

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

74-16-CA

JESSE RUSSELL THOMPSON

JESSE RUSSELL THOMPSON

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Thompson v. R., 2017 NBCA 62

Thompson c. R., 2017 NBCA 62

CORAM:

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

CORAM :

l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
July 27, 2016

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 27 juillet 2016

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appeal heard:  
March 14, 2017

Appel entendu :  
le 14 mars 2017

Judgment rendered:  
December 14, 2017

Jugement rendu :  
le 14 décembre 2017

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard and  
The Honourable Justice Green

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Richard et  
l'honorable juge Green

Concurred in by:  
The Honourable Justice French

Souscrit aux motifs :  
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Margaret Gallagher, Q.C.

For the respondent:  
Kathryn Gregory

THE COURT

The appeal is allowed but only with respect to the conviction for sexual interference (s. 151 of the *Criminal Code*.) That conviction is conditionally stayed. The appeal relating to the other offences is dismissed.

Avocats à l'audience :

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

Pour l'intimée :  
Kathryn Gregory

LA COUR

L'appel est accueilli, mais seulement en ce qui concerne la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels (art. 151 du *Code criminel*). Cette déclaration de culpabilité est suspendue de façon conditionnelle. L'appel se rapportant aux autres infractions est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD and GREEN, JJ.A.

I. Introduction

[1] On July 27, 2016, following a trial by judge and jury, Jesse Russell Thompson was convicted on four counts under the *Criminal Code*: sexual assault (s. 271(a)), sexual interference (s. 151(a)), invitation to sexual touching (s. 152(a)), and luring a child by means of telecommunication, in this instance internet luring (s. 172.1(2)(a)). The offences were all alleged to have been committed between June 1, 2013, and March 10, 2014, and all related to a relationship Mr. Thompson had with a 14-year-old boy at a time when Mr. Thompson was 24 years old.

II. Background

[2] There was no dispute Mr. Thompson, on at least five occasions, between June 1, 2013, and March 10, 2014, engaged in oral sex with the male complainant. The criminal nature of the activity was related solely to the age of the complainant.

[3] The complainant had placed an advertisement on an internet site restricted to persons 18 years of age and older. He described himself as being an 18 year old male, 5'5" tall and weighing 130 pounds. In reality, he was 14 years old, 5'3" tall, and weighed only 100 pounds.

[4] A series of text messages and e-mails were exchanged between Mr. Thompson and the complainant. The two met on at least five occasions, and engaged in sexual activity. The relationship was terminated at the request of the complainant.

[5] The situation came to light and was reported to police as a result of a family member who, unbeknownst to either the complainant or Mr. Thompson, was monitoring the complainant's internet use.

[6] Mr. Thompson's first trial ended with a hung jury. He was tried again before a jury in the Court of Queen's Bench. The outcome of the trial essentially hinged on two things: (1) the credibility of the complainant who alleged that upon his first in-person encounter with Mr. Thompson he had disclosed his true age to him; and (2) in the event the complainant's testimony on that point was rejected, or if there was at least a reasonable doubt Mr. Thompson might not have been informed of the complainant's real age, whether Mr. Thompson could benefit from the defence of mistake of age as set out in ss. 150.1(4) and 172.1(4) of the *Criminal Code*.

[7] Testimony provided by the complainant established he had lied about his age in order to gain access to the website in question and place the ad to which Mr. Thompson had responded. Of particular significance was the complainant's testimony to the effect that, at their first face-to-face encounter, he disclosed to Mr. Thompson he was 14, and not 18. For his part, Mr. Thompson consistently denied this.

[8] There was simply no doubt Mr. Thompson and the complainant had engaged in sexual acts. Because the complainant was in reality 14 years of age and Mr. Thompson more than five years his senior, the complainant's "consent" to the activity that formed the subject-matter of charges under ss. 151, 150 and 271 could not constitute a defence: s. 150.1(1)(2.1) of the *Criminal Code*. However, the law does recognize that, in some situations, a person such as Mr. Thompson may be mistaken about the age of his sexual partner. An honest and reasonable belief in the existence of circumstances, which, if true, would make the act for which one is accused an innocent act has traditionally been held to be a good defence: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, [1980] S.C.J. No. 51 (QL). The defence of honest but mistaken belief was available because it revealed there was no intent to commit a crime. However, to enhance the protection of

youth, Parliament imposed a limitation on that defence in sexual cases involving young people. Section 150.1(4) provides as follows:

**150.1** (4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant.

[Emphasis added.]

**150.1** (4) Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant.

[C'est nous qui soulignons.]

[9] As for the charge of luring a child by means of telecommunication (s. 172.1(1)), a similar provision limits the availability of the defence of mistake as to age to situations where the accused took "reasonable steps [as opposed to all reasonable steps] to ascertain the age of the person" (emphasis added).

[10] At his second trial, Mr. Thompson was convicted on all counts. He now appeals his conviction.

### III. Issues

[11] Mr. Thompson raises two grounds of appeal:

1. The jury was not properly instructed on the law relating to the defence of honest but mistaken belief of the complainant's age, as set out in ss. 150.1(4) and 172.1(4) of the *Criminal Code*; and
2. There was an error in permitting multiple convictions arising out of the same fact situation.

IV. Analysis

[12] As alluded to above, there was a time when the defence of honest but mistaken belief applied even if the mistake related to a complainant's age. The rationale was that a person should not be convicted of a crime if that person honestly believed in a set of facts which, if true, would negate the *mens rea* of the offence. However, this common law defence is no longer available in that simple form when one is charged with certain offences. These include the offences with which Mr. Thompson was charged. As the Supreme Court explains in *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] S.C.J. No. 100 (QL), "through statutory intervention, Parliament has imported an objective element into the fault analysis to enhance protections for youth" (para. 8). Gascon J., for the Court, explains further:

[...] As a result, to convict an accused person who demonstrates an "air of reality" to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take "all reasonable steps" to ascertain the complainant's age (the objective element) [...] [para. 8]

[13] As the Supreme Court points out "[d]etermining what raises a reasonable doubt in respect of the objective element is a highly contextual, fact-specific exercise" (para. 9). Gascon J. continues:

In some cases, it may be reasonable to ask a partner's age. It would be an error, however, to insist that a reasonable person would ask a partner's age in every case (see e.g. *R. v. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166, at para. 27; *R. v. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386, at para. 17). Conversely, it would be an error to assert that a reasonable person would do no more than ask a partner's age in every case, given the commonly recognized motivation for young people to misrepresent their age (*R. v. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, at paras. 17, 26, 45 and 51 ("*Dragos*"); L. Vandervort, "'Too Young to Sell Me Sex?!' *Mens Rea*, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker" (2012) 58

