

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

88-13-CA

RONALD HONDUS JENNINGS

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Jennings v. R., 2014 NBCA 60

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
July 25, 2013

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N.A.

Appeal heard:
September 9, 2014

Judgment rendered:
September 9, 2014 (appeal)
March 19, 2015 (cross-appeal)

Reasons delivered:
March 19, 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Green

RONALD HONDUS JENNINGS

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Jennings c. R., 2014 NBCA 60

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 25 juillet 2013

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 9 septembre 2014

Jugement rendu :
le 9 septembre 2014 (appel)
le 19 mars 2015 (appel reconventionnel)

Motifs déposés :
le 19 mars 2015

Motifs de jugement :
l'honorable juge Bell

Souscrit aux motifs :
l'honorable juge Green

Dissenting reasons by:
The Honourable Justice Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:
Kathryn Gregory

THE COURT

The appeal was allowed on September 9, 2014, and the cross-appeal is hereby also allowed. Richard J.A. concurred in allowing the appeal against conviction on the first of the two counts in the Information but would dismiss the Attorney General's cross-appeal against the acquittal on the second count.

Motifs dissidents :
l'honorable juge Richard

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Margaret Gallagher, c.r.

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory

LA COUR

L'appel a été accueilli le 9 septembre 2014 et l'appel reconventionnel est par les présentes également accueilli. Le juge d'appel Richard a souscrit à la décision d'accueillir l'appel de la déclaration de culpabilité relativement au premier des deux chefs de la dénonciation, mais il rejetterait l'appel reconventionnel de l'acquittement interjeté par le procureur général relativement au deuxième chef.

The following are the reasons delivered by

RICHARD J.A. (dissenting)

[1] I have had the benefit of reading the reasons my colleagues give for allowing both the appeal and the cross-appeal and, with respect, although I agree the appeal should be allowed, I do not subscribe to the entirety of their reasons for doing so, and I do not agree the cross-appeal should be allowed.

[2] With respect, I perceive there to be a fundamental difference between my colleagues' approach to this appeal and my own. My colleagues see an error of law in a single statement the trial judge made in the course of giving oral reasons for decision and look to see if the balance of the reasons can "save" the error. In stark contrast, I look at the reasons in their entirety to determine whether or not the verdict is the result of an error of law.

[3] My reason for parting ways with my colleagues in their approach to the cross-appeal is anchored in decisions in which the Supreme Court of Canada directs appellate courts to review decisions (or in fact jury charges) in their entirety. I find particular support for my position in *R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397. In that case, in the course of delivering reasons for conviction, a trial judge had emphasized the accused's "great motive to be untruthful given the consequences of being convicted of the offences charged" (para. 7). The convictions were set aside by a majority of the Alberta Court of Appeal on the ground the judge had erred in his assessment of credibility. A dissenting judge disagreed, stating that the reasons as a whole revealed no error. The Supreme Court restored the convictions. For the Court, Charron J. held that "the majority [of the Alberta Court of Appeal] erred by effectively considering the impugned statement in isolation" (para. 18). Charron J. agreed with the dissenting judge of the Court of Appeal that the impugned comments had to be considered in their appropriate context, in the end concluding that "while some of the language used by the trial judge in his reasons may give cause for concern when viewed

in isolation, when the reasons are read in their entirety and in light of the context of the trial as a whole, they reveal that the trial judge properly assessed [the evidence]” (para. 23). In my view, *Laboucan* stands for the proposition that a trial judge’s reasons for decision must be read as in their entirety to determine whether they disclose an error of law even when a statement, taken in isolation, might by itself betray such an error.

[4] It must also be remembered that, unlike a conviction where all the essential ingredients of the offence must be proven beyond a reasonable doubt, an acquittal “can rest simply on the *absence* of proof”: *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245, at para. 22. This is so because an accused benefits from the presumption of innocence.

[5] The appeal and cross-appeal arise out of the prosecution of Ronald Hondus Jennings, who was originally charged in a three-count Information in which he was accused of two counts of sexual assault upon V.B. (s. 271(a) of the *Criminal Code*), and one count of anal intercourse (s. 159(1)). Before trial, the Attorney General withdrew the count that alleged the s. 159(1) offence. At the conclusion of trial on the remaining two counts, a judge of the Provincial Court found Mr. Jennings guilty of the first count but not guilty of the second. Mr. Jennings appeals the conviction while the Attorney General cross-appeals the acquittal.

[6] Only a brief overview of the facts is necessary to put the appeal and cross-appeal in context. Mr. Jennings and V.B. met after each joined a website and indicated their respective desire to meet someone for an “intimate encounter”. In the aftermath of their first encounter, which was the subject matter of the first count in the Information, Mr. Jennings moved in with V.B. and her children. He was introduced to her friends and family. During their time together, Mr. Jennings and V.B. engaged in frequent sexual relations. Theirs was an open type of arrangement because they both also had sexual relations with others. V.B. claims that during this time, Mr. Jennings would, for brief periods, move back to his own apartment and resume his relationship with another woman. In any event, the relationship between Mr. Jennings and V.B. only lasted a few

weeks. Mr. Jennings decided to move to Ontario and resume a relationship with a former girlfriend. The allegation that forms the subject matter of the second count relates to their last sexual encounter.

[7] V.B. alleged the first of their sexual encounters occurred the night they first met, which she adamantly maintained was Canada Day: July 1, 2010. She testified their first encounter led to sexual intercourse to which she did not consent. According to V.B., in the aftermath of that first encounter with Mr. Jennings, she was scared of him. However, she admits he moved in with her, interacted with her children and that she introduced him to her family and friends. She testified the last encounter, which she also alleged was non-consensual, occurred in a van shortly before Mr. Jennings left for Ontario.

[8] Testifying in his own defence, Mr. Jennings painted a wholly different picture of his first and last sexual encounters with V.B., as well as his relationship with her. According to him, the two met not on July 1 but sometime in mid-June. He says they both had been looking for an intimate encounter via a website they had each accessed. According to Mr. Jennings, they had consensual sexual intercourse during their first encounter and regularly thereafter until he left for Ontario. His description of their first encounter is irreconcilable with that of V.B. As to the event V.B. claims happened on July 1, Mr. Jennings says he had already moved in with V.B. and her children by that date and that, on the evening of Canada Day, they were all together, setting off their own fireworks. He denies ever having forced himself on V.B. According to Mr. Jennings, the two parted amiably but, in the aftermath of his move to Ontario, V.B. called his Ontario girlfriend causing Mr. Jennings to tell her to desist. He also claims V.B. sent Facebook messages to some of his friends, causing him to remove her as a “friend” on Facebook and to warn her that, if she did not stop, he would report her to the “Children’s Aid Society” because he felt her children were living in inappropriate conditions.

[9] It was shortly after he made this threat that V.B. contacted the police and alleged she had been sexually assaulted.

