

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

122-19-CA

KEREM OZER

KEREM OZER

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Ozer v. R., 2022 NBCA 9

Ozer c. R., 2022 NBCA 9

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

CORAM :

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

Appeal from a decision of the Provincial Court:
June 14, 2019 (conviction)
October 11, 2019 (sentence)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
le 14 juin 2019 (déclaration de culpabilité)
le 11 octobre 2019 (détermination de la peine)

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal:
[2021] N.B.J. No. 144

Cour d'appel :
[2021] A.N.-B. n° 144

Appeal heard:
November 10, 2021

Appel entendu :
le 10 novembre 2021

Judgment rendered:
March 31, 2022

Jugement rendu :
le 31 mars 2022

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Terence R. Connelly

Pour l'appelant :
Terence R. Connelly

For the respondent:
Patrick McGuinty

Pour l'intimée :
Patrick McGuinty

THE COURT

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

LA COUR

Admet l'appel, rejette le verdict et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] At what was described as a “senior kickoff party” – an event neither organized nor sponsored by a school – two teenagers, a male and a female, consumed alcohol and marijuana and had a sexual encounter in a tent while others milled about outside. The boy was an 18-year-old exchange student from Turkey, who was in grade 12 at Woodstock High School, while the girl was a 16-year-old grade 11 student at the same school.

[2] Whether their sexual encounter could be proven beyond a reasonable doubt to be a sexual assault against the girl would eventually become the subject of a trial in the Provincial Court. As is often the case in trials of this type, credibility would become the main issue. In the end, the trial judge disbelieved the accused, was not left with a reasonable doubt that he had committed the offence, found no air of reality to his defence of honest but mistaken belief in communicated consent, and convicted him. That conviction is the subject of the present appeal.

[3] Quite recently, the Supreme Court of Canada reiterated a clear message to appellate courts. In *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] S.C.J. No. 20 (QL), Karakatsanis J. for the majority explained once again that “a trial judge’s findings of credibility deserve particular deference” (para. 81) and that courts of appeal “must not finely parse the trial judge’s reasons in a search for error” (para. 69). As pointed out in *Mitchell v. R.*, 2020 NBCA 34, [2020] N.B.J. No. 98 (QL), courts of appeal are neither allowed to retry a criminal case nor substitute their assessment of credibility or their view of the evidence for those of either a trial judge or a jury. As difficult as it might be, “[e]ven if, upon reviewing the evidentiary record, a court of appeal were to entertain a reasonable doubt, this alone would be insufficient to overturn a conviction” (para. 1).

[4] This is not to say, however, that a trial verdict is sheltered from judicial review when it is the product of either an error of law or a palpable and overriding error of fact or mixed law and fact. It is not. When the applicable law was not correctly stated or applied, or when an obvious factual error critical to the verdict is shown, appellate courts are justified to intervene. This is such a case.

[5] For the reasons set out below, we find that the verdict in this case was the product of a palpable and overriding error of fact, and quite possibly an error of law as well.

II. Factual Background

[6] On September 29, 2018, Kerem Ozer and some of his friends attended what was known as the annual senior class kickoff party held in a field in Newburg, New Brunswick. The party was not a school event but was ostensibly supervised by volunteer adults. Nevertheless, it featured both alcohol and marijuana.

[7] Also at the party was the 16-year-old complainant. She was acquainted with Mr. Ozer, because he had dated her “best friend” during the previous school year.

[8] At some point during the event, Mr. Ozer and the complainant, both of whom had consumed alcohol, came to be in each other’s company. They eventually made their way to a tent in which Mr. Ozer and some of his friends were planning to spend the night. In the tent, the two teenagers consumed marijuana and kissed. From this point, their accounts of the events diverge. While both agree they engaged in sexual intercourse, the complainant says it was not consensual while Mr. Ozer claims otherwise. They both agree, however, that during the 25-30 minutes they were in the tent, they were twice interrupted by people opening its door. On the second occasion, someone looked at them with a flashlight.

[9] During the end of their encounter, one of the complainant's friends was outside expressing her anger at the complainant and accusing her of betraying a boy the complainant planned to date. The friend was trying to get the complainant to come out of the tent. When she emerged, the two had an argument during which the complainant told her friend she'd had sex with Mr. Ozer but had not consented. Later, the complainant told her mother and then the police.

[10] Mr. Ozer was charged with having sexually assaulted the complainant (s. 271(a) of the *Criminal Code*). He was tried in the Provincial Court. While others testified, the credibility of both the complainant and the accused was the main issue. The trial judge believed the complainant and did not believe Mr. Ozer. In disbelieving Mr. Ozer, the trial judge repeatedly emphasized what he described as Mr. Ozer's "almost complete lack of testimony about the actual intercourse." The judge sentenced Mr. Ozer to incarceration for two years.