*Crim. L.Q.*, 355 at pp. 360 and 375; J. Benedet, 21 C.R. (7th) 166, at p. 168 (“Benedet”); Stewart, at p. 4-26.1). Such narrow approaches would contradict the open-ended language of the reasonable steps provision. That said, at least one general rule may be recognized: the more reasonable an accused’s perception of the complainant’s age, the fewer steps reasonably required of them. This follows inevitably from the phrasing of the provision (“all reasonable steps”) and reflects the jurisprudence (*R. v. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350 (Nfld. C.A.) at para. 64 (“*Osborne*”), and academic commentary (*Manning, Mewett & Sankoff*, at p. 1113). [para. 9]

[14] In *George*, a 35-year-old woman had sex with a 14 ½-year-old boy who had instigated the sexual encounter following a party hosted by the woman’s 17-year-old son. Legally, the boy was incapable of consenting to the sexual act. The sexual activity took place after the boy entered the woman’s bedroom and spoke with her at length about various matters. The boy initiated the sexual contact. While the woman initially backed away and several times asked the boy to stop, she eventually surrendered to his persistence and became a willing participant. While she took no active steps to determine the boy’s age, she believed him to be “around 17 because, in the several months she had known [the boy], he looked that age, shaved, openly smoked cigarettes, easily bought cigarettes, and was a friend of her son (who was himself seventeen, typically socialized with older peers, and displayed less emotional maturity than [the boy])” (para. 6).

[15] In *George*, the sexual activity came to light when Ms. George had to answer a questionnaire as part of the screening process to join the RCMP. One of the questions asked if she had “ever engaged in sexual activity with someone who was under the age of 16” (para. 6). This prompted her to inquire about the boy’s age. It is only then she learned he had only been 14½ at the time of the sexual encounter. She truthfully answered the questionnaire. A police investigation ensued and Ms. George was eventually charged with sexual interference (s. 151) and sexual assault (s. 271).

[16] At trial, “[Ms. George’s] only available means of negating her criminal intent (*mens rea*) to have sex with a minor [...] was ‘mistake of age’, i.e. Ms. George

believing that [the boy] was at least 16” (para. 7). However, as indicated above, the defence of mistake of age does not apply in situations where the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age. In this context, the term complainant means the victim of an alleged offence: s. 2 of the *Criminal Code*.

[17] Ms. George was acquitted at trial. The trial judge “noted that the reasonable steps inquiry is contextual, and he considered various factors, including [the boy’s] physical appearance, behaviour and activities, the age and appearance of [the boy’s] social group, and the circumstances in which Ms. George had observed [the boy]” (para. 10). Upon reviewing these factors, the trial judge ruled “there remained a reasonable doubt about whether the Crown proved that [Ms. George] had failed to take all reasonable steps to determine [the boy’s] age” (para. 10). In a majority decision, the Saskatchewan Court of Appeal ordered a new trial. A dissenting judge would have dismissed the Crown’s appeal. This gave Ms. George a right to appeal to the Supreme Court of Canada.

[18] The Supreme Court allowed Ms. George’s appeal and restored the acquittals. The Supreme Court’s decision in *George* particularly stands as authority regarding the statutory limits imposed on Crown appeals against acquittals. The Court reminds us that, even in proceedings by indictment, such appeals are limited to questions of law alone. Moreover, appellate intervention is only justified in the face of an error of law if the error was sufficiently material, in that there is a “reasonable degree of certainty” that, but for the error, the verdict would not have been the same: *George* at para. 27.

[19] Despite the rationale for the Supreme Court’s ultimate ruling in *George*, being that the absence of a material error of law precludes appellate jurisdiction, the case is nevertheless instructive with respect to the framework pursuant to which one should assess a defence of mistake of age. On this point, we extract from *George* a number of important principles.



[20] First, before the mistake of age defence can be considered, an accused must demonstrate there is an air of reality to the defence. To do this, the trial judge “considers the totality of the evidence, and assumes the evidence relied upon by the accused to be true.” In other words, the “judge does not make determinations about the credibility of witnesses, weigh the evidence, make findings of fact, or draw determinate factual inferences. [...] The question for the trial judge is whether the evidence discloses a real issue to be decided by the jury, and not how the jury should ultimately decide the issue”: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paras. 53-54. “Whether or not there is an air of reality to a defence is a question of law, subject to appellate review” (para. 55).

[21] Second, the context in which the sexual activity in question occurred, and the circumstances that preceded the activity, can give rise to an air of reality for the defence even in the absence of any pro-active steps taken by an accused person. We extrapolate this principle because, in *George*, the Court concluded there was no error of law. In that case, Ms. George had not taken any steps to determine the boy’s age and had relied solely on the context and her knowledge of certain pre-existing circumstances, yet the Court found there was no error of law. This ruling necessarily means there was an air of reality to the defence.

[22] Third, where an accused demonstrates an air of reality to the mistake of age defence, the accused is entitled to an acquittal unless the Crown proves, beyond a reasonable doubt, one of two things: (1) the accused did not honestly believe the complainant was at least old enough to consent (16 in the present case); or (2) the accused did not take “all reasonable steps” to ascertain the complainant’s age (or, in the case of the luring a child offence, did not take reasonable steps). The first of these two elements is subjective. If the Crown can show beyond a reasonable doubt the accused him or herself did not honestly believe the complainant was of appropriate age, the defence is not available. The second element is an objective one. In assessing this element, a court must follow the following rule: “the more reasonable an accused’s perception of the complainant’s age, the fewer steps reasonably required of them” (para.

9). The question is whether, in the context of the case and considering all the circumstances, a reasonable person would have done more than what the accused did to ground his or her belief the complainant was of age. If so, the defence fails. If not, it succeeds.

[23] In the case of Ms. George, she had not taken any proactive steps to determine the boy's age but instead had relied on a number of factors such as his physical appearance, his behaviour and activities, the age and appearance of those with whom he socialized and the circumstances of his social interactions. She was also entitled to consider the "obvious level of comfort" with how [the boy] 'approached' the encounter", in the sense that he "came to Ms. George's bedroom uninvited and spoke to her for several hours about various topics, many reflecting maturity, and others suggestive in nature" (para. 19). According to the Supreme Court, the trial judge was entitled to consider these circumstances to have been enough, in the sense that a reasonable person in like circumstances would not have seen the need to take any further steps to determine the boy's age.

[24] In the present case, the fact the defence of mistake of age was left to the jury reveals the trial judge was of the view there was an air of reality to it. Crown counsel at trial did not argue otherwise. It is only on appeal that this argument was raised for the first time. The argument is raised in the alternative only in the event errors were found in the trial judge's charge to the jury. The argument goes that, if the charge was erroneous with respect to the defence of mistake of age, the Court should apply the *curative proviso* because the defence had no air in reality and should not even have been put to the jury. Counsel for the Attorney General argues that, because Mr. Thompson did not take any steps to ascertain the complainant's age, he cannot avail himself of the defence.