[10] In his testimony, Mr. Jennings gave details that should have been relatively easy to verify, and which would have either bolstered his credibility had they been confirmed or, conversely, would have negatively impacted his credibility had they been shown false. Yet, no evidence was called to either confirm or contradict his testimony. For example, in support of his claim that he and V.B. had begun their relationship in June and not on July 1 as V.B. vehemently maintained – which was a key issue at trial – Mr. Jennings described how, on one occasion in June, he had called the police to report someone spinning the tires of a car and projecting rocks near where the children were playing. Unbeknownst to him, the driver had been V.B.’s ex-boyfriend – and the father of her children. The police reportedly responded, so one would expect there would be a record of the call. Another example relates to the date when Mr. Jennings vacated his own apartment to move in with V.B.

[11] At the opening of the appeal hearing, counsel for the Attorney General conceded leave to appeal should be granted, the appeal allowed and a new trial ordered regarding the first count. The Attorney General, however, maintained the cross-appeal regarding the acquittal on the second count should also be allowed and a new trial also ordered with respect to that count. Mr. Jennings opposed the Attorney General’s position regarding the cross-appeal, and the hearing proceeded accordingly.

[12] The Attorney General’s position regarding the conviction on the first count is, in the circumstances, quite just and honourable. I agreed with my colleagues the appeal should be allowed and a new trial ordered on the first count. However, I do not fully subscribe to their reasons for doing so. Specifically, I do not agree with their determination the trial judge’s reasons were “insufficient” and that they “make appellate review of the decision exceedingly difficult”.

[13] At the close of trial, the trial judge delivered his reasons for decision – reasons that take up 22 pages of transcript. While far from being a model of clarity, the judge’s review of the testimonies and his findings are amply sufficient to allow

meaningful appellate review. The Supreme Court has repeatedly stated that reasons for decision do not have to be perfect. They will pass appellate muster if, when read in context, they show why the judge decided as he or she did: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 17; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, at para. 12. In the present case, the very fact my colleagues and I are able to identify a palpable and overriding error, by itself, demonstrates the reasons allow meaningful appellate review. Allowing for meaningful appellate review is the only test the reasons must pass in order to survive appellate review on grounds of insufficiency.

[14] As my colleagues point out, the reasons betray a critical error of fact that, of itself, requires the conviction to be set aside. The trial judge evidently misapprehended Mr. Jennings' testimony when he found that Mr. Jennings "never testified as to the first time of the alleged ... sex assault on her at her home". This statement is patently inaccurate. Mr. Jennings testified in detail about his recollection of the first sexual encounter with V.B. He also testified about their whereabouts on July 1, when V.B. alleged their first encounter occurred. Unfortunately, the judge overlooked this testimony and made a credibility finding that is tainted by this palpable factual error. Since credibility is at the heart of the case, the error is an overriding one, because it had a significant impact on the judge's ultimate conclusion to convict on the first count.

[15] It is because of this palpable and overriding error that, on September 9, 2014, I joined my colleagues in granting Mr. Jennings leave to appeal, allowing his appeal, setting aside the conviction and ordering a new trial with respect to the first count.

[16] I am not able, however, to join my colleagues in their disposition of the Attorney General's cross-appeal from the acquittal with respect to the second count.

[17] As my colleagues point out, an appeal against acquittal may only be allowed if the trial judge committed an error of law. With respect, I find no such error.

[18] My colleagues anchor their finding of an error of law in the following statement the judge made in giving his oral reasons for decision:

[...] Furthermore, there is no concrete evidence to support a second offence as alleged under 271(1)(a) before this Court. Her testimony would lead to perhaps a second incident in the van but then it's confusing whether that second incident would have led to alleged anal sex which was the third charge so – and that third charge was withdrawn. So I'm not convinced beyond a reasonable doubt for the second incident to had have happened as alleged.

[19] The Attorney General argues the trial judge linked the evidence related to the second count of sexual assault to the withdrawal of the count related to anal intercourse, and thereby erred in law. My colleagues agree with that contention. I do not.

[20] I do agree that as a matter of law the withdrawal of the third count could have no impact upon the assessment of V.B.'s credibility, or upon the facts as they relate to the second count. I also agree that if the judge had found otherwise, he would have erred in law. I also agree that, to the extent the above passage could be interpreted as a finding that anal intercourse was an essential ingredient of the second count, this too would have constituted an error in law. Anal intercourse was one of the acts V.B. described as constituting the second sexual assault, but it was not necessarily an essential ingredient to ground a conviction for sexual assault. Where I part with my colleagues is in their conclusion that these types of errors arise from the judge's statement reproduced above.

[21] For the judge to have committed the errors my colleagues attribute to him, it would be necessary to find he misapprehended elementary principles of law, such as the fact that each count specifies a separate offence, that the discretion to withdraw a charge lies solely with the prosecutor, and that the withdrawal of one charge cannot have any impact on the assessment of offences set out in other counts. Alternatively, it would be necessary to find the judge did not understand the essential ingredients of a charge of

sexual assault. In my respectful view, neither the impugned statement read in isolation nor the decision, when read as a whole, allow us to attribute such basic errors to this very experienced trial judge.

[22] In my view, the thrust of the judge's impugned statement is that he has reasonable doubt regarding the second count. As I stated earlier, at best it is ambiguous. An ambiguous comment made in the course of giving reasons for a decision has to be read in the context of the decision as a whole before it can be found that it betrays an error of law. When read as a whole, the reasons demonstrate the judge made no error of the type alleged.

[23] Early in his decision, the trial judge clearly differentiates between the second and third counts, stating as follows:

Then there was testimony with respect to the third incident but I'm not going to refer to that because that charge was withdrawn. As to the second incident, she testified that they were in a van at the time [...]

[24] At that point, the judge reviews V.B.'s testimony regarding the second count.

[25] In my respectful view, this clearly demonstrates the trial judge was aware of the distinction between the second count and the one that had been withdrawn. He would have had no reason to review V.B.'s testimony, or for that matter, Mr. Jennings' testimony, relating to the second alleged sexual assault if he were going to find that as a matter of law the prosecution could not succeed because of the withdrawal of the third count.

[26] Moreover, in his concluding remarks in rendering the verdict, the trial judge found Mr. Jennings guilty of the first count "because all the elements [had] been proven beyond a reasonable doubt". Then he stated "the third count has been – was withdrawn" followed by "and I do have more than reasonable doubt as to the other sexual

assault”. As the Supreme Court pointed out in *Walker*, adopting the words of Sharpe J.A. in *R. v. Kendall* (2005), 75 O.R. (3d) 565 at para. 98, “[a] reasonable doubt need not rest upon the same sort of foundation of factual findings that is required to support a conviction. A reasonable doubt arises where an inadequate foundation has been laid” (para. 26).

[27] Admittedly, it would have been best if the trial judge had simply avoided mentioning the count that was withdrawn in the course of giving his reasons. However, as stated above, perfect reasons are not required nor can they even be realistically expected when busy trial judges deliver oral reasons at the close of a trial. It is precisely because perfect reasons cannot be required of a judge delivering an oral decision that any ambiguous statement must be considered in the context of the entire reasons when assessing it for legal error. I simply cannot join my colleagues in concluding that an ambiguous statement of the type in issue in the cross-appeal can, of itself, be indicative of elementary errors of law committed by a senior and experienced trial judge when the decision, read as a whole, shows otherwise. In my respectful view, the judge’s decision demonstrates he knew he had to consider each count separately and understood what was required to ground a conviction on the second count. He was simply left with a reasonable doubt, something that, of itself, does not raise a question of law alone: *R. v. Picot*. Thus, I find no basis for appellate intervention in the cross-appeal.

