the mitigating factors as outlined by the sentencing judge, and agree that these points were in Mr. Peterson's favour and it was appropriate for the judge to consider them. It was obvious that the sentencing judge also placed considerable weight on the fact that the sexual acts were not forced upon the victim, and that she was a willing participant. The sentencing judge did not include this point in the list of mitigating factors, and rightly so. The fact that the acts were not violent or forced upon the victim can only be viewed in one context, which is that violence/force was not present as an aggravating factor. Although not enumerated as a mitigating factor, it is clear the sentencing judge considered Mr. Peterson's stated desire to pursue a career in law enforcement. I would attach little, if any weight to this point, especially given that there was no information before the court to suggest Mr. Peterson was actively pursuing such a goal.

G. *The Order Pursuant to the Sex Offender Information Registration Act*

[27] Near the conclusion of the sentencing hearing, and after the sentencing judge had imposed the conditional discharge, a discussion took place between the judge and counsel with respect to the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10 and whether or not an order should issue pursuant to that statute. It was agreed that the offence in this matter is a primary designated offence. The discussion then shifted to whether or not a conditional discharge was in fact a "sentence" which would attract a sex offender registry order.

[28] Crown counsel suggested an absolute discharge would not allow for such an order, but a conditional discharge would, arguing "a conditional discharge…with a

period of probation…is a sentence because if he doesn't comply with the terms of probation, he can come back before the court" (transcript at p. 51, lines 14-20). Defence counsel agreed, and the judge made the order. Although not raised as an issue on appeal, and rendered moot given my ultimate determination of the appeal, I feel it important to comment.

[29] The Ontario Court of Appeal, per Blair J.A., considered this issue in *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, [2008] O.J. No. 1567 (QL):

> Moreover, there is at least some minimal screening built into the operation of *Christopher's Law* [the sex offender registry]. The registration requirements do not apply (with two exceptions) to young persons within the meaning of the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 [repealed] or the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1. Further, they apply only to persons "convicted" of a designated sex offence. Accordingly, they do not catch those who receive absolute or conditional discharges. Discharges are available for a number of the designated offences, including sexual assault, sexual exploitation, and sexual interference. Although such a disposition may be unusual where there has been a finding of guilt for a sexual offence – simply because of the seriousness of the crime and the implications of a finding of guilt – it is likely to be imposed in exactly the kind of situations where an exemption from registration might otherwise be thought to be appropriate. Indeed, in at least one case a conditional discharge was granted expressly for the purpose of avoiding the application of *Christopher's Law*: see *R. v. Troutlake* (2002), 56 W.C.B. (2d) 100 (Ont.C.J.).
>
> [para. 135] [Emphasis added.]

[30] If a sentencing judge cannot issue an order pursuant to the *Sex Offender Information Registration Act* in a case such as this where a conditional discharge has been granted, it serves to further erode what little denunciation and general deterrence there may otherwise have been.

H. *Imposing a Fit Sentence*

[31] Having determined the sentence imposed did not respect the principles of sentencing by failing to give adequate weight to denunciation and general deterrence, and as a result was neither reasonable nor fit, it is my opinion the conditional discharge must be set aside. I must therefore impose a sentence which I believe to be fit. Given the facts of this case, and considering the spectrum of sexual assault scenarios, this case is far less serious than many. There was no violence, Mr. Peterson broke off the more serious of the two sexual encounters almost immediately after it began, he believed prior to the first encounter that the victim was 18 because she had told him as much, he entered a guilty plea and spared the victim the ordeal of testifying at a trial, he has shown remorse, he had no criminal record of any kind, he was a youthful offender, and he was at the time of his sentencing hearing gainfully employed and facing child support obligations (although these were not being enforced at the time). On the other side of the scale, the victim was 14 years of age, and this alone is tremendously significant. Mr. Peterson, by his own admission, knew prior to the second encounter (which involved sexual intercourse, albeit only briefly), the victim was not 18, and may have been 15 years old. It must be made abundantly clear that actions such as Mr. Peterson's are not acceptable, are criminal in nature, and will attract serious consequences. I would impose a sentence of incarceration of three months.

V. Disposition

[32] I would grant leave to appeal the sentence, and allow the appeal. I would set aside the decision of the sentencing judge to grant a conditional discharge, and impose a sentence of incarceration for a period of three months. The ancillary orders with respect to the provision of a sample of bodily substances, pursuant to section 487.05 of the *Code*, and a prohibition from the possession of firearms and other weapons, pursuant to section 109(2) of the *Code* stand. In addition, pursuant to section 490.012 of the *Code*, Mr. Peterson is ordered to comply with the provisions of the *Sex Offender Information Registration Act* for a period of 20 years.