[25] We are unable to give effect to the Crown's argument that there was no air of reality to the defence. *George* makes it clear that the defence of mistake of age is available where the context reveals circumstances that could have led to a mistaken belief in age.

[26] In our view, the Supreme Court's decision in *George* confirms this defence should have been, as it was, put to the jury. In the context of this case, with the complainant having posted an ad on an adult site saying he was 18 years old, and in light of Mr. Thompson's testimony regarding the behaviour of the complainant relating to matters Mr. Thompson perceived as being beyond the knowledge or experience of a very young person, it was proper for the judge to instruct the jury on the defence of mistake of age. What remains is to determine if there was a material error in the trial judge's instructions to the jury on that defence.

[27] Recall that "to convict an accused person who demonstrates an 'air of reality' to the mistake of age defence, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, either that the accused person: (1) did not honestly believe the complainant was at least 16 (the subjective element); or (2) did not take 'all reasonable steps' to ascertain the complainant's age (the objective element)" (para. 8 in *George*). In the case of the luring offence, the second factor is "reasonable steps" as opposed to "all reasonable steps".

[28] In the present case, there was conflicting evidence on whether or not the complainant told Mr. Thompson his real age upon their first meeting. He claims he did; Mr. Thompson denies this. On this point, it was not simply a credibility contest. Even if the jury were not to accept Mr. Thompson's evidence, it would still have to find the Crown had not met the onus either: (1) if Mr. Thompson's evidence left the jury with a reasonable doubt on the issue; or (2) if, on the totality of the evidence, a reasonable doubt lingered on the question of whether or not the complainant had disclosed his real age to Mr. Thompson before their first sexual encounter.

[29] If the jury did not entertain a reasonable doubt that Mr. Thompson was informed of the complainant's real age, Mr. Thompson could not then be found to have honestly believed the complainant was at least 16 years old. The conflict in evidence called for an instruction that made it clear that Mr. Thompson was entitled to the benefit of the doubt on the question whether or not the complainant had disclosed his real age to him. In our view, the judge's charge to the jury, when read as a whole, conveyed that

point. The trial judge made it clear that reasonable doubt applies to the issue of credibility. Specifically referencing the conflicting testimony regarding age, the trial judge stated:

You heard the conflicting evidence that Mr. Thompson said he still believed that [the complainant] was 18 years of age and you heard [the complainant] say that on the first encounter he told Mr. Thompson he was 14. It is for you to determine on the evidence you have heard what you accept in terms of what transpired between Mr. Thompson and [the complainant]. It is only necessary for there to be a reasonable doubt left in your minds that he may have had an honest but mistaken belief in his age as I have set out to you and a reasonable doubt that he had taken all reasonable steps to determine his age on all of the evidence in order for you to find him not guilty on counts one to four.

[30] In our view, the charge to the jury made it clear that, unless the Crown had proven beyond a reasonable doubt that Mr. Thompson did not have an honest belief the complainant was at least 16 years old, the jury needed to give him the benefit of that doubt and move on to the next issue, which was whether the Crown had proven Mr. Thompson had not taken “all reasonable steps” to determine the complainant’s age (or, in the case of the offence under s. 172.1(1), “reasonable steps”).

[31] With regard to the “all reasonable steps” or “reasonable steps” portion of the analysis, the trial judge again conveyed to the jury it was not simply a question of finding that all reasonable steps or reasonable steps, as the case may be, were taken but rather of determining whether the prosecution had proven beyond a reasonable doubt that Mr. Thompson had not done that which a reasonable person would have done in the circumstances to ensure the complainant was of legal age for the sexual activities in question. On this point, the judge instructed the jury as follows:

If you believe Mr. Thompson and conclude that what he says he observed, said and did amounts to taking all reasonable steps to ascertain [the complainant’s] true age, then you must find him not guilty of all charges. Even if you do not believe Mr. Thompson but his testimony leaves

you with a reasonable doubt about whether he took all reasonable steps to ascertain [the complainant's] true age, then you must find him not guilty of all charges. Even if Mr. Thompson's testimony does not – does not raise with you a reasonable doubt that he did not take all reasonable steps to ascertain [the complainant's] true age, you may convict him only if you are satisfied on all the other evidence that the Crown has established beyond a reasonable doubt that he did not take all reasonable steps to ascertain the true age of [the complainant].

[32] Mr. Thompson argues certain portions of the judge's charge to the jury refer to conflicts between the testimonies of Mr. Thompson and the complainant and she instructed the jury "it is for you to determine who you believe" or "it is for you to decide whether [the complainant] actually indicated to Mr. Thompson that he was only 14 years of age." While it is true that certain comments, taken in isolation, appear to suggest this case was a credibility contest, we are of the view that, taken as a whole, the instructions to the jury make it clear Mr. Thompson was entitled to be acquitted unless the Crown established beyond a reasonable doubt either that Mr. Thompson did not honestly believe the complainant was at least 16 years old or had not taken all reasonable steps, or reasonable steps in the case of the luring offence, to ascertain the age of the complainant.

[33] While the trial judge did not benefit from the reasons of the Supreme Court in *George*, she nevertheless made it clear to the jury there could be some situations where compelling factors obviate the need for an inquiry into a sexual partner's age. The judge told the jury: "What constitutes reasonable steps will depend on the circumstances of each case. Sometimes it will not take much and sometimes [...] it will require more". Reminding the jury that the burden was on the Crown to satisfy the jury beyond a reasonable doubt that Mr. Thompson did not take all reasonable steps to ascertain the complainant's true age and that the assessment was an objective one, the judge then went on to review a number of circumstances that might be relevant for making this determination. Among these, the judge listed what the complainant had stated as his age on the internet site as well as the observations Mr. Thompson had made that led him to believe the complainant was at least 18 years old.

[34] In our view, though perhaps not perfectly instructed, the jury was properly instructed. The trial judge sufficiently laid out all relevant issues the jury had to decide and explained who bore the burden of proving what. The judge reviewed the relevant evidence and linked it to the determinations the jury had to make. While we will never know the analytical process by which the jury came to its verdict, it is clear to us that, when the charge is read as a whole, the jury knew it could not convict Mr. Thompson unless the Crown had shown beyond a reasonable doubt either that Mr. Thompson did not honestly believe the complainant was at least 16 years old or that Mr. Thompson did not take the steps required of a reasonable person in those circumstances to ascertain the age of the complainant.

[35] For these reasons, we would dismiss the appeal regarding the convictions on the charges under ss. 271(a), 152(a) and 172.1(1) of the *Criminal Code*.