[28] For these reasons, I joined my colleagues on September 9, 2014, granting Mr. Jennings leave to appeal, allowing his appeal, setting aside the conviction and ordering a new trial with respect to the first count, but I cannot join them in their disposition of the cross-appeal. In my view, the Attorney General’s cross appeal should be dismissed.

Judgment of Bell, J.A. and Green J.A was delivered by

BELL J.A.

[29] Ronald Hondus Jennings was originally charged on a three count information in which he was accused of two counts of sexual assault upon V.B. contrary to s. 271(a) of the *Criminal Code*, and one count of anal intercourse upon V.B. contrary to s. 159(1). The Attorney General withdrew the count of anal intercourse and proceeded to trial on the two accusations of sexual assault. A provincial court judge found Mr. Jennings guilty of the first sexual assault which occurred on or about July 1, 2010 and not guilty of a second sexual assault which allegedly occurred on or about July 23, 2010. Mr. Jennings appeals from the conviction and the Attorney General appeals from the acquittal.

A. *Mr. Jennings' appeal from conviction*

[30] At the opening of the hearing, counsel for the Attorney General informed the Court the Crown consented to the application for leave to appeal, the appeal and an order for a new trial in relation to the conviction, but was maintaining its appeal from the acquittal on the second count of sexual assault. Mr. Jennings' counsel consented to the order for a new trial on the conviction, but maintained her opposition to the Crown appeal from the acquittal.

[31] There is merit to the Attorney General's position taken with respect to the conviction. While not raised as a ground of appeal, the reasons are, in my view, insufficient. The trial judge conducts a review of his notes, in the first person, which leaves the reader confused, on occasion, about whether the words used are those of the trial judge, V.B. or Mr. Jennings. There is virtually no analysis linking the "recited evidence" with the allegations set out in the information. Findings of fact based upon the evidence are not easily discernable. In my view, the reasons make appellate review of the decision exceedingly difficult.

[32] One ground of appeal, which was advanced by Mr. Jennings, is that the trial judge erred in his assessment of Mr. Jennings' credibility. Determinations of credibility are questions of fact and only merit appellate intervention if they are the result of palpable and overriding error: *J.N.C. v. R.*, 2013 NBCA 59, 409 N.B.R. (2d) 310, at para. 14; *Gillis v. R.*, 2014 NBCA 58, [2014] N.B.J. No. 242 (QL), at para. 74. While the trial judge committed several errors of fact in assessing Mr. Jennings' credibility, I would limit myself to only one in allowing the appeal and granting an order for a new trial. In finding Mr. Jennings lacked credibility, the trial judge said "[...] he never testified as to the first time of the alleged ... sex assault on her at her home". This statement is inaccurate. Mr. Jennings testified at his own trial. He opened himself up to cross-examination. In the course of his testimony he testified about his recollection of the first sexual encounter with V.B. I am satisfied the inaccurate observation by the trial judge about Mr. Jennings' testimony is tainted by palpable factual error which, in the circumstances, was overriding. I would allow the appeal and order a new trial with respect to the conviction on the first count of sexual assault.

B. *The Attorney General's appeal from acquittal*

[33] The Attorney General's appeal from the acquittal may only be allowed if the trial judge committed an error of law: s. 676(1)(a) of the *Code*: *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *R. v. Picot*, 2012 SCC 54, [2012] 3 S.C.R. 74. In addition, the Attorney General must satisfy the Court the verdict would not necessarily have been the same had the error not occurred: *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 79; *Sutton, supra*.

[34] In paragraph 4, my colleague, Richard J.A. commences what he describes as a brief overview of the facts. As I have already indicated, in my view very little of the crucial evidence found its way into findings of fact by the trial judge. However, given Richard, J.A.'s summary of Mr. Jennings' version of why this matter was reported to the

police (Mr. Jennings' threats to report V.B. to the child welfare authorities), I will simply recite unedited excerpts of V.B.'s version of that one issue:

I was there one day and he was texting that he wanted to come back and I said no. And he—he started texting me that if—if I didn't let him come back, he was going to go to Social Services because I had two children living into—in the same apartment and a boy and a girl and they're living in the same room and that my house was always a mess and he had pictures and pictures of me. And he would—he wouldn't think twice of putting them on the internet.

Q. What do you mean pictures of you?

A. He had taken pictures and videos of me with—naked and during when he was having intercourse with me. And he was telling me that he would—if I didn't go along with anything that he said, those would be put on a website on the internet. He had pictures of me and of some other girl Michelle I think it was. He had videos of her too and he would have started this website and our pictures would be on. And he had everybody's—all my contact list off my cellphone and my home phone and my Facebook and they would all be delivered to them too, all these pictures.

[...]

Q. Were they on your phone?

A. They were on his phone.

Q. Did he bring those up again after the middle of July?

A. Yes, he brought them up again when he left after he left. When he would show them to everybody--he could send them to everybody that I knew and Social Services he said would sure like to see those threatening that I would lose my children.

Q. And do you know why he was you say threatening with of losing your children?

A. At the end because when he said he wanted to come back and I said no. [Transcript of the decision, May 29, June 10, 18, 20, July 10 and 25, 2013, page 42 to 43, lines 2 to 24 and line 1; page 44, lines 12 to 23]

[Emphasis is mine.]

[35] I now move on to my reasons for allowing the Crown appeal from acquittal.

[36] In his reasons for decision, the trial judge breaks V.B.'s testimony into 3 distinct parts. He describes the first incident; he then refers to "several sexual activities" unrelated to the first or second alleged offence; and, finally, he addresses the "second offence". With respect to that offence he states:

Furthermore, there is no concrete evidence to support a second offence as alleged under 271(1)(a) before this Court. Her testimony would lead to perhaps a second incident in the van but then it's confusing whether that second incident would have led to alleged anal sex which was the third charge so – and that third charge was withdrawn. So I'm not convinced beyond a reasonable doubt for the second incident to had have happened as alleged. [Transcript of the decision, May 29, June 10, 18, 20, July 10 and 25, 2013, pages 322 to 323, lines 17 to 2]

[37] To the extent the trial judge linked the evidence related to the second count of sexual assault to the withdrawal of the count related to anal intercourse, he erred in law. Proof that he linked the two is evident by his observation that there was no "concrete evidence to support a second offence". Compare that conclusion to the evidence offered by V.B. regarding the second alleged offence:

Q. Did anything else memorable happen after July 1st and he's moved in? What's the next big thing that happens that you remember?