[33] Almost one year has passed since Mr. Peterson received his conditional discharge. He was placed on supervised probation for a period of six months, which has long since elapsed. He was ordered to pay $1,000 to the Provincial Court "for the purposes of a charitable donation for the benefit of any charity chosen by [Mr. Peterson] whose primary purpose is to benefit children or young persons" (transcript at p. 47, lines 11-14). This he did by making a contribution to the regional children's hospital, the IWK. I make no comment on the practice of issuing such orders. There has been no suggestion Mr. Peterson failed to meet any of the conditions imposed by the sentencing judge.

[34] Given the above, I see no benefit to be had by requiring Mr. Peterson to be incarcerated. The objectives of general deterrence and denunciation are sufficiently met by the imposition of the three-month sentence, which I deem to be appropriate given the very specific facts of this case. After this much time, the sentence of incarceration need not be actually served. I would therefore stay Mr. Peterson's sentence. But for the stay, I would have acceded to the request the sentence be served intermittently, in order to permit Mr. Peterson to remain gainfully employed and able to meet his child support obligations.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RICHARD (dissident en partie)

[1] J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue et je suis entièrement d'accord avec lui pour conclure que l'appel doit être accueilli et que la décision du juge qui a déterminé la peine doit être annulée. Ce n'est que pour ce qui concerne la justesse de la peine, compte tenu du crime commis, que je ne souscris pas à ses motifs. Je serais d'avis de modifier la peine et d'infliger un emprisonnement de six mois, peine qui se situe à la limite supérieure de la fourchette sollicitée par le poursuivant.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] L'intimé, M. Peterson, a été accusé d'agression sexuelle, infraction visée à l'al. 271(1)*a*) du *Code criminel*. M. Peterson a choisi d'être jugé par un juge de la Cour provinciale et il a plaidé non coupable. Il a subséquemment modifié son plaidoyer et inscrit un plaidoyer de culpabilité. À la suite de l'audience de détermination de la peine, M. Peterson a obtenu l'absolution sous conditions. Le ministère public sollicite maintenant l'autorisation d'interjeter appel de cette peine.

II. Le contexte

[2] M. Peterson et la victime étaient collègues de travail à un restaurant-minute. Pendant toute la période pertinente, M. Peterson était âgé de vingt-deux ans. La victime avait initialement dit à M. Peterson qu'elle était âgée de dix-huit ans. Elle n'avait en fait que quatorze ans et a avoué, plus tard, à M. Peterson qu'elle n'avait pas dix-huit ans.

[3] Il y a eu deux incidents qui ont donné lieu au dépôt de l'accusation d'agression sexuelle. Le premier s'est produit le 12 janvier 2010, pendant que M. Peterson et la victime étaient au travail. Un superviseur a demandé à M. Peterson d'expliquer à la victime comment nettoyer les toilettes. L'incident s'est produit dans les toilettes et il a consisté dans le fait que la victime a fait une fellation à M. Peterson. À ce moment-là, M. Peterson croyait que la victime avait dix-huit ans.

[4] Environ deux semaines avant le deuxième incident, M. Peterson a appris que la victime était plus jeune qu'il ne l'avait d'abord cru.

[5] Le deuxième incident a eu lieu au domicile de la victime. Elle a communiqué avec l'accusé et lui a dit [TRADUCTION] qu'« elle avait un cadeau pour lui ». Le cadeau en question était une chemise qu'elle avait achetée. Pendant que M. Peterson était chez elle, ils se sont [TRADUCTION] « livrés à un acte sexuel et il y a eu, pendant une courte période, pénétration du pénis dans son vagin, pénétration que [M. Peterson] a lui-même interrompue » (p. 38 de la transcription, lignes 16 à 21).

[6] M. Peterson a subséquemment raconté ce qui s'était passé entre la victime et lui à un tiers, qui en a ensuite informé une autre personne et pour finir, cette dernière personne a porté ce renseignement à l'attention de la police.

[7] La transcription de l'audience de détermination de la peine contient la déclaration suivante du substitut du procureur général dans laquelle il décrit la conversation de M. Peterson avec les policiers :

> [TRADUCTION]
> **[LE PROCUREUR] :** M. Peterson a aussi dit au policier qu'il pensait que [la victime] était âgée de quinze ans à ce moment-là, et qu'il l'avait appris – avait appris cela environ deux semaines avant que l'[acte] sexuel n'ait lieu.
> [P. 15 de la transcription, lignes 5 à 8]

[8] Lorsque M. Peterson s'est adressé à la Cour à l'audience de détermination de la peine, il a dit ceci :

> [TRADUCTION]
> **M. PETERSON :** […] Je pensais qu'elle avait dix-huit ans; elle m'avait dit qu'elle avait dix-huit ans, tout le temps, la première fois, et ensuite elle m'a dit qu'elle était un peu plus jeune, bien, donc presque seize ans, d'accord. Probablement seize ans. Donc, ensuite, j'ai plutôt dit « tu sais quoi, nous ne pouvons plus faire ça. Nous ne pouvons rien faire, d'accord ».
> [P. 32 de la transcription, lignes 16 à 21]