III. Analysis

[11] Mr. Ozer raises three grounds of appeal. Two relate to the judge's assessment of credibility and the third alleges he was deprived of the effective assistance of counsel. In advancing this latter ground, Mr. Ozer maintains the judge's determination that his credibility was "strongly" affected by "his almost complete lack of testimony about the actual intercourse" demonstrates he was either not well prepared by his lawyer or not asked critical questions.

[12] During his arguments addressing the ineffective counsel ground, Crown counsel listed numerous portions of Mr. Ozer's testimony where he does address details of what happened throughout the sexual interaction that night. Crown counsel argued these showed Mr. Ozer's preparation was adequate and that he was asked the right questions. To his credit, Crown counsel acknowledged that the details Mr. Ozer gave, some of which the judge listed in his decision, are difficult to reconcile with the trial

judge's rejection of Mr. Ozer's testimony because of an "almost complete lack of testimony about the actual intercourse."

[13] In our view, Crown counsel is right. It is indeed difficult to reconcile Mr. Ozer's testimony with the judge's factual finding on this point. A review of the transcript reveals Mr. Ozer gave many details of his sexual encounter with the complainant. He described how it began with kissing, the conversation the two had about whether to proceed with touching under her clothes, how it then progressed to intercourse, how she assisted in the removal of her pants, how they kissed and talked throughout the intercourse making plans to see each other more often, and how they cuddled. The judge reviewed some of this testimony but called for more. In our view, it was palpably wrong for the judge to say there was an "almost complete lack of testimony about the actual intercourse," and this was an error that went to the very essence of the judge's determination of credibility. The judge said as much when he stated this perceived lack of testimony "strongly affects his credibility."

[14] In our view, Mr. Ozer's credibility should have been assessed based on what he stated had happened and not on the basis of whatever additional details the judge had in mind. Anchoring a credibility finding on a perceived absence of evidence, when there was in fact such evidence before the Court, results in a verdict that is the product of a palpable and overriding error.

[15] In addition, the verdict may also be the product of an error of law. While this was not raised in the grounds of appeal, Crown counsel brought to our attention a passage in the trial judge's decision showing he had made improper use of the complainant's prior consistent statements. Specifically, the trial judge referred to text messages the complainant sent to the friend with whom she had had an argument after leaving the tent. He then stated: "I find that these text messages are consistent with her not consenting, saying by conclusion that she was scared and just went along with it."

[16] The law is clear that prior consistent statements are presumptively inadmissible because they lack probative value, are self-serving and constitute hearsay when adduced for the truth of their contents. In certain circumstances, this presumption can be overcome. While we commend Crown counsel for bringing this to our attention, we did not receive full arguments on this issue and, since a new trial is being ordered on other grounds, it is best we not opine on whether the trial judge made impermissible use of the text messages.

IV. Conclusion and Disposition

[17] For these reasons, the appeal is allowed, the verdict is set aside, and a new trial is ordered.

LA COUR

I. Introduction

[1] Lors d'une [TRADUCTION] « fête de rentrée de la classe de douzième » – qui n'était ni organisée ni parrainée par une école – un jeune garçon et une jeune fille ont consommé de l'alcool et de la marijuana, puis eu une relation sexuelle dans une tente, tandis que d'autres jeunes allaient et venaient à l'extérieur. Le garçon, élève de douzième année de Woodstock High School, participant d'origine turque à un programme d'échanges, était âgé de dix-huit ans, alors que la fille, élève de onzième année de la même école, était âgée de seize ans.

[2] Un procès en Cour provinciale allait déterminer s'il pouvait être prouvé hors de tout doute raisonnable que ces rapports sexuels imprévus constituaient une agression sexuelle sur la personne de la jeune fille. Comme dans bon nombre de procès de ce genre, la question principale devait devenir celle de la crédibilité. En définitive, le juge du procès n'a pas cru l'accusé, n'a pas eu de doute raisonnable sur la perpétration de l'infraction, a conclu que la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué était dépourvue de vraisemblance, et l'a déclaré coupable. Cette déclaration de culpabilité fait l'objet du présent appel.