A. There was a week where he went home. He had not taken all of his stuff but a good majority of it and he had

went back to Saint Ignace. We didn't speak for a few days which was great. I'm starting to feel, you know, life's coming back to normal and he started texting that he wanted to see me. At first I was a little iffy on going and he was apologizing, everything, so just wanted to talk. So okay I—I drove to Saint Ignace and I picked him up on that same road that he lived on where that big apartment building was. We turned back on to the where that road goes into a dirt road and there's all little like wood roads off of it little old driveways, whatever. He wanted to pull in to one of them and then I remember saying, "That's good because I have to go to the bathroom." We pulled into one of them and we're talking for a little bit and I'm in the driver seat. He's starting to grabbing my arms and he's rubbing all over me and I'm like, "We can't." I said, "We can't because it's a girly issues." At the time I said, "We can't." And the prior I had been cleaning my van so because it was always a mess. There was paper towels and everything in my van from me cleaning there between the seats. And I was telling him we can't and he's—he leans over and he's got my seat reclined, it's way back the driver seat. I'm trying to get away so I'm trying to climb back over the seat so I'm face first into the seat. He's—he's behind me. He's pulling down the back of my pants that I had on and he keeps telling me "I love you. You're the one I want to be with. Miss you. I miss having sex with you." He continues to have anal sex with me. I'm trying to get away. I'm trying to reach the back door. I'm leaning over my seat and I can see the sliding door and I'm trying to get hold of that handle so I can get away. I'm hanging on to the back—the headrest of the car seat and I'm pulling with everything in me to try to get away from him. Finally when he's finished I can reach over to the passenger seat and I'm pulling and I finally get myself over to the passenger seat but when pulling over I have to sit straight down on it and he's laughing at me and he's saying, "You're going to make a mess of that seat". [Transcript of the decision, May 29, June 10, 18, 20, July 10 and 25, 2013, page 34 to 36, lines 6 to 7]

[38] The theory of the Crown was that non-consensual anal intercourse constituted part of the narrative of the second offence. It was not an essential ingredient. The withdrawal of the count of anal intercourse should have had no impact upon the assessment of V.B.'s credibility or upon the determination of whether Mr. Jennings'

conduct, apart from the alleged anal intercourse, constituted a sexual assault. The trial judge appears to be wrongly of the view that anal intercourse was an essential ingredient of the second count.

[39] In relying upon the withdrawal of the third count to conclude that the second count was not proven, the trial judge failed to appreciate the evidence. This failure constitutes an error of law since it is based upon the application of wrong legal principles (see *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 29-30): each count specifies a separate offence (s. 581(1) of the *Code*), and the discretion to withdraw a charge lies solely with the prosecutor (*Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paras. 46-48).

[40] I am satisfied the decision would not necessarily have been the same had the trial judge properly applied the law and considered the evidence in the absence of the lens of the withdrawn charge. In my view he improperly limited his assessment of the evidence to the issue of anal intercourse rather than the more general issue of sexual assault.

[41] Mr. Jennings' application for leave to appeal is allowed, the appeal is allowed and a new trial is ordered with respect to the first count of sexual assault. In addition, the Attorney General's appeal is allowed on the second count and a new trial is ordered.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RICHARD (dissident)

[1] J'ai eu l'avantage de lire les motifs que donnent mes collègues pour accueillir tant l'appel que l'appel reconventionnel et, en toute déférence, bien que je sois d'accord avec eux pour accueillir l'appel, je ne souscris pas à l'ensemble de leurs motifs pour le faire ni à leur décision d'accueillir l'appel reconventionnel.

[2] En toute déférence, je perçois une différence fondamentale entre la démarche adoptée par mes collègues dans le présent appel et la mienne. Mes collègues concluent que le juge du procès a commis une erreur de droit du fait d'une seule déclaration qu'il a faite dans l'exposé oral des motifs de sa décision, et ils cherchent à voir si le reste des motifs peuvent [TRADUCTION] « remédier » à l'erreur. Tout à l'opposé, je considère les motifs dans leur ensemble pour déterminer si le verdict découle d'une erreur de droit ou non.

[3] La raison pour laquelle la démarche que j'ai adoptée quant à l'appel reconventionnel diffère de celle de mes collègues s'appuie sur des décisions dans lesquelles la Cour suprême du Canada indique aux tribunaux d'appel d'effectuer la révision de décisions (ou, en réalité, d'exposés au jury) en les considérant dans leur ensemble. L'arrêt *R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397, appuie particulièrement ma position. Dans cette affaire, en indiquant les motifs pour lesquels il était arrivé à une déclaration de culpabilité, le juge du procès avait souligné la « forte raison [de l'accusé] pour ne pas dire la vérité vu les conséquences d'une déclaration de culpabilité relative aux infractions dont il [était] accusé » (par. 7). Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont annulé les déclarations de culpabilité au motif que le juge avait commis une erreur dans son évaluation de la crédibilité. Une juge dissidente n'était pas d'accord avec eux et a affirmé que l'ensemble des motifs ne révélait aucune erreur. La Cour suprême a rétabli les déclarations de culpabilité. La juge Charron, au nom de la Cour, a déclaré que « [les juges majoritaires de la Cour d'appel] ont commis

une erreur en considérant en fait isolément de leur contexte les mots reprochés » (par. 18). La juge Charron était d'accord avec la juge dissidente de la Cour d'appel pour dire que les passages attaqués devaient être lus dans le contexte approprié, et elle a fini par conclure que « certains termes utilisés par le juge de première instance dans ses motifs peuvent poser problème lorsqu'ils sont considérés isolément. Mais, quand on lit les motifs dans leur intégralité et à la lumière du contexte de l'ensemble du procès, il en ressort que le juge de première instance a correctement évalué [la preuve] » (par. 23). À mon sens, *Laboucan* étaye la proposition voulant que les motifs de décision d'un juge de première instance doivent être lus dans leur ensemble lorsqu'il s'agit de déterminer s'ils révèlent une erreur de droit, même lorsqu'une déclaration, prise isolément, pourrait en soi trahir une telle erreur.

[4] Il faut aussi se souvenir que, contrairement à la déclaration de culpabilité, pour laquelle tous les éléments de l'infraction doivent être établis hors de tout doute raisonnable, l'acquittement « peut reposer simplement sur l'absence de preuve » : *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245, au par. 22. Il en est ainsi parce que l'accusé bénéficie de la présomption d'innocence.

[5] L'appel et l'appel reconventionnel découlent de la poursuite de Ronald Hondus Jennings, qui était initialement accusé, dans une dénonciation comportant trois chefs, de deux chefs d'agression sexuelle à l'endroit de V.B. (al. 271a) du *Code criminel*, et d'un chef de relations sexuelles anales (par. 159(1)). Avant le procès, le procureur général a retiré le chef portant sur l'infraction visée au par. 159(1). À la fin du procès relativement aux deux autres chefs, un juge de la Cour provinciale a déclaré M. Jennings coupable relativement au premier chef mais non au deuxième. M. Jennings interjette appel de la déclaration de culpabilité et le procureur général forme un appel reconventionnel relativement à l'acquittement.