[9] Il a ensuite ajouté ceci :

> [TRADUCTION]
> Je n'ai jamais su qu'elle était mineure. Elle a dit qu'elle était moins âgée. Qu'elle n'avait pas dix-huit ans. Après qu'elle m'a menti. […]
> [P. 33 de la transcription, lignes 18 à 20]

III. Les questions à trancher

[10] L'appelante énonce ainsi les questions à trancher :

> [TRADUCTION]
> (a) Le juge qui a déterminé la peine a commis une erreur de principe en n'appliquant pas convenablement les principes de détermination de la peine. Plus précisément, le juge qui a déterminé la peine a commis les erreurs suivantes :
>
> (i) il a considéré le consentement de la plaignante comme une circonstance atténuante;
>
> (ii) il n'a pas donné effet aux objectifs que sont la dénonciation et la dissuasion générale;
>
> (iii) il a trop insisté sur les conséquences qu'aurait pour l'intimé une déclaration de culpabilité.
>
> (b) Le juge qui a déterminé la peine a commis une erreur en infligeant une peine qui était manifestement déraisonnable.

IV. Règles de droit et analyse

A. *La norme de contrôle*

[11] L'appelante reconnaît le défi qui se pose lorsque le ministère public interjette appel d'une peine et reconnaît qu'il y a lieu de faire preuve d'une déférence considérable envers le juge qui a déterminé la peine. Dans l'arrêt *R. c. Steeves*, 2010

NBCA 57, 360 R.N.-B. (2e) 88, le juge en chef Drapeau a fait une analyse approfondie des règles de droit ressortissant à la norme de contrôle applicable à l'appel d'une peine :

> Mon analyse s'ouvre par un retour sur la norme de contrôle applicable en matière de détermination de la peine, et sur les éléments de cette norme qui engagent à faire preuve de déférence envers le tribunal de première instance. J'y reviens avant tout pour les raisons suivantes : (1) je souhaite souligner encore une fois qu'il est plutôt rare, en pratique, que des mesures correctrices soient accordées en appel dans les causes de ce genre, car il y a peu d'ouverture pour une intervention de la cour d'appel qui soit bien fondée; (2) je me propose de donner des indications sur la nature des griefs qui pourraient autoriser cette intervention.
>
> Le par. 687(1) du *Code criminel* délimite la compétence des cours d'appel en matière de contrôle d'une sentence :

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,	687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :
(*a*) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or	*a*) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
(*b*) dismiss the appeal.	*b*) soit rejeter l'appel.

> Les prescriptions du législateur sont donc relativement simples, du moins par leur texte : les cours d'appel sont tenues de considérer la justesse de la sentence contestée. Il se dégage nettement de nombreuses déclarations de la Cour suprême du Canada que le concept de « justesse » n'intéresse pas que l'importance de la sentence prononcée.

De fait, il peut arriver que les cours d'appel aient à juger de la conformité de la sentence au droit. Le cas le plus évident de non-justesse d'une sentence, en droit, se présente lorsque le juge chargé de la détermination de la peine n'inflige pas la sanction minimale ou maximale prescrite (*R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, [2000] A.C.S. n° 19 (QL), 2000 CSC 18; *R. c. Fice*, [2005] 1 R.C.S. 742, [2005] A.C.S. n° 30 (QL), 2005 CSC 32; et *R. c. LeBlanc (D.)* (2005), 279 R.N.-B. (2e) 121, [2005] A.N.-B. n°21 (QL), 2005 NBCA 6). Dans les décisions suivantes, de même, l'appel interjeté de la sentence était axé sur un point de droit : *R. c. Middleton*, [2009] 1 R.C.S. 674, [2009] A.C.S. n° 21 (QL), 2009 CSC 21, *Regina c. Sinclair* (1972), 6 C.C.C. (2d) 523, [1972] O.J. No. 345 (QL) (C.A.), *Regina c. Robillard* (1985), 22 C.C.C. (3d) 505, [1985] J.Q. n° 353 (QL) (C.A.), *Regina c. Amaralik* (1984), 16 C.C.C. (3d) 22, [1984] N.W.T.J. n° 42 (QL) (C.A.) et *R. c. Drost (L.B.)* (1996), 172 R.N.-B. (2e) 67, [1996] A.N.-B. n° 23 (C.A.). Bien sûr, le tribunal d'appel n'est tenu à aucune déférence lorsque la peine choisie par le juge chargé de la déterminer est contestée sur un point de droit.