A. *Multiple convictions arising from same facts*

[36] It is well-established an accused should not face “multiple convictions for separate offences based on a single act”: *Canada (Attorney General) v. Whaling*, [2014] 1 S.C.R. 392, [2014] S.C.J. No. 20 (QL), at para. 39, referring to *R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225, [1990] S.C.J. No. 11 (QL), at p. 233. This is referred to as the *Kienapple* principle, so called because of the Supreme Court decision in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, where Laskin J., as he then was, states:

[...] A convenient beginning is with the maxim expressed in *Hudson v. Lee* [(1589), 4 Co. Rep. 43a, 76 E.R. 989] at p. 990, “*nemo debet bis puniri pro uno delicto*”, which although framed in terms of double punishment, has come to be understood as directed also against double or multiple convictions; in short, *nemo bis vexari* as well as *nemo bis puniri*. This was exemplified in the unanimous judgment of this Court in *Cox and Paton v. The Queen* [[1963] S.C.R. 500] which involved, *inter alia*, convictions of the accused on two counts, numbered (1) and (3), for conspiracy to steal and conspiracy to defraud, both relating to the same money and securities. Cartwright J., as he then was, speaking for this Court, held that the Manitoba Court

of Appeal had properly quashed one of the convictions. He put the matter in these words (at p. 516):

The reason that the convictions on counts 1 and 3 cannot both be supported is not that they are “mutually destructive”, as was said of the counts in *R. v. Mills* [1959] Cr.L.Rev. 662, but rather that if both were allowed to stand the accused would in reality be convicted twice of the same offence. It is the same conspiracy which is alleged in the two counts and it would be contrary to law that the accused should be punished more than once for the same offence. [p. 745]

[37] In the present case, Mr. Thompson argues he “was improperly convicted of both sexual assault and sexual interference arising out of the same fact situation, and where the legal nexus was met”.

[38] The Crown concedes the point with respect to convictions for both sexual assault and sexual interference, and submits only one conviction should stand. The Crown requests a conditional stay be entered in relation to the conviction for sexual interference (s. 151). We agree, and would enter the conditional stay.

#### V. Conclusion and Disposition

[39] We would dismiss the appeal against conviction regarding the offences under ss. 271(a), 152(a) and 172.1(1) of the *Criminal Code*, but would allow the appeal and conditionally stay the conviction under s. 151.

LES JUGES RICHARD et GREEN

I. Introduction

[1] Le 27 juillet 2016, à l'issue d'un procès devant juge et jury, Jesse Russell Thompson a été déclaré coupable relativement à quatre chefs d'accusation visés au *Code criminel* : agression sexuelle (al. 271a)), contacts sexuels (al. 151a)), incitation à des contacts sexuels (al. 152a)), et leurre par un moyen de télécommunication, en l'espèce leurre sur Internet (al. 172.1(2a)). Les infractions auraient toutes été commises entre le 1<sup>er</sup> juin 2013 et le 10 mars 2014 et elles ressortissaient toutes à une relation que M. Thompson, qui était alors âgé de 24 ans, a eue avec un garçon âgé de 14 ans.

II. Contexte

[2] Nul n'a contesté le fait que M. Thompson a eu, à au moins cinq reprises, entre le 1<sup>er</sup> juin 2013 et le 10 mars 2014, des rapports sexuels oraux avec le plaignant. La nature criminelle de l'activité était uniquement imputable à l'âge du plaignant.

[3] Le plaignant avait publié une annonce sur un site Internet réservé aux personnes âgées de 18 ans ou plus. Il s'y était décrit comme une personne de sexe masculin âgée de 18 ans, mesurant 5 pi 5 po et pesant 130 livres. En réalité, il était âgé de 14 ans, mesurait 5 pi 3 po et ne pesait que 100 livres.

[4] Il y a eu échange d'une série de messages texte et de courriels entre M. Thompson et le plaignant. Ils se sont rencontrés au moins cinq fois et ont eu des rapports sexuels. La relation a pris fin à la demande du plaignant.



[5] Si la situation a été mise au jour et signalée à la police, c'est parce qu'un membre de la famille, à l'insu du plaignant et de M. Thompson, surveillait l'utilisation que faisait le plaignant d'Internet.

[6] À l'issue du premier procès de M. Thompson le jury s'était trouvé dans l'impasse. Il a été jugé de nouveau devant un jury à la Cour du Banc de la Reine. L'issue du procès dépendait essentiellement de deux choses : (1) la crédibilité du plaignant qui a prétendu que, lors de sa première rencontre avec M. Thompson, il lui avait révélé son âge réel; et (2) pour le cas où le témoignage du plaignant sur ce point aurait été rejeté, ou s'il subsistait à tout le moins un doute raisonnable quant au fait que M. Thompson n'avait peut-être pas été informé de l'âge réel du plaignant, la question de savoir si M. Thompson pouvait bénéficier du moyen de défense fondé sur l'erreur sur l'âge qui est énoncé aux par. 150.1(4) et 172.1(4) du *Code criminel*.

[7] Le témoignage qu'a rendu le plaignant a permis d'établir qu'il avait menti à propos de son âge afin de pouvoir accéder au site Web en question et y publier l'annonce à laquelle M. Thompson avait répondu. Le témoignage du plaignant, selon lequel il avait révélé à M. Thompson qu'il était âgé de 14 ans et non de 18 ans, lorsqu'ils se sont rencontrés en personne pour la première fois a revêtu une importance particulière. M. Thompson, quant à lui, a toujours nié cette prétention.

[8] Il ne faisait tout simplement aucun doute que M. Thompson et le plaignant s'étaient livrés à des actes sexuels. Parce que le plaignant était en réalité âgé de 14 ans et que M. Thompson était son aîné de plus de cinq ans, le « consentement » du plaignant aux rapports sexuels qui fondaient les accusations portées en vertu des art. 151, 150 et 271 ne pouvait pas constituer un moyen de défense : par. 150.1(1) et (2.1) du *Code criminel*. Toutefois, le droit reconnaît que, dans certaines situations, une personne comme M. Thompson peut se méprendre sur l'âge de son partenaire sexuel. Une croyance sincère et raisonnable dans l'existence de circonstances qui, si elles étaient avérées, feraient de l'acte dont une personne est accusée un acte innocent a traditionnellement été tenue pour un moyen de défense valable : *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, [1980]

A.C.S. n° 51 (QL). La défense de croyance sincère mais erronée pouvait être invoquée parce qu'elle révélait l'absence d'intention de commettre un crime. Toutefois, afin d'accorder une protection accrue aux adolescents, le législateur fédéral a apporté une limite à ce moyen de défense dans les instances à caractère sexuel mettant en cause de jeunes personnes. Le paragraphe 150.1(4) prescrit ce qui suit :

**150.1** (4) It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant.

[Emphasis added.]