[6] Seul un bref aperçu des faits est nécessaire pour mettre en contexte l'appel et l'appel reconventionnel. M. Jennings et V.B. se sont rencontrés après que l'un et l'autre se sont inscrits à un site Web et ont indiqué souhaiter trouver quelqu'un pour une [TRADUCTION] « rencontre intime ». À la suite de leur première rencontre, qui a fait

l'objet du premier chef, M. Jennings a emménagé avec V.B. et ses enfants. Il a été présenté à ses amis et à sa famille. Pendant qu'ils étaient ensemble, M. Jennings et V.B. ont souvent eu des relations sexuelles. Leur relation était ouverte en ce sens qu'ils avaient également tous les deux des relations sexuelles avec d'autres personnes. V.B. soutient que, pendant cette période, M. Jennings déménageait de nouveau dans son propre appartement pendant de courtes périodes pour reprendre sa relation avec une autre femme. Quoi qu'il en soit, la relation entre M. Jennings et V.B. n'a duré que quelques semaines. M. Jennings a décidé de déménager en Ontario et de reprendre une relation avec une ancienne copine. L'allégation qui constitue l'objet du deuxième chef se rapporte à leur dernière rencontre sexuelle.

[7] V.B. affirme que la première de leurs rencontres sexuelles a eu lieu le soir où ils se sont rencontrés pour la première fois, soit le jour de la fête du Canada, le 1^{er} juillet 2010, selon ce qu'elle a maintenu catégoriquement. Elle a témoigné que lors de leur première rencontre, ils ont eu des rapports sexuels auxquels elle n'a pas consenti. Selon V.B., après sa première rencontre avec M. Jennings, elle avait peur de lui. Cependant, elle admet qu'il a emménagé avec elle, qu'il a interagi avec ses enfants et qu'elle l'a présenté à sa famille et à ses amis. Elle a témoigné que leurs dernières relations sexuelles, qui, selon elle, n'étaient pas consensuelles, ont eu lieu dans une fourgonnette peu avant le départ de M. Jennings pour l'Ontario.

[8] Témoignant pour sa propre défense, M. Jennings a décrit de façon complètement différente ses première et dernière rencontres sexuelles avec V.B., ainsi que sa relation avec elle. Selon lui, ils se sont rencontrés non pas le 1^{er} juillet mais vers la mi-juin. Il indique que chacun d'eux cherchait une rencontre intime par l'entremise d'un site Web auquel ils avaient chacun accédé. M. Jennings soutient qu'ils ont eu des relations sexuelles consensuelles lors de leur première rencontre et de façon régulière par la suite jusqu'à son départ pour l'Ontario. Sa description de leur première rencontre est inconciliable avec celle de V.B. Concernant ce que V.B. soutient s'être produit le 1^{er} juillet, M. Jennings affirme qu'il avait déjà emménagé avec V.B. et ses enfants à cette date et que, le soir de la fête du Canada, ils étaient tous ensemble et tiraient leurs propres

feux d'artifice. Il nie s'être imposé à V.B. à quelque moment que ce soit. Selon M. Jennings, leur séparation a été amicale mais, après son départ pour l'Ontario, V.B. a téléphoné à sa copine de l'Ontario, et M. Jennings a dû lui dire de ne plus le faire. Il soutient également que V.B. a envoyé des messages Facebook à certains de ses amis, et pour cette raison il l'a enlevée comme « amie » sur Facebook et il l'a avertie que si elle ne cessait pas, il la dénoncerait à la « société d'aide à l'enfance » parce que, selon lui, ses enfants vivaient dans de mauvaises conditions.

[9] C'est peu après qu'il a proféré cette menace que V.B. a communiqué avec la police et a soutenu qu'elle avait été victime d'agression sexuelle.

[10] Dans son témoignage, M. Jennings a donné des détails qui auraient dû être relativement faciles à vérifier, et qui auraient soit appuyé sa crédibilité, s'ils avaient été confirmés, soit, au contraire, eu un effet négatif sur sa crédibilité, s'il avait été démontré qu'ils étaient faux. Cependant, aucune preuve n'a été produite pour soit confirmer soit contredire son témoignage. Par exemple, à l'appui de sa prétention selon laquelle lui et V.B. avaient entamé leur relation en juin et non pas le 1^{er} juillet, comme V.B. l'affirmait énergiquement – prétention qui a constitué une question-clé au procès – M. Jennings a décrit comment, en juin, il avait appelé la police pour lui signaler le fait que quelqu'un faisait tourner les pneus d'une voiture et propulsait des cailloux près du lieu où jouaient les enfants. À son insu, le conducteur était l'ex-copain de V.B. – et le père de ses enfants. Il semblerait que la police ait répondu à l'appel, alors on s'attendrait à ce qu'il y ait une consignation de l'appel. Un autre exemple se rapporte à la date où M. Jennings a quitté son propre appartement pour emménager avec V.B.

[11] Au début de l'audition de l'appel, l'avocate du procureur général a concédé que l'autorisation d'interjeter appel devrait être accordée, que l'appel devrait être accueilli et que la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée relativement au premier chef. Cependant, l'avocate du procureur général a soutenu que l'appel reconventionnel relativement à l'acquiescement sur le deuxième chef devrait également être accueilli et que la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée relativement à ce

chef également. M. Jennings a contesté la position avancée par le procureur général au sujet de l'appel reconventionnel et l'audition de l'appel s'est poursuivie en conséquence.

[12] La position du procureur général pour ce qui est de la déclaration de culpabilité relativement au premier chef est, eu égard aux circonstances, plutôt juste et honorable. J'étais d'accord avec mes collègues pour ce qui est d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement au premier chef. Toutefois, je ne souscris pas entièrement à leurs motifs pour le faire. Plus particulièrement, je ne souscris pas à leur conclusion que les motifs du juge du procès étaient « insuffisants » et qu'ils « rendent l'examen en appel de la décision extrêmement difficile ».

[13] À la fin du procès, le juge du procès a exposé les motifs de sa décision – motifs qui occupent 22 pages de la transcription. Bien que loin de constituer un modèle de clarté, l'examen que fait le juge des témoignages et ses conclusions suffisent amplement pour nous permettre d'effectuer un examen valable en appel. La Cour suprême a répété à plusieurs reprises qu'il n'est pas nécessaire que les motifs de décision soient parfaits. Ils seront jugés valables par un tribunal d'appel si, considérés dans leur contexte, ils indiquent pourquoi le juge a rendu sa décision : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, au par. 17; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639, au par. 12. En l'espèce, le seul fait que mes collègues et moi puissions déceler une erreur manifeste et dominante, en soi, démontre que les motifs permettent d'effectuer un examen valable en appel. Le seul critère auquel les motifs doivent satisfaire pour survivre à un examen en appel introduit pour cause d'insuffisance des motifs est de permettre un examen valable en appel.

[14] Comme mes collègues le font remarquer, les motifs révèlent une erreur de fait cruciale qui, en soi, exige que la déclaration de culpabilité soit annulée. Le juge de première instance a évidemment mal interprété le témoignage de M. Jennings lorsqu'il a conclu que M. Jennings [TRADUCTION] « n'a jamais témoigné quant au premier incident allégué [...] d'agression sexuelle [à l'endroit de V.B.] chez elle ». Cette déclaration est manifestement inexacte. M. Jennings a témoigné en détail au sujet de ses

souvenirs de sa première rencontre sexuelle avec V.B. Il a également témoigné au sujet d'où ils se trouvaient le 1^{er} juillet, date à laquelle leur première rencontre aurait eu lieu, selon V.B. Malheureusement, le juge a oublié ce témoignage et est arrivé à une conclusion quant à la crédibilité qui est viciée par cette erreur de fait manifeste. Puisque la crédibilité est au cœur de l'affaire, l'erreur est dominante parce qu'elle a eu un effet important sur la conclusion finale du juge de le déclarer coupable relativement au premier chef.