Les tribunaux d'appel peuvent en outre avoir à déterminer si la sentence contestée témoigne d'une application appropriée des principes de détermination de la peine. Aujourd'hui, pour la plupart, ces principes sont devenus loi et se retrouvent dans la partie XXIII du *Code criminel*. Il est acquis que, quoique le poids que le juge chargé de déterminer la peine a accordé aux facteurs pertinents requière une grande déférence, la norme de contrôle applicable en appel à sa compréhension de ces principes est celle de la décision correcte.

Enfin, les tribunaux d'appel peuvent entreprendre d'examiner l'importance proprement dite de la peine contestée. Encore une fois, ici, une grande déférence s'impose envers le choix du juge chargé de la détermination de la peine. Une modification ne sera envisageable qu'à la stricte condition que la peine constitue un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables.

En somme, une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui

était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n° 52 (QL), par. 46 à 48; *R. c. Solowan*, [2008] 3 R.C.S. 309, [2008] A.C.S. n° 55 (QL), 2008 CSC 62, par. 16; *R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, [2008] A.C.S. n° 31 (QL), 2008 CSC 31, par. 14 et 15; *R. c. C.A.C.* (2009), 349 R.N.-B. (2e) 265, [2009] A.N.-B. n° 342 (QL), 2009 NBCA 68 (le juge d'appel Bell, au nom de la Cour, par. 4)). Si la sentence est le fruit d'une erreur qui justifie de l'infirmer, il incombe à la cour d'appel de prescrire le châtiment qu'elle estime juste dans les circonstances.

Dans *R. c. R.K.J.* (1998), 207 R.N.-B. (2e) 24 (C.A.), [1998] A.N.-B. n° 483 (QL), notre Cour a formulé ainsi la norme de contrôle applicable :

> [TRADUCTION]
> Il ne fait aucun doute que notre Cour a le devoir d'examiner la justesse de toute peine infligée. Il est bien établi en droit qu'elle doit le faire en tenant compte de la position privilégiée qu'occupait la juge du procès. Tous s'entendent pour reconnaître que la détermination de la peine est loin d'être une science exacte. C'est un processus subjectif caractérisé par un vaste pouvoir discrétionnaire. La nature intrinsèquement discrétionnaire de la détermination de la peine explique, en partie du moins, pourquoi la Cour suprême du Canada insiste pour que l'on fasse preuve de retenue en révisant une peine quelle qu'elle soit. Voir *R. c. Shropshire* [...], [1995] 4 R.C.S. 227 [...], *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 [...] et *R. c. MacDonnell* [...], [1997] 1 R.C.S. 305[.]
>
> La retenue a néanmoins ses limites et notre Cour a le devoir de modifier une peine lorsque les circonstances l'exigent. D'ailleurs, si le tribunal qui prononce la peine commet une erreur de droit ou une erreur de principe, ou si la peine infligée est nettement déraisonnable, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue et notre Cour a l'obligation d'infliger la peine qu'elle estime convenable. Voir *R. c. F.S.A.* (1996), 182 R.N.-B. (2e) 20 [...] (C.A.) et *R. c. Melanson (E.R.)* (1998), 199 R.N.-B. (2e) 338. [...] (C.A.).

> Dans ce contexte, les erreurs de droit surviennent le plus souvent parce que le juge a mal interprété la preuve ou mal appliqué les précédents. En ce qui concerne les erreurs de principe, elles consistent le plus souvent dans l'une ou l'autre des erreurs suivantes : l'application des mauvais principes de détermination de la peine, l'omission de tenir compte de facteurs pertinents ou la prise en compte de considérations non pertinentes. De plus, il arrive que l'omission de reconnaître l'importance voulue à chaque circonstance pertinente équivaille à une erreur de principe. (Notre Cour hésitera nécessairement à reconnaître l'existence d'une erreur de cette nature, [sinon], les professions de retenue seraient indubitablement vides de sens.) Finalement, une peine est nettement déraisonnable si elle est excessivement longue ou excessivement courte. Cela ne se produit que si elle constitue un écart important et marqué par rapport à la peine habituellement infligée à des délinquants qui se trouvent dans la même situation et qui commettent des crimes semblables.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *R. c. LeBlanc (G.A.)* (2003), 264 R.N.-B. (2e) 341, [2003] A.N.-B. no 398 (QL), 2003 NBCA 75, notre Cour a voulu guider plaideurs et avocats, ainsi que structurer la façon dont elle aborde les appels interjetés de sentences, par le cadre d'analyse suivant :

> […] lorsqu'il y a appel de la peine ou de la sentence, l'intervention [est] contre-indiquée à moins que l'on ne réponde par l'affirmative à au moins une des questions suivantes : (1) La peine est-elle le résultat d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? (3) La peine est-elle manifestement déraisonnable compte tenu de l'objet et des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine (art. 718) ainsi que des principes énoncés aux articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*?
>
> [Par. 19 à 27]

[12] En résumé, le ministère public ne peut avoir gain de cause en l'espèce que s'il établit l'existence d'au moins un des éléments suivants :

1. la peine est le résultat d'une erreur de droit;

2. le juge qui a déterminé la peine a commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire;

3. la peine infligée est manifestement déraisonnable.