**150.1** (4) Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant.

[C'est nous qui soulignons.]

[9] En ce qui concerne l'accusation de leurre par un moyen de télécommunication (par. 172.1(1)), une disposition semblable limite l'applicabilité de la défense d'erreur sur l'âge aux situations où l'accusé a pris « des mesures raisonnables [par opposition à toutes les mesures raisonnables] pour s'assurer de l'âge de la personne » (c'est nous qui soulignons).

[10] Lors de son deuxième procès, M. Thompson a été déclaré coupable relativement à tous les chefs d'accusation. Il interjette appel de cette déclaration de culpabilité.

### III. Questions en litige

[11] M. Thompson invoque deux moyens d'appel.

1. Le jury n'a pas reçu des directives appropriées sur les règles de droit régissant la défense de croyance sincère mais erronée relativement à l'âge du

plaignant qui est énoncée aux par. 150.1(4) et 172.1(4) du *Code criminel*;

2. Ce fut une erreur que de permettre des déclarations de culpabilité multiples découlant de la même situation factuelle.

#### IV. Analyse

[12] Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, à une certaine époque la défense de croyance sincère mais erronée s'appliquait même si l'erreur se rapportait à l'âge d'un plaignant. Le raisonnement suivi était qu'une personne ne devrait pas être déclarée coupable d'un crime si elle croyait sincèrement dans l'existence d'un ensemble de faits qui, s'ils étaient avérés, annuleraient la *mens rea* de l'infraction. Toutefois, ce moyen de défense reconnu en common law n'est plus disponible sous cette forme simple lorsqu'une personne est accusée de certaines infractions. Celles-ci comprennent notamment les infractions dont M. Thompson était accusé. Comme la Cour suprême l'a expliqué dans l'arrêt *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] A.C.S. n° 100 (QL), « par voie de dispositions législatives, le Parlement a importé dans l'analyse de la faute un élément objectif afin d'accorder une protection accrue aux jeunes personnes » (par. 8). Le juge Gascon, qui rendait jugement au nom de la Cour, a également expliqué ceci :

[...] Par conséquent, pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d'erreur sur l'âge possède une « apparence de vraisemblance », le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans (l'élément subjectif), soit que l'accusé (2) n'a pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge du plaignant (l'élément objectif) [...]. [par. 8]

[13] Comme le souligne la Cour suprême « [d]éterminer si un doute raisonnable se soulève à l'égard de l'élément objectif constitue une analyse éminemment contextuelle et tributaire des faits » (par. 9). Le juge Gascon ajoute ensuite ceci :

Dans certains cas, il est sans doute raisonnable de demander l'âge de son partenaire. Par contre, il serait erroné d'exiger qu'une personne raisonnable s'enquière dans tous les cas de l'âge de son partenaire (voir, par exemple, *R. c. Tannas*, 2015 SKCA 61, 21 C.R. (7th) 166, par. 27; *R. c. Gashikanyi*, 2015 ABCA 1, 588 A.R. 386, par. 17). À l'inverse, il serait erroné de prétendre qu'une personne raisonnable se contenterait dans tous les cas de simplement demander à son partenaire quel est son âge, vu la motivation – généralement reconnue – qu'ont les jeunes à mentir au sujet de leur âge (*R. c. Dragos*, 2012 ONCA 538, 111 O.R. (3d) 481, par. 17, 26, 45 et 51 (« *Dragos* »); L. Vandervort, « 'Too Young to Sell Me Sex?!' *Mens Rea*, Mistake of Fact, Reckless Exploitation, and the Underage Sex Worker » (2012) 58 *Crim L.Q.*, 355, p. 360 et 375; J. Benedet, 21 C.R. (7th) 166, p. 168 (« *Benedet* »); Stewart, p. 4-26.1). De telles interprétations restrictives iraient à l'encontre du libellé non limitatif de la disposition relative aux mesures raisonnables. Cela dit, au moins une règle générale peut être dégagée : plus la perception qu'a l'accusé de l'âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé. Cette conclusion découle inéluctablement du libellé de la disposition (« toutes les mesures *raisonnables* »), en plus de refléter la jurisprudence (*R. c. Osborne* (1992), 17 C.R. (4th) 350 (C.A. T.-N.), par. 64 (« *Osborne* »)) et la doctrine (*Manning, Mewett & Sankoff*, p. 1113). [par. 9]

- [14] Dans l'affaire *George*, une femme âgée de 35 ans avait eu des rapports sexuels avec un garçon âgé de 14 ans ½ qui avait initié l'activité sexuelle à la suite d'une fête organisée par le fils de cette femme, lui-même âgé de 17 ans. L'adolescent ne pouvait légalement consentir à l'acte sexuel. L'activité sexuelle avait eu lieu après que l'adolescent était entré dans la chambre de la femme et avait longuement parlé avec elle de sujets variés. C'est l'adolescent qui avait été l'instigateur des contacts sexuels. Bien que la femme ait initialement reculé et ait à plusieurs reprises demandé à l'adolescent d'arrêter, elle avait fini par céder à ses instances et avait participé volontairement aux rapports sexuels. Bien qu'elle n'eût pris aucune mesure concrète pour déterminer l'âge de l'adolescent, elle le croyait âgé d'« environ 17 ans, car elle le connaissait depuis plusieurs mois et il paraissait avoir cet âge, il se rasait, il ne se cachait pas pour fumer, il n'avait

aucune difficulté à s'acheter des cigarettes et il était un ami de son fils (qui était âgé de 17 ans, fréquentait habituellement des amis plus vieux que lui et démontrait une maturité moins grande que [l'adolescent] sur le plan affectif) » (par. 6).

[15] Dans l'affaire *George*, l'existence de l'activité sexuelle avait été découverte lorsque M<sup>me</sup> George avait dû répondre à un questionnaire dans le cadre du processus de sélection pour un poste au sein de la GRC. Dans une des questions, on lui demandait si elle [TRADUCTION] « s'était déjà livrée à une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 16 ans » (par. 6). Cette question l'avait incitée à s'enquérir de l'âge exact de l'adolescent. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'elle avait appris qu'il n'avait que 14 ans ½ au moment de l'activité sexuelle. Elle avait dit la vérité dans sa réponse à la question. Il s'en était ensuivi une enquête policière et M<sup>me</sup> George avait finalement été accusée de contacts sexuels (art. 151) et d'agression sexuelle (art. 271).

[16] Au procès, « le seul moyen dont [...] disposait [M<sup>me</sup> George] pour réfuter qu'elle avait eu l'intention criminelle (*mens rea*) d'avoir des rapports sexuels avec un mineur [...] était de faire valoir qu'elle avait commis une 'erreur sur l'âge', c'est-à-dire qu'elle croyait que [l'adolescent] avait au moins 16 ans » (par. 7). Toutefois, comme nous l'avons mentionné, la défense d'erreur sur l'âge ne s'applique pas dans les situations où le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge du plaignant. Dans ce contexte, le mot « plaignant » s'entend de la victime de l'infraction présumée : art. 2 du *Code criminel*.