[15] C'est en raison de cette erreur manifeste et dominante que, le 9 septembre 2014, je me suis joint à mes collègues pour accorder à M. Jennings l'autorisation d'interjeter appel, accueillir son appel, annuler la déclaration de culpabilité et ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement au premier chef.

[16] Je ne peux cependant pas me joindre à eux pour ce qui est de leur décision concernant l'appel reconventionnel de l'acquittement formé par le procureur général relativement au deuxième chef.

[17] Comme mes collègues le soulignent, l'appel d'un acquittement ne peut être accueilli que si le juge du procès a commis une erreur de droit. En toute déférence, je ne relève aucune erreur de cette nature.

[18] Mes collègues trouvent appui pour leur conclusion d'erreur de droit dans la déclaration suivante du juge faite dans l'exposé oral des motifs de sa décision :

[TRADUCTION]

[...] En outre, aucune preuve concrète à l'appui d'une deuxième infraction visée à l'alinéa 271(1)a) n'a été présentée à la Cour. Son témoignage à elle indiquerait peut-être un deuxième incident dans la fourgonnette, mais alors on ne sait plus si ce deuxième incident aurait mené aux relations sexuelles anales présumées, qui faisaient l'objet du troisième chef, donc – et ce troisième chef a été retiré. Alors je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable que le deuxième incident a eu lieu comme il a été allégué.

[19] Le procureur général prétend que le juge du procès a fait un lien entre la preuve se rapportant au deuxième chef d'agression sexuelle et le retrait du chef se rapportant aux relations sexuelles anales, et qu'il a ainsi commis une erreur de droit. Mes collègues souscrivent à cette prétention, mais pas moi.

[20] Je conviens que, en droit, le retrait du troisième chef ne pouvait avoir aucune incidence sur l'évaluation de la crédibilité de V.B. ou sur les faits qui se rapportent au deuxième chef. Je conviens également que si le juge avait conclu autrement, il aurait commis une erreur de droit. Je suis aussi d'accord pour dire que, dans la mesure où l'extrait cité ci-dessus peut être interprété comme étant une conclusion que les relations sexuelles anales constituent un élément essentiel du deuxième chef, cette conclusion aurait aussi constitué une erreur de droit. Les relations sexuelles anales étaient un des actes décrits par V.B. comme constituant la deuxième agression sexuelle, mais elles n'étaient pas nécessairement un élément essentiel pour arriver à une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Là où je ne suis pas d'accord avec mes collègues, c'est sur la question de leur conclusion voulant que ces genres d'erreurs découlent de la déclaration du juge reproduite ci-dessus.

[21] Pour que le juge ait commis les erreurs que mes collègues lui reprochent, il faudrait conclure qu'il a mal compris des principes de droit élémentaires tels que le fait que chaque chef précise une infraction distincte, que le pouvoir de retirer une accusation relève uniquement du poursuivant et que le retrait d'une accusation ne peut avoir un effet sur l'évaluation des infractions énoncées dans les autres chefs. Subsidiairement, il faudrait conclure que le juge n'a pas compris les éléments essentiels d'une accusation d'agression sexuelle. En toute déférence, ni la déclaration contestée considérée isolément ni la décision considérée dans son ensemble ne nous permettent d'attribuer de telles erreurs de base à ce juge de première instance très expérimenté.

[22] À mon sens, l'essentiel de la déclaration contestée du juge est qu'il a un doute raisonnable quant au deuxième chef. Comme je l'ai indiqué précédemment, au pire, la déclaration est ambiguë. Avant de pouvoir conclure qu'une observation ambiguë faite dans l'exposé des motifs de décision contient une erreur de droit, il faut la considérer dans le contexte de la décision dans son ensemble. Considérés dans leur ensemble, les motifs révèlent que le juge n'a commis aucune erreur du type qu'il est présumé avoir commise.

[23] Au début de sa décision, le juge du procès distingue clairement les deuxième et troisième chefs lorsqu'il dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Elle a ensuite témoigné relativement au troisième incident, mais je ne vais pas le mentionner, parce que cette accusation a été retirée. Pour ce qui est du deuxième incident, elle a témoigné qu'ils étaient alors dans une fourgonnette [...]

[24] À ce moment-là, le juge examine le témoignage de V.B. relativement au deuxième chef.

[25] À mon sens, ceci démontre clairement que le juge du procès était au fait de la distinction à faire entre le deuxième chef et celui qui avait été retiré. Il n'aurait eu aucune raison d'examiner le témoignage de V.B., ni d'ailleurs celui de M. Jennings, se rapportant au deuxième cas présumé d'agression sexuelle s'il allait conclure que, en droit, le poursuivant ne pouvait avoir gain de cause en raison du retrait du troisième chef.

[26] Qui plus est, dans les observations finales qu'il a formulées au moment de rendre son verdict, le juge du procès a déclaré M. Jennings coupable relativement au premier chef [TRADUCTION] « parce que tous les éléments [avaient] été prouvés hors de tout doute raisonnable ». Il a ensuite dit que [TRADUCTION] « le troisième chef a été – avait été retiré », puis [TRADUCTION] « et j'ai plus qu'un doute raisonnable quant à l'autre agression sexuelle ». Comme la Cour suprême du Canada l'a souligné dans

l'affaire *Walker*, en reprenant les propos énoncés par le juge d'appel Sharpe dans *R. c. Kendall* (2005), 75 O.R. (3d) 565, au par. 98, « [TRADUCTION] [i]l n'est pas nécessaire que le doute raisonnable repose sur des conclusions factuelles du même type que celles qui sont requises pour étayer une déclaration de culpabilité. Le doute raisonnable naît lorsque le fondement adéquat fait défaut (par. 26) ».

[27] Il faut reconnaître qu'il aurait été préférable que le juge du procès évite simplement de mentionner dans ses motifs le chef qui avait été retiré. Cependant, comme je l'ai mentionné précédemment, il n'est pas nécessaire que les motifs soient parfaits, et on ne peut pas, de façon réaliste, s'attendre à ce qu'ils le soient lorsque des juges de procès occupés exposent leurs motifs oralement à la fin du procès. C'est précisément parce qu'on ne peut s'attendre à ce qu'un juge qui expose ses motifs oralement produise des motifs parfaits qu'il faut examiner les déclarations ambiguës dans le contexte de l'ensemble des motifs lorsqu'on les examine pour voir si une erreur judiciaire a été commise. Je ne peux tout simplement pas me joindre à mes collègues pour conclure qu'une déclaration ambiguë du genre de celle visée dans l'appel reconventionnel peut, en soi, indiquer qu'un juge de première instance qui occupe cette fonction depuis longtemps et qui est expérimenté a commis des erreurs de droit élémentaires lorsque la décision, considérée dans son ensemble, indique autre chose. En toute déférence, la décision du juge indique qu'il savait qu'il devait examiner chaque chef séparément et qu'il comprenait le critère à remplir pour arriver à une déclaration de culpabilité relativement au deuxième chef. Il avait tout simplement un doute raisonnable, ce qui, en soi, ne constitue pas une erreur de droit : *R. c. Picot*. Ainsi, selon moi, rien ne fonde la Cour à intervenir pour ce qui est de l'appel reconventionnel.