B. *La peine demandée*

[13] À l'audience de détermination de la peine, le ministère public a demandé un emprisonnement de quatre à six mois. L'avocat de M. Peterson a demandé soit une peine à purger dans la collectivité soit, pour le cas où l'emprisonnement serait ordonné, une peine de trois mois ou moins à purger de façon discontinue. L'explication donnée en ce qui concerne la peine discontinue était qu'elle permettrait à M. Peterson de continuer à travailler. Le ministère public était opposé à une peine discontinue et il a également fait valoir, à juste titre, qu'une peine à purger dans la collectivité (c'est-à-dire une peine d'emprisonnement avec sursis) n'était pas une peine permise pour l'infraction dont il s'agissait. Le ministère public a réitéré sa conviction que l'échelle appropriée était une échelle de quatre à six mois.

C. *La peine infligée*

[14] Le juge qui a déterminé la peine a examiné les principes de détermination de la peine qui sont énoncés à l'art. 718 du *Code*. À bon droit, il s'est reporté à l'art. 718.01, qui est directement applicable aux faits de la présente instance :

> Le tribunal qui impose une peine pour une infraction qui constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans accorde une attention

> particulière aux objectifs de dénonciation et de dissuasion d'un tel comportement.

[15] Cela dit, le juge qui a déterminé la peine n'a pas cité textuellement l'article applicable. Voici ce qu'il a dit :

> [TRADUCTION]
> Le tribunal qui impose une peine pour une infraction qui constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne âgée de moins de dix-huit ans devrait accorder une attention particulière aux objectifs de dénonciation et de dissuasion d'un tel comportement.
> [P. 40 de la transcription, lignes 8 à 12]

[16] À mes yeux, la différence entre les deux est importante. Le *Code* dit que le tribunal accorde une attention particulière à la dénonciation et à la dissuasion. Le juge qui a déterminé la peine a employé les mots devrait accorder et, compte tenu de la peine qu'il a ensuite infligée, j'estime qu'il n'a pas respecté les prescriptions du législateur. Pour ce motif, je conclus à l'existence d'une erreur justifiant l'infirmation de sa décision et je suis d'avis d'annuler la peine prononcée.

[17] Le juge qui a déterminé la peine a traité de la question de la dissuasion spécifique, c'est-à-dire de l'infliction d'une peine qui aurait dissuadé M. Peterson de commettre de nouveau la même infraction, d'une façon succincte mais non déraisonnable. Il était convaincu que M. Peterson avait reconnu son erreur, en avait tiré des leçons, ne présentait aucun risque de récidive et n'avait plus besoin de dissuasion. Le problème ne tient pas à la dissuasion spécifique, mais à la dissuasion générale et à la dénonciation.

[18] Après avoir souligné les circonstances atténuantes présentes en l'espèce, que j'examine plus loin dans les présents motifs, le juge qui a déterminé la peine a entrepris d'examiner le par. 730(1) du *Code*, où il est question des absolutions inconditionnelles et sous conditions. Il a ensuite analysé la question de savoir s'il y avait lieu de prononcer l'absolution sous conditions en suivant la démarche adoptée dans

l'arrêt *R. c. Fallofield*, [1973] B.C.J. No. 559 (C.A.) (QL). Le juge qui a déterminé la peine s'est d'abord demandé s'il y allait de l'intérêt véritable de l'accusé que celui-ci soit absous à certaines conditions et il a conclu que oui. Il s'est ensuite demandé si une peine de cette nature servirait l'intérêt public et il en est arrivé à la même conclusion :

> [TRADUCTION]
> […] Compte tenu de l'ensemble des facteurs et compte tenu également des conditions dont j'accompagne l'absolution, je crois qu'il est dans l'intérêt public que l'accusé obtienne l'absolution sous conditions.
> [P. 45 et 46 de la transcription, lignes 21 à 25]

[19] Je souligne que le juge qui a déterminé la peine n'a absolument pas expliqué pour quelle raison il en est arrivé à cette conclusion. Il a simplement dit que l'absolution sous conditions de M. Peterson était [TRADUCTION] « dans l'intérêt public ». Je ne souscris pas à sa conclusion. Étant donné les faits de la présente instance, l'absolution sous conditions n'était pas une peine raisonnable ou appropriée. Cette peine n'accomplit pas grand-chose sur le plan de la dénonciation et de la dissuasion générale. Cela dit, je n'écarte pas la possibilité qu'une décision de ce genre puisse être rendue dans les cas d'agression sexuelle contre une victime âgée de moins de seize ans, mais j'affirme catégoriquement que ces situations sont rares et dépendent entièrement des faits. Je ne me livrerai pas à l'exercice qui consisterait à formuler une ou plusieurs hypothèses mettant en évidence des situations où l'absolution sous conditions pourrait constituer une peine raisonnable et appropriée; je reconnais simplement qu'il s'agit d'une possibilité et, ce qui est plus important encore, le recours à l'absolution sous conditions pour des infractions de cette nature n'a pas été interdit par le législateur.