[17] M<sup>me</sup> George a été acquittée au procès. Le juge du procès avait « souligné le caractère contextuel de l'analyse concernant les mesures raisonnables, puis examiné divers facteurs tels l'apparence physique, le comportement et les activités de [l'adolescent], l'âge et l'apparence des membres du groupe social de [l'adolescent], ainsi que les situations dans lesquelles M<sup>me</sup> George avait observé celui-ci » (par. 10). Après avoir examiné ces facteurs, le juge du procès avait conclu « qu'un doute raisonnable persistait relativement à la question de savoir si le ministère public avait prouvé que

M<sup>me</sup> George avait omis de prendre toutes les mesures raisonnables pour déterminer l'âge de [l'adolescent] » (par. 10). Dans une décision rendue à la majorité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Une juge dissidente était d'avis de rejeter l'appel du ministère public. Cela donnait à M<sup>me</sup> George le droit de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada.

[18] La Cour suprême a accueilli l'appel de M<sup>me</sup> George et rétabli les acquittements. La décision de la Cour suprême dans l'affaire *George* fait tout particulièrement autorité en ce qui concerne les limites législatives apportées aux appels susceptibles d'être formés par le ministère public contre un acquittement. La Cour nous rappelle que même dans le cadre de procédures sur acte d'accusation, ces appels se limitent aux appels fondés sur des questions de droit seulement. De plus, l'intervention d'une cour d'appel n'est justifiée en présence d'une erreur de droit que si l'erreur est suffisamment importante, en ce sens que l'on peut conclure avec un « degré raisonnable de certitude » que n'eût été cette erreur, le verdict n'aurait pas été le même : *George*, au par. 27.

[19] Malgré le raisonnement qui sous-tend la décision que la Cour suprême a rendue au final dans l'affaire *George*, savoir que l'absence d'une erreur de droit importante écarte la compétence d'une juridiction d'appel, cet arrêt est néanmoins instructif en ce qui concerne le cadre au regard duquel il faut évaluer une défense d'erreur sur l'âge. Sur ce point, nous dégagons de l'arrêt *George* un certain nombre de principes importants.

[20] En premier lieu, pour que la défense d'erreur sur l'âge puisse être prise en considération, l'accusé doit démontrer que sa défense présente une apparence de vraisemblance. À cette fin, le juge du procès « examine l'ensemble de la preuve et tient pour véridiques les éléments de preuve produits par l'accusé ». Autrement dit, le juge « s'abstient de se prononcer sur la crédibilité des témoins, d'apprécier la valeur probante de la preuve, de tirer des conclusions de fait ou de faire des inférences de fait précises. [...] Le juge du procès doit se demander si, au regard de la preuve, il existe une véritable

question qui doit être tranchée par le jury, et non pas comment le jury doit trancher la question en fin de compte » : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, aux par. 53 et 54. « La question de savoir si un moyen de défense est vraisemblable ou non est une question de droit pouvant faire l'objet d'un examen en appel » (par. 55).

[21] En second lieu, le contexte dans lequel l'activité sexuelle a eu lieu, ainsi que les circonstances qui ont précédé cette activité, peut conférer une apparence de vraisemblance au moyen de défense même lorsque l'accusé n'a pris aucune mesure proactive. Nous extrapolons ce principe parce que, dans l'arrêt *George*, la Cour a conclu qu'aucune erreur de droit n'avait été commise. Dans cette affaire, M<sup>me</sup> George n'avait pris aucune mesure afin de déterminer l'âge de l'adolescent et s'était uniquement appuyée sur le contexte et la connaissance qu'elle avait de certaines circonstances préexistantes et pourtant, la Cour a conclu à l'absence d'erreur de droit. Cette conclusion signifie nécessairement que le moyen de défense présentait une apparence de vraisemblance.

[22] En troisième lieu, lorsque l'accusé démontre que la défense d'erreur sur l'âge a une apparence de vraisemblance, il a droit à un acquittement à moins que le ministère public ne prouve, hors de tout doute raisonnable, une des deux choses suivantes : (1) l'accusé ne croyait pas sincèrement que le plaignant avait à tout le moins l'âge voulu pour consentir (savoir 16 ans en l'espèce); ou (2), l'accusé n'a pas pris « toutes les mesures raisonnables » pour s'assurer de l'âge du plaignant (ou, s'agissant de l'infraction de leurre, n'a pas pris de mesures raisonnables). Le premier de ces deux éléments est subjectif. Si le ministère public peut établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé lui-même ne croyait pas sincèrement que le plaignant avait l'âge voulu, l'accusé ne peut se prévaloir du moyen de défense. Le deuxième élément est objectif. Lorsqu'elle évalue cet élément, la Cour doit respecter la règle suivante : « [P]lus la perception qu'a l'accusé de l'âge du plaignant est raisonnable, moins le nombre de mesures raisonnablement requises de la part du premier sera élevé » (par. 9). La question est de savoir si, dans le contexte de l'affaire et compte tenu de l'ensemble des circonstances, une personne raisonnable aurait fait davantage que ne l'a fait l'accusé pour

fonder sa conviction selon laquelle le plaignant avait l'âge voulu. Dans l'affirmative, le moyen de défense est rejeté. Dans la négative, il est accueilli.

[23] S'agissant de M<sup>me</sup> George, elle n'avait pris aucune mesure proactive pour déterminer l'âge de l'adolescent mais s'était plutôt fiée à un certain nombre de facteurs, savoir notamment son apparence physique, son comportement et ses activités, l'âge et l'apparence des personnes qu'il fréquentait et les circonstances de ses interactions sociales. Elle était aussi en droit de prendre en considération « l'aisance évidente » avec laquelle [l'adolescent avait] 'abordé' l'activité en question » en ce sens qu'il était « entré dans la chambre à coucher de M<sup>me</sup> George sans y être invité et qu'il [avait] parlé avec elle pendant plusieurs heures de sujets variés, dont bon nombre révélaient de la maturité, alors que d'autres avaient un caractère suggestif » (par. 19). Selon la Cour suprême, le juge du procès était en droit de considérer que ces circonstances étaient suffisantes, en ce sens qu'une personne raisonnable se trouvant dans des circonstances semblables n'aurait pas estimé nécessaire de prendre d'autres mesures afin de déterminer l'âge de l'adolescent.