[28] Pour ces motifs, je me suis joint à mes collègues le 9 septembre 2014 pour accorder à M. Jennings l'autorisation d'interjeter appel, accueillir son appel, annuler sa déclaration de culpabilité et ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement au premier chef, mais je ne peux me joindre à eux pour ce qui est de leur décision quant à l'appel reconventionnel. À mon sens, l'appel reconventionnel formé par le procureur général devrait être rejeté.

Version française des motifs des juges Bell et Green prononcés par

LE JUGE BELL

[29] Ronald Hondus Jennings avait initialement été accusé sur le fondement d'une dénonciation faisant état de trois chefs, dénonciation l'accusant de deux chefs d'agression sexuelle à l'endroit de V.B., infraction prévue à l'al. 271a) du *Code criminel*, et d'un chef de relations sexuelles anales à l'endroit de V.B., infraction prévue au par. 159(1). Le procureur général a retiré le chef de relations sexuelles anales et a fait instruire les deux accusations d'agression sexuelle. Un juge de la Cour provinciale a déclaré M. Jennings coupable relativement à la première agression sexuelle qui a eu lieu le 1^{er} juillet 2010 ou vers cette date et non coupable de la deuxième agression sexuelle qui aurait eu lieu le 23 juillet 2010 ou vers cette date. M. Jennings interjette appel de la déclaration de culpabilité, le procureur général de l'acquittement.

A. *Appel interjeté par M. Jennings de sa déclaration de culpabilité*

[30] Au début de l'audience, l'avocate du ministère public a informé la Cour que le ministère public consentait à la demande d'autorisation d'interjeter appel, à l'appel et à une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès relativement à la déclaration de culpabilité, mais qu'il poursuivait son appel de l'acquittement relativement au deuxième chef d'agression sexuelle. L'avocate de M. Jennings a consenti à l'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès relativement à la déclaration de culpabilité, mais elle a poursuivi son opposition à l'appel de l'acquittement interjeté par le ministère public.

[31] La prétention du procureur général quant à la déclaration de culpabilité est fondée. Bien que les motifs n'aient pas été invoqués comme moyen d'appel, ils sont, à mon sens, insuffisants. Le juge du procès passe en revue ses notes, à la première personne, ce qui confond parfois le lecteur, qui ne sait plus si les mots employés sont ceux du juge du procès, de V.B. ou de M. Jennings. Il n'y a pratiquement aucune analyse

pour lier les [TRADUCTION] « éléments de preuve exposés » aux allégations énoncées dans la dénonciation. Les conclusions de fait tirées de la preuve ne sont pas faciles à déceler. À mon sens, les motifs rendent l'examen en appel de la décision extrêmement difficile.

[32] Un moyen d'appel qui a été invoqué par M. Jennings est que le juge du procès a commis une erreur dans son évaluation de la crédibilité de M. Jennings. L'appréciation de la crédibilité est une question de fait qui ne justifie l'intervention du tribunal d'appel que si elle est le produit d'une erreur manifeste et dominante : *J.N.C. c. R.*, 2013 NBCA 59, 409 R.N.-B. (2^e) 310, au par. 14; *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, [2014] A.N.-B. n° 242 (QL), au par. 74. Bien que le juge du procès ait commis plusieurs erreurs de fait dans l'évaluation de la crédibilité de M. Jennings, je me limite à une seule pour accueillir l'appel et rendre une ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès. En concluant que M. Jennings n'était pas crédible, le juge du procès a dit qu'il [TRADUCTION] « [...] n'avait jamais témoigné quant à la première fois qu'elle prétend ... qu'il l'a agressée sexuellement chez elle ». Cette déclaration est inexacte. M. Jennings a témoigné à son procès. Il s'est exposé au contre-interrogatoire. Pendant son témoignage, il a parlé de ses souvenirs de sa première rencontre sexuelle avec V.B. Je suis convaincu que l'observation inexacte qu'a faite le juge du procès au sujet du témoignage de M. Jennings est entachée d'une erreur de fait manifeste qui, dans les circonstances, était dominante. J'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès en ce qui concerne la déclaration de culpabilité relativement au premier chef d'agression sexuelle.

B. *L'appel de l'acquittement formé par le procureur général*

[33] L'appel de l'acquittement interjeté par le procureur général ne peut être accueilli que si le juge du procès a commis une erreur de droit : al. 676(1)a) du *Code criminel*; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *R. c. Picot*, 2012 CSC 54, [2012] 3 R.C.S. 74. En outre, le procureur général doit convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même

s'il n'y avait pas eu d'erreur : *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, au par. 79; *Sutton*, précité.

[34] Au paragraphe 4, mon collègue le juge Richard commence ce qu'il appelle un bref aperçu des faits. Comme je l'ai mentionné précédemment, à mon sens, les conclusions de fait du juge du procès ne contiennent que très peu de la preuve déterminante. Cependant, étant donné le résumé qu'a fait le juge Richard de la version de M. Jennings de la raison pour laquelle cette affaire a été dénoncée à la police (les menaces proférées par M. Jennings de dénoncer V.B. à l'agence de protection de l'enfance), je vais simplement citer des extraits non publiés de la version relatée par V.B. relativement à cette seule question :

[TRADUCTION]

J'étais là un jour et il m'envoyait des messages textes qu'il voulait revenir et je lui ai dit non. Et il – il a commencé à m'envoyer des messages textes disant que si – si je ne le laissais pas revenir, il allait aller voir les services sociaux parce que j'avais deux enfants vivant dans – dans le même appartement, un garçon et une fille, et ils vivaient dans la même chambre et que ma maison était toujours en désordre et il avait des photos et des photos de moi. Et il – il n'hésiterait pas à les mettre sur Internet.

Q. Qu'est-ce que vous voulez dire par des photos de vous?

R. Il avait pris des photos et des vidéos de moi avec – nue et pendant qu'il avait des relations sexuelles avec moi. Et il me disait qu'il – que si je ne faisais pas tout ce qu'il disait, qu'il les mettrait sur un site Web sur Internet. Il avait des photos de moi et d'une autre fille, Michelle je pense. Il avait des vidéos d'elle aussi et il aurait commencé un site Web et nos photos seraient sur ce site. Et il avait tout le monde – toute la liste de contacts de mon téléphone cellulaire et de mon téléphone résidentiel et de mon compte Facebook, et elles seraient envoyées à tous ces contacts aussi, toutes ces photos.

[...]

Q. Étaient-elles dans votre téléphone?

R. Elles étaient dans son téléphone.

Q. Les a-t-il mentionnées de nouveau après la mi-juillet?

R. Oui, il les a mentionnées de nouveau quand il est parti, après qu'il est parti. Quand il les enverrait à tout le monde – il pouvait les envoyer à tout le monde que je connaissais et il a dit que les services sociaux aimeraient sûrement les voir, de sorte qu'il me menaçait ainsi de la perte de mes enfants.