[20] Au bout du compte, le juge qui a déterminé la peine a accordé l'absolution sous conditions et a condamné M. Peterson à une probation de six mois sous surveillance.

[21] J'ajouterai un dernier commentaire sur le prononcé de l'absolution sous conditions en l'espèce : sur le plan de sa sévérité, cette peine se situe bien en deçà de ce

que l'avocat de la défense lui-même avait proposé. Le juge qui a déterminé la peine a reconnu que c'était le cas :

> [TRADUCTION]
> […] Je me rends parfaitement compte qu'en accordant l'absolution sous conditions, je sors des paramètres que m'ont présentés [l'avocat de la défense] et le substitut du procureur général. Toutefois, j'estime qu'il est indiqué dans les circonstances et qu'il incombe à tout juge chargé de déterminer la peine de voir au-delà de ce que sont les positions respectées des parties, tout particulièrement dans le cas d'un jeune délinquant.
> [P. 46 de la transcription, lignes 1 à 8]

[22] En toute déférence, si le juge qui détermine la peine envisage d'infliger une peine beaucoup plus clémente que celle qui lui a été proposée, il est indiqué de donner aux avocats la possibilité de faire des observations à cet égard. En l'espèce, les avocats auraient dû avoir la possibilité de s'exprimer sur le bien-fondé d'une absolution sous conditions.

D. *Un crime en droit*

[23] Je dois examiner ce que je considère être une erreur manifeste qu'a commise le juge qui a déterminé la peine lorsqu'il a fait allusion, à quelques reprises, au fait que M. Peterson était coupable d'un crime sur le plan juridique, mais pas sur le plan factuel. Par exemple, la transcription révèle que lors du prononcé de la sentence, le juge a dit ceci : [TRADUCTION] « En toute déférence, il s'agit ici d'un crime en droit, mais peut-être pas en fait étant donné qu'il s'agissait de rapports sexuels consensuels entre les deux parties, comme je l'ai dit précédemment ». Il n'existe, à mon sens, aucune règle d'interprétation de cette nature. C'est le droit, appliqué aux faits d'une instance donnée, qui détermine la culpabilité. Nul ne saurait être coupable en droit sans l'être dans les faits. L'emploi d'expressions de ce genre ne sert qu'à semer la confusion dans le public et donne à penser que certains actes ne sont peut-être pas vraiment dignes d'entraîner la culpabilité, mais le deviennent par l'application d'une règle de droit trop rigide ou

déraisonnable. Si une personne est coupable en droit, elle est par définition coupable dans les faits. De plus, une phraséologie de cette nature peut avoir pour effet d'atténuer la gravité de l'infraction.

E. *Les mots consentement et consensuel*

[24] Cela m'amène à un autre aspect, tout aussi préoccupant, de la décision : l'emploi des mots [TRADUCTION] « consentement » et [TRADUCTION] « consensuel » pour décrire le comportement de la victime en l'espèce. Une personne de moins de seize ans ne peut consentir à un acte sexuel. Il se peut qu'elle participe volontairement à l'activité sexuelle. Il se peut qu'elle n'ait pas été forcée à y prendre part. Quelle que soit l'hypothèse retenue, il est clair en droit qu'aucun consentement ne peut être donné. La citation que l'on trouve au paragraphe précédent est un exemple de la façon erronée dont le juge qui a déterminé la peine a qualifié les actes de la victime. Plus tôt dans la transcription, on lit que le juge a employé les mots suivants : [TRADUCTION] « J'insiste sur le fait que les deux incidents ont été consensuels dans les faits […] toutefois, le consentement peut avoir existé en fait, mais pas en droit […] Il s'est agi d'une relation sexuelle consensuelle » (p. 39 de la transcription, lignes 1 à 10). Il a plus tard ajouté ceci : [TRADUCTION] « Le ministère public reconnaît qu'il s'est agi, dans les faits, de rapports sexuels consensuels » (p. 41 de la transcription, lignes 15 et 16). Je m'inscris en faux contre toute qualification de cet ordre. Il n'y a pas eu consentement et les actes n'étaient pas consensuels. Il est inutile que je m'étende davantage sur ces points.

F. *Les circonstances atténuantes*

[25] Le juge qui a déterminé la peine a pris six circonstances atténuantes en considération pour en arriver à ce qu'il estimait être une peine convenable :

1. M. Peterson a plaidé coupable avant le procès de sorte qu'il a dispensé la victime de la nécessité de témoigner devant la Cour.