[24] En l'espèce, le fait que la défense d'erreur sur l'âge a été laissée à l'appréciation du jury révèle que le juge du procès était d'avis que cette défense présentait une apparence de vraisemblance. Au procès, l'avocat du ministère public n'a pas fait valoir le contraire. C'est seulement en appel que cet argument a été soulevé pour la première fois. Il est soulevé à titre subsidiaire pour le seul cas où l'on conclurait que le juge du procès a commis des erreurs dans son exposé au jury. Suivant cet argument, pour le cas où l'exposé serait erroné en ce qui concerne la défense d'erreur sur l'âge, la Cour devrait recourir à la disposition réparatrice parce que le moyen de défense n'avait aucune apparence de vraisemblance et n'aurait même pas dû être soumis à l'appréciation du jury. Le substitut du Procureur général prétend que parce que M. Thompson n'a pris aucune mesure pour s'assurer de l'âge du plaignant, il ne peut se prévaloir du moyen de défense en question.

[25] Il nous est impossible de donner effet à l'argument du ministère public voulant que le moyen de défense n'ait eu aucune apparence de vraisemblance. L'arrêt



*George* prescrit clairement que la défense d'erreur sur l'âge est recevable lorsque le contexte révèle des circonstances qui auraient pu donner lieu à une croyance erronée quant à l'âge du plaignant.

[26] À notre avis, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *George* confirme que ce moyen de défense devait être, ainsi qu'il l'a été, soumis à l'appréciation du jury. Dans le contexte qui nous occupe, le plaignant ayant mis sur un site réservé aux adultes une annonce disant qu'il était âgé de 18 ans, et à la lumière du témoignage de M. Thompson concernant le comportement du plaignant relativement à des choses dont M. Thompson estimait qu'elles dépassaient ce qu'une très jeune personne devrait savoir ou ce dont elle devrait avoir fait l'expérience, la juge était fondée à donner au jury des directives sur la défense d'erreur sur l'âge. Il nous reste encore à déterminer si la juge du procès a commis une erreur importante dans les directives qu'elle a données au jury sur ce moyen de défense.

[27] On se rappellera que « pour que soit déclaré coupable un accusé qui démontre que sa défense d'erreur sur l'âge possède une 'apparence de vraisemblance', le ministère public doit alors prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé (1) ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans (l'élément subjectif), soit que l'accusé (2) n'a pas pris 'toutes les mesures raisonnables' pour s'assurer de l'âge du plaignant (l'élément objectif) » (par. 8 de l'arrêt *George*). Dans le cas de l'infraction de leurre, le deuxième facteur consiste en des « mesures raisonnables » par opposition à « toutes les mesures raisonnables ».

[28] En l'espèce, il y avait des témoignages contradictoires sur la question de savoir si le plaignant avait ou non dit son âge réel à M. Thompson lors de leur première rencontre. Le plaignant prétend le lui avoir dit; ce que M. Thompson nie. Sur ce point, il ne s'agissait pas simplement d'un concours de crédibilité. Même si le jury ne souscrivait pas au témoignage de M. Thompson, il devait néanmoins conclure que le ministère public ne s'était pas non plus acquitté de la charge qui lui incombait dans l'un ou l'autre des cas suivants : (1) le témoignage de M. Thompson laissait persister un doute raisonnable sur la

question dans l'esprit du jury; ou (2) compte tenu de la preuve dans son ensemble, un doute raisonnable subsistait sur la question de savoir si le plaignant avait ou non révélé son âge réel à M. Thompson avant leurs premiers rapports sexuels.

[29] Si le jury n'entretenait aucun doute raisonnable quant au fait que M. Thompson avait été informé de l'âge réel du plaignant, il n'aurait pas pu ensuite conclure que M. Thompson croyait sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans. Étant donné les témoignages contradictoires, il fallait une directive claire portant que M. Thompson avait droit au bénéfice du doute sur la question de savoir si le plaignant lui avait ou non révélé son âge réel. Nous sommes d'avis que l'exposé de la juge au jury, considéré dans son ensemble, l'a bien fait comprendre au jury. La juge du procès a clairement dit que le doute raisonnable s'applique à la question de la crédibilité. Se reportant expressément aux témoignages contradictoires concernant l'âge, la juge du procès a dit ceci :

[TRADUCTION]

Vous avez entendu les témoignages contradictoires, savoir que M. Thompson a dit qu'il croyait toujours que [le plaignant] avait 18 ans et vous avez entendu [le plaignant] dire que lors de leur première rencontre, il a dit à M. Thompson qu'il avait 14 ans. C'est à vous qu'il appartient de déterminer, d'après la preuve que vous avez entendue, ce que vous acceptez à propos de ce qui s'est passé entre M. Thompson et [le plaignant]. Il faut seulement qu'il subsiste dans votre esprit un doute raisonnable selon lequel il a pu avoir une croyance sincère mais erronée quant à son âge, comme je vous l'ai expliqué, et un doute raisonnable selon lequel il avait pris toutes les mesures raisonnables pour déterminer son âge, d'après la preuve dans son ensemble, pour que vous puissiez le déclarer non coupable relativement aux chefs un à quatre.

[30] Nous sommes d'avis que l'exposé au jury précisait clairement qu'à moins que le ministère public n'ait prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Thompson ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans, le jury devait lui laisser le bénéfice du doute et passer à la question suivante, laquelle était de savoir si le ministère public avait prouvé que M. Thompson n'avait pas pris « toutes les mesures

raisonnables » pour déterminer l'âge du plaignant (ou, s'agissant de l'infraction visée au par. 172.1(1), des « mesures raisonnables »).

[31] En ce qui concerne la partie de l'analyse qui ressortit à la prise de « toutes les mesures raisonnables » ou de « mesures raisonnables », la juge du procès a là encore bien fait comprendre au jury qu'il ne s'agissait pas simplement de conclure que toutes les mesures raisonnables ou des mesures raisonnables, selon le cas, avaient été prises, mais plutôt de déterminer si le poursuivant avait prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Thompson n'avait pas fait ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances pour s'assurer que le plaignant avait l'âge légal requis pour les activités sexuelles en question. À cet égard, la juge a donné les directives suivantes au jury :

[TRADUCTION]

Si vous croyez M. Thompson et concluez que ce qu'il dit avoir constaté, avoir dit et avoir fait revient à avoir pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge véritable [du plaignant], vous devez le déclarer non coupable relativement à l'ensemble des accusations. Même si vous ne croyez pas M. Thompson mais que son témoignage laisse subsister dans votre esprit un doute raisonnable quant à la question de savoir s'il a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge réel [du plaignant], vous devez le déclarer non coupable relativement à l'ensemble des accusations. Même si le témoignage de M. Thompson ne – ne soulève pas chez vous de doute raisonnable quant au fait qu'il n'aurait pas pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge réel [du plaignant], vous ne pouvez le déclarer coupable que si vous êtes convaincus, à la lumière de tous les autres éléments de preuve, que le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable qu'il n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge réel [du plaignant].