Q. Et savez-vous pourquoi il vous menaçait, selon vous, de vous faire perdre vos enfants?

R. À la fin parce que lorsqu'il a dit qu'il voulait revenir et j'ai dit non. [Transcription de la décision, le 29 mai, les 10, 18 et 20 juin, les 10 et 25 juillet 2013, pages 42 à 43, lignes 2 à 24 et ligne 1; page 44, lignes 12 à 23.]

[C'est moi qui souligne.]

[35] Je passe maintenant à mes motifs pour accueillir l'appel de l'acquiescement formé par le ministère public.

[36] Dans ses motifs de décision, le juge du procès divise le témoignage de V.B. en trois parties distinctes. Il décrit le premier incident, puis il renvoie à [TRADUCTION] « plusieurs activités sexuelles » ne se rapportant pas aux première ou deuxième infractions reprochées, avant de parler de la [TRADUCTION] « deuxième infraction ». Pour ce qui est de cette infraction, il dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

En outre, aucune preuve concrète à l'appui d'une deuxième infraction visée à l'alinéa 271(1)a) n'a été présentée à la Cour. Son témoignage à elle indiquerait peut-être un deuxième incident dans la fourgonnette, mais alors on ne sait plus si ce deuxième incident aurait mené aux relations

sexuelles anales présumées, qui faisaient l'objet du troisième chef, donc – et ce troisième chef a été retiré. Alors je ne suis pas convaincu hors de tout doute raisonnable que le deuxième incident a eu lieu comme il a été allégué. [Transcription de la décision, le 29 mai, les 10, 18 et 20 juin, les 10 et 25 juillet 2013, pages 322 à 323, lignes 17 à 2.]

[37] Dans la mesure où le juge du procès a fait un lien entre la preuve se rapportant au deuxième chef d'agression sexuelle et le retrait du chef se rapportant aux relations sexuelles anales, il a commis une erreur de droit. Sa remarque voulant qu'il n'y ait aucune [TRADUCTION] « preuve concrète à l'appui d'une deuxième infraction » démontre clairement qu'il a fait un lien entre les deux. Comparons cette conclusion à la preuve donnée par V.B. au sujet de la deuxième infraction présumée :

Q. Vous rappelez-vous que quelque chose d'autre se soit produit après qu'il a emménagé le 1^{er} juillet? Quelle est la prochaine chose importante dont vous vous souvenez?

A. Il est retourné chez lui une semaine. Il n'avait pas apporté toutes ses affaires, mais une grande partie de celles-ci, et il était reparti à Saint-Ignace. Nous ne nous sommes pas parlé pendant quelques jours, ce qui était excellent. Je commençais à sentir, vous savez, que la vie reprenait son cours normal, et il a commencé à m'envoyer des messages textes me disant qu'il voulait me voir. Au début je ne savais pas trop si je devais y aller et il présentait des excuses, et tout ça, donc il voulait seulement parler. Donc, bon, j'ai – j'ai conduit à Saint-Ignace et je suis passée le prendre dans le même chemin où il vivait, où se trouvait le grand immeuble résidentiel. Nous avons rebroussé chemin vers où le chemin devient un chemin de terre et où il y a plein de, de petits chemins forestiers ou de genres de vieilles petites entrées de cour, et tout ça. Il voulait tourner dans l'un d'eux et je me souviens d'avoir dit : [TRADUCTION] « C'est bien parce que je dois aller aux toilettes. » Nous avons tourné dans l'un d'eux et nous avons parlé un peu et j'étais dans le siège du conducteur. Il a commencé à me saisir les bras et il se frottait partout sur moi et j'ai dit quelque chose du genre [TRADUCTION] « on ne peut pas. » J'ai dit [TRADUCTION] « on ne peut

pas et c'est une affaire de fille ». À ce moment-là, j'ai dit : [TRADUCTION] « On ne peut pas. » Et avant j'avais nettoyé ma fourgonnette parce qu'elle était toujours en désordre. Il y avait des essuie-tout et tout ça dans ma fourgonnette parce que j'avais nettoyé là entre les sièges. Et je lui disais que nous ne pouvions pas et il – il s'est penché vers moi et il a incliné mon siège, le siège du conducteur était penché loin vers l'arrière. J'essayais de m'échapper alors j'essayais de grimper sur le siège alors mon visage était enfoncé dans le siège. Il était – il était derrière moi. Il tirait sur l'arrière du pantalon que je portais et il me disait sans cesse « je t'aime. Tu es celle avec qui je veux être. Tu me manques. Nos relations sexuelles me manquent. » Il continuait d'avoir des relations sexuelles anales avec moi. J'essayais de m'échapper. J'essayais de me rendre à la portière arrière. J'étais penchée par-dessus de mon siège et je pouvais voir la porte coulissante et j'essayais d'atteindre la poignée pour pouvoir m'échapper. J'étais agrippée à l'arrière – l'appui-tête du siège de l'auto, et je tirais de toutes mes forces pour essayer de m'échapper de lui. Finalement, une fois qu'il a fini, j'ai pu atteindre le siège passager et je tirais et je me suis finalement rendue au siège passager, mais alors que je me tirais de ce côté il a fallu que je m'assoie directement dessus et il s'est moqué de moi en disant : [TRADUCTION] « Tu vas tout tacher ce siège. » [Transcription de la décision, le 29 mai, les 10, 18 et 20 juin, les 10 et 25 juillet 2013, pages 34 à 36, lignes 6 à 7.]

[38] Selon la thèse du ministère public, les relations sexuelles anales non consenties constituaient une partie de l'exposé relatif à la deuxième infraction. Il ne s'agissait pas d'un élément essentiel. Le retrait du chef d'accusation relatif aux relations sexuelles anales n'aurait dû avoir aucune incidence sur l'évaluation de la crédibilité de V.B. ou sur la détermination de la question de savoir si la conduite de M. Jennings, hormis les relations sexuelles anales présumées, constituait une agression sexuelle. Le juge du procès semble penser à tort que les relations sexuelles anales constituaient un élément essentiel du deuxième chef.

[39] En se fondant sur le retrait du troisième chef pour conclure que le deuxième chef n'avait pas été établi, le juge du procès a omis d'apprécier les éléments de preuve. Cette omission constitue une erreur de droit puisqu'elle est fondée sur l'application des mauvais principes juridiques (voir *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, aux par. 29-30) : chaque chef indique une infraction distincte (par. 581(1) du *Code*), et le pouvoir discrétionnaire de retirer une accusation relève uniquement du poursuivant (*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, aux par. 46 à 48).

[40] Je suis convaincu que la décision n'aurait pas nécessairement été la même si le juge du procès avait appliqué correctement le droit et avait apprécié les éléments de preuve sans tenir compte de l'accusation retirée. À mon sens, il a restreint à tort son appréciation des éléments de preuve à la question des relations sexuelles anales plutôt qu'à la question plus générale de l'agression sexuelle.

[41] La demande d'autorisation d'appel de M. Jennings est accueillie, l'appel est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée relativement au premier chef d'agression sexuelle. De plus, l'appel formé par le procureur général relativement au deuxième chef est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.