2. M. Peterson était un jeune délinquant, étant âgé de vingt-deux ans.

3. M. Peterson a été traduit devant la Cour à titre de délinquant primaire n'ayant absolument aucun antécédent judiciaire.

4. Il y avait un rapport présentenciel [TRADUCTION] « raisonnablement favorable ».

5. M. Peterson a manifesté des remords sincères relativement à ses actes.

6. M. Peterson occupait un emploi rémunéré et il avait envers un enfant des obligations alimentaires qu'il avait l'intention de remplir.

[26] Je n'ai rien à redire quant aux circonstances atténuantes qu'a soulignées le juge qui a déterminé la peine et je suis d'accord pour dire que ces éléments militaient en faveur de M. Peterson. Bref, c'est à bon droit que le juge en a tenu compte. Il est évident que le juge qui a déterminé la peine a aussi accordé une importance considérable au fait que la victime n'a pas été contrainte d'accomplir les actes sexuels en question et qu'elle y a participé volontairement. Il n'a pas ajouté cet élément aux circonstances atténuantes et il a eu raison de ne pas le faire. Le fait que les actes n'aient pas été violents ou que la victime n'ait pas été contrainte d'y participer ne peut être envisagé que dans un seul contexte, savoir que la violence ou la force n'étaient pas présentes comme circonstances aggravantes. Bien que cela n'ait pas figuré parmi les circonstances atténuantes, il est manifeste que le juge qui a déterminé la peine a tenu compte du désir exprimé par

M. Peterson de faire carrière dans la police. Je suis d'avis de n'accorder que peu d'importance, si tant est qu'il faille lui en accorder, à ce facteur, étant donné, tout particulièrement, que la Cour ne disposait d'aucun renseignement donnant à penser que M. Peterson s'employait activement à atteindre cet objectif.

G. *L'ordonnance rendue en vertu de la Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*

[27] Vers la fin de l'audience de détermination de la peine, et après que le juge eut prononcé l'absolution sous conditions, le juge et les avocats ont eu une discussion à propos de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, ch. 10 et de la question de savoir s'il y avait lieu de rendre une ordonnance conformément à cette *Loi*. Ils se sont entendus sur le fait que l'infraction en l'espèce est une infraction primaire désignée. La discussion a ensuite porté sur la question de savoir si une absolution sous conditions était en fait une « peine » susceptible de donner lieu à une ordonnance d'enregistrement dans la banque de données sur les délinquants sexuels.

[28] Le substitut du procureur général a fait valoir que l'absolution inconditionnelle ne pouvait donner lieu à une ordonnance de cette nature mais que l'absolution sous conditions le pouvait et a prétendu [TRADUCTION] qu'« une absolution sous conditions […] accompagnée d'une période de probation […] est une peine parce que si le délinquant ne respecte pas les conditions de la probation, il peut être ramené devant la Cour » (p. 51 de la transcription, lignes 14 à 20). L'avocat de la défense a souscrit à cette prétention et le juge a rendu l'ordonnance. Bien que cette question n'ait pas été soulevée en appel et qu'elle ait perdu toute portée pratique en l'espèce étant donné la façon dont je tranche l'appel, j'estime important de faire certaines observations.

[29] La Cour d'appel de l'Ontario, sous la plume du juge Blair, a examiné cette question dans l'arrêt *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, [2008] O.J. No. 1567 (QL) :

> [TRADUCTION]
> Par surcroît, la *Loi Christopher* prévoit à tout le moins un certain tri minimal [Le Registre des délinquants sexuels].

> Les obligations en matière d'enregistrement ne s'appliquent pas (à deux exceptions près) aux adolescents au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (abrogée) ni aux adolescents au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1. De plus, elles ne s'appliquent qu'aux personnes « coupable[s]» d'une infraction sexuelle désignée. Par conséquent, elles ne visent pas les personnes qui obtiennent l'absolution inconditionnelle ou sous conditions. L'absolution peut être accordée relativement à certaines des infractions désignées, dont l'agression sexuelle, l'exploitation sexuelle et les contacts sexuels. Bien qu'une décision de cet ordre puisse être inhabituelle lorsqu'une conclusion de culpabilité a été tirée relativement à une infraction sexuelle – simplement en raison de la gravité de ce crime et des conséquences d'une conclusion de culpabilité – elle est susceptible d'être rendue dans exactement le même genre de situation que celle où une exemption d'enregistrement pourrait par ailleurs être jugée appropriée. D'ailleurs, dans au moins une instance, l'absolution sous conditions a été accordée dans le but exprès d'échapper à l'application de la *Loi Christopher* : voir la décision *R. c. Troutlake* (2002), 56 W.C.B. (2d) 100 (C.J. Ont.).
>
> [Par. 135] [C'est moi qui souligne.]