[32] M. Thompson fait valoir que certaines parties de l'exposé de la juge au jury font état de contradictions entre le témoignage de M. Thompson et celui du plaignant et qu'elle a donné comme directive aux jurés que [TRADUCTION] « c'est à vous qu'il appartient de déterminer qui vous croyez » ou [TRADUCTION] « c'est à vous de décider si [le plaignant] a effectivement dit à M. Thompson qu'il n'était âgé que de 14 ans ».

Bien qu'il soit vrai que certains commentaires, pris isolément, semblent donner à penser qu'il s'agissait en l'espèce d'un concours de crédibilité, nous sommes d'avis que, envisagées dans leur ensemble, les directives au jury précisent clairement que M. Thompson était en droit d'être acquitté à moins que le ministère public n'ait établi hors de tout doute raisonnable soit que M. Thompson ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans soit qu'il n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables, ou des mesures raisonnables dans le cas de l'infraction de leurre, pour s'assurer de l'âge du plaignant.

[33] Bien que la juge du procès n'ait pas eu l'avantage d'avoir accès aux motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *George*, elle a néanmoins clairement expliqué au jury qu'il pouvait y avoir des situations où des facteurs évidents ou convaincants parent à la nécessité de s'enquérir de l'âge d'un partenaire sexuel. La juge a dit au jury que [TRADUCTION] « [c]e qui constitue des mesures raisonnables dépend des circonstances de chaque instance. Parfois il ne faut pas grand-chose et parfois [...] il en faut plus ». Après avoir rappelé au jury que c'était au ministère public qu'il incombait de lui prouver hors de tout doute raisonnable que M. Thompson n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge réel du plaignant et que cette évaluation devait être objective, la juge a ensuite passé en revue un certain nombre de circonstances susceptibles d'être pertinentes pour trancher cette question. Parmi celles-ci, la juge a mentionné l'âge que le plaignant avait déclaré avoir sur le site Internet ainsi que les observations que M. Thompson avait faites et qui l'avaient amené à croire que le plaignant était âgé d'au moins 18 ans.

[34] Nous sommes d'avis que s'il n'a peut-être pas reçu des directives parfaites, le jury a reçu des directives appropriées. La juge du procès a suffisamment exposé toutes les questions pertinentes que le jury devait trancher et expliqué à qui incombait la charge de prouver quoi. Elle a passé en revue les éléments de preuve pertinents et a établi un rapport entre ces éléments de preuve et les décisions que le jury devait prendre. Nous ne saurons jamais quel processus analytique a permis au jury d'arriver à son verdict, mais il est clair à nos yeux, lorsqu'on lit les directives dans leur

ensemble, que le jury savait qu'il ne pouvait pas déclarer M. Thompson coupable à moins que le ministère public n'ait établi hors de tout doute raisonnable soit que M. Thompson ne croyait pas sincèrement que le plaignant était âgé d'au moins 16 ans soit que M. Thompson n'avait pas pris les mesures qu'aurait dû prendre une personne raisonnable dans les circonstances pour s'assurer de l'âge du plaignant.

[35] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter l'appel pour ce qui concerne les déclarations de culpabilité prononcées au titre des accusations portées en vertu des al. 271a)) et 152a) et du par. 172.1(1) du *Code criminel*.

A. *Les déclarations de culpabilité multiples découlant des mêmes faits*

[36] Il est bien établi qu'un accusé ne devrait pas faire l'objet de « déclarations de culpabilité multiples pour des infractions distinctes qui découlent d'un seul acte » : *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392, [2014] A.C.S. n° 20 (QL), au par. 39, renvoyant à *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, [1990] A.C.S. n° 11 (QL), à la p. 233. Il s'agit du principe dit *Kienapple*, ainsi appelé en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, où le juge Laskin, tel était alors son titre, a dit ce qui suit :

[...] Il convient de commencer avec l'adage exprimé dans l'arrêt *Hudson v. Lee* [(1589), 4 Co. Rep. 43a, 76 E.R. 989.] à la p. 990, « *nemo debet bis puniri pro uno delicto* », adage qui, même s'il est formulé en termes de double punition, en est venu à être compris comme dirigé aussi contre les déclarations de culpabilité doubles ou multiples; bref, *nemo bis vexari* aussi bien que *nemo bis puniri*. C'est ce qu'illustre le jugement unanime de cette Cour dans l'affaire *Cox et Paton c. La Reine*, [(1963] R.C.S. 500.] qui portait, entre autres choses, sur des déclarations de culpabilité prononcées contre l'inculpé sur deux chefs d'accusation, numérotés (1) et (3), de complot en vue de commettre un viol et de complot en vue de frauder, lesquels avaient tous deux trait aux mêmes deniers et aux mêmes valeurs. M. le Juge Cartwright, alors juge puîné, parlant au nom de cette Cour, a conclu que c'était à bon droit que la Cour d'appel du Manitoba avait invalidé l'une des

déclarations de culpabilité. Il a exposé la chose en ces termes (à la p. 516) :

[TRADUCTION] La raison pour laquelle les déclarations de culpabilité prononcées sur les chefs 1 et 3 ne peuvent être maintenues toutes les deux n'est pas qu'elles « se détruisent mutuellement », comme on l'a dit des chefs qui étaient en cause dans l'affaire *R. v. Mills* (1959) Cr. L. Rev. 662, mais plutôt que, si on les laissait subsister toutes les deux, l'accusé serait en réalité déclaré coupable deux fois pour la même infraction. C'est le même complot qui est allégué dans les deux chefs d'accusation et il serait contraire à la loi de punir l'accusé plus d'une fois pour la même infraction. [p. 745]

[37] En l'espèce, M. Thompson prétend qu'il a [TRADUCTION] « à tort été déclaré coupable à la fois d'agression sexuelle et de contacts sexuels relativement à la même situation factuelle, et ce, alors que le lien juridique avait été établi ».

[38] Le ministère public souscrit à cette prétention en ce qui concerne les déclarations de culpabilité à la fois pour agression sexuelle et contacts sexuels et fait valoir qu'une seule déclaration de culpabilité devrait être maintenue. Le ministère public demande que la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels (art. 151) soit suspendue de façon conditionnelle. Nous accédons à sa demande et sommes d'avis d'inscrire la suspension conditionnelle.

#### V. Conclusion et dispositif

[39] Nous sommes d'avis de rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité pour ce qui concerne les infractions visées aux al. 271a) et 152a) et au par. 172.1(1) du *Code criminel*, mais d'accueillir l'appel en ce qui concerne la déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'art. 151 et de suspendre de façon conditionnelle cette déclaration de culpabilité.