[30] Si le juge qui détermine la peine ne peut rendre une ordonnance en vertu de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* dans une instance comme celle-ci où l'absolution sous conditions a été accordée, on se trouve à saper davantage le peu de dénonciation et de dissuasion générale qu'il aurait pu y avoir par ailleurs.

H. *L'infliction d'une peine appropriée*

[31] Puisque j'ai jugé que la peine infligée ne respectait pas les principes de la détermination de la peine parce qu'elle n'accordait pas une importance suffisante à la dénonciation et à la dissuasion générale, et qu'elle n'était donc ni raisonnable ni appropriée, j'estime qu'il y a lieu d'annuler l'absolution sous conditions. Je dois donc infliger la peine que je crois être appropriée. Étant donné les faits de la présente instance,

et compte tenu de l'éventail des scénarios possibles en matière d'agressions sexuelles, le cas qui nous occupe est beaucoup moins grave que bien d'autres. Il n'y a pas eu de violence, M. Peterson a mis fin à la plus sérieuse des deux relations sexuelles presque toute de suite après qu'elle a commencé, il croyait, avant la première relation, que la victime était âgée de dix-huit ans parce que c'est ce qu'elle lui avait dit, il a inscrit un plaidoyer de culpabilité et a épargné à la victime l'épreuve qu'aurait constitué l'obligation de témoigner au procès, il a exprimé des remords, il n'avait aucun antécédent judiciaire de quelque nature que ce soit, il était un jeune délinquant et au moment de l'audience de détermination de sa peine, il occupait un emploi rémunéré et il allait devoir assumer des obligations alimentaires à l'endroit d'un enfant (bien que ces obligations n'aient pas été exécutoires à ce moment-là). Dans l'autre plateau de la balance, il y a le fait que la victime était âgée de quatorze ans et ce fait revêt, à lui seul, une extrême importance. Avant la deuxième rencontre (au cours de laquelle il y a eu des rapports sexuels, même si ce n'est que brièvement), M. Peterson savait, de son propre aveu, que la victime n'avait pas dix-huit ans et qu'elle pouvait être âgée de quinze ans. Il faut qu'il soit parfaitement clair que des actes comme ceux qu'a commis M. Peterson ne sont pas acceptables, qu'ils sont criminels par nature et qu'ils exposent leur auteur à de lourdes conséquences. Je suis d'avis d'infliger une peine d'emprisonnement de trois mois.

V. Dispositif

[32] Je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'interjeter appel de la peine et d'accueillir l'appel. J'annulerais la décision du juge qui a déterminé la peine d'accorder l'absolution sous conditions et d'infliger une peine d'emprisonnement pour une période de trois mois. Les ordonnances accessoires rendues relativement au prélèvement d'échantillons de substances corporelles, conformément à l'art. 487.05 du *Code*, et à l'interdiction de posséder des armes à feu et d'autres armes, conformément au par. 109(2) du *Code*, sont confirmées. De plus, conformément à l'art. 490.012 du *Code*, il est enjoint à M. Peterson de se conformer aux dispositions de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* pendant une période de vingt ans.

[33] Presque une année s'est écoulée depuis que M. Peterson a obtenu son absolution sous conditions. Il a été condamné à une période de six mois de probation sous surveillance qui a expiré depuis longtemps. On lui avait ordonné de verser 1 000 $ à la Cour provinciale [TRADUCTION] « à titre de don de bienfaisance au profit d'une organisation caritative choisie par [M. Peterson] qui a pour principal objectif de venir en aide à des enfants ou des adolescents » (p. 47 de la transcription, lignes 11 à 14). Il s'est acquitté de cette obligation en versant un don à l'hôpital régional pour enfants, l'IWK. Je ne fais aucun commentaire en ce qui concerne l'habitude consistant à rendre ce genre d'ordonnance. Nul n'a laissé entendre que M. Peterson aurait omis de respecter l'une ou l'autre des conditions imposées par le juge qui a déterminé la peine

[34] Étant donné ce qui précède, je ne vois aucun avantage à exiger que M. Peterson soit incarcéré. L'infliction de la peine de trois mois, peine que j'estime appropriée compte tenu des faits spécifiques de la présente instance, suffit à répondre aux objectifs que sont la dissuasion générale et la dénonciation. Après une aussi longue période, la peine d'incarcération n'a pas à être réellement purgée. Je suis donc d'avis de surseoir à l'exécution de la peine de M. Peterson. N'eût été le sursis, j'aurais accédé à la demande qui a été faite afin que la peine soit purgée de façon discontinue, pour permettre à M. Peterson de continuer à occuper un emploi rémunéré et d'être en mesure de s'acquitter de ses obligations alimentaires envers son enfant.