[3] Très récemment, la Cour suprême du Canada a adressé de nouveau un message clair aux tribunaux d'appel. Dans *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] A.C.S. n° 20 (QL), la juge Karakatsanis, auteure des motifs de la majorité, a expliqué encore une fois que « les conclusions sur la crédibilité que rend un juge du procès commandent une déférence particulière » (par. 81) et que les tribunaux d'appel « ne doivent pas décortiquer avec finesse les motifs du juge du procès à la recherche d'une erreur » (par. 69). Comme le signalait l'arrêt *Mitchell c. R.*, 2020 NBCA 34, [2020] A.N.-B. n° 98 (QL), les tribunaux d'appel ne sont habilités ni à juger de nouveau une affaire en matière

criminelle ni à substituer leur évaluation de la crédibilité ou leur opinion au sujet de la preuve à celles d'un juge de première instance ou d'un jury. Aussi difficile qu'il soit de s'y résoudre, « [m]ême si, après avoir passé en revue le dossier de la preuve, un tribunal d'appel éprouvait un doute raisonnable, cela ne serait pas suffisant, en soi, pour infirmer une déclaration de culpabilité » (par. 1).

[4] Il ne s'ensuit pas, toutefois, que le verdict rendu à l'issue d'un procès soit soustrait à un contrôle judiciaire lorsqu'il est attribuable ou bien à une erreur de droit ou bien à une erreur de fait ou encore à une erreur mixte de droit et de fait manifeste et dominante. Il ne l'est pas. Lorsque le droit applicable n'a pas été énoncé ou appliqué correctement, ou qu'est démontrée une erreur de fait évidente, déterminante pour le verdict, l'intervention des tribunaux d'appel est justifiée. Le cas se présente en l'espèce.

[5] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le verdict prononcé est le produit d'une erreur de fait manifeste et dominante et qu'il est tout à fait possible qu'il soit le produit d'une erreur de droit également.

II. Faits

[6] Le 19 septembre 2018, Kerem Ozer et quelques-uns de ses amis prenaient part à une fête annuelle, connue comme la fête de rentrée de la classe de douzième, ayant lieu dans un champ de Newburg, au Nouveau-Brunswick. Elle ne relevait pas de l'école, mais était en principe surveillée par des adultes bénévoles. Alcool et marihuana y étaient néanmoins consommés.

[7] La plaignante, âgée de seize ans, s'y trouvait également. Elle connaissait M. Ozer, qui avait été le petit ami de sa [TRADUCTION] « meilleure amie » au cours de l'année scolaire précédente.

[8] À un certain moment pendant la fête, M. Ozer et la plaignante, qui avaient tous deux consommé de l'alcool, se sont retrouvés ensemble. Ils ont cheminé jusqu'à une

tente où M. Ozer et des amis comptaient passer la nuit. À l'intérieur de la tente, les deux adolescents ont consommé de la marijuana et se sont embrassés. C'est à partir d'ici que leurs récits des événements divergent. Si tous deux conviennent qu'ils ont eu des rapports sexuels, la plaignante affirme qu'ils n'étaient pas consentuels alors que M. Ozer assure le contraire. Ils conviennent néanmoins que, durant les 25 ou 30 minutes passées dans la tente, ils ont été interrompus deux fois par des personnes qui en avaient ouvert la porte. La deuxième fois, quelqu'un les avait observés sous le faisceau d'une lampe de poche.

[9] Leur rencontre s'achevait lorsque, depuis l'extérieur de la tente, une amie de la plaignante a laissé éclater sa colère : elle accusait la plaignante, qui avait projeté de fréquenter un autre garçon, de le trahir. Elle la pressait de sortir de la tente. La plaignante, une fois sortie, s'est disputée avec son amie. Elle a dit à son amie qu'elle avait eu des rapports sexuels avec M. Ozer, mais a ajouté qu'elle n'y avait pas consenti. Plus tard, la plaignante s'est confiée à sa mère puis s'est plainte à la police.

[10] M. Ozer a été accusé d'agression sexuelle sur la personne de la plaignante (al. 271a) du *Code criminel*). Il a subi un procès en Cour provinciale. Quoique d'autres aient témoigné, la crédibilité de la plaignante et de l'accusé est demeurée la question essentielle. Le juge du procès a cru la plaignante et n'a pas cru M. Ozer. Dans les motifs donnés pour ne pas le croire, le juge a insisté à plusieurs reprises sur ce qu'il a appelé [TRADUCTION] « l'absence quasi totale de preuve testimoniale [de la part de M. Ozer] sur les rapports sexuels proprement dits ». Il a condamné M. Ozer à un emprisonnement de deux ans.

III. Analyse

[11] M. Ozer avance trois moyens d'appel. Deux portent sur l'évaluation faite par le juge de la crédibilité des parties, le troisième fait valoir que M. Ozer a été privé de l'assistance effective d'un avocat. À l'appui de ce dernier moyen, M. Ozer soutient que la décision du juge, qui a conclu que sa crédibilité était [TRADUCTION] « fortement » compromise par [TRADUCTION] « l'absence quasi totale de preuve testimoniale, de sa

part, sur les rapports sexuels proprement dits », montre que son avocat l'a mal préparé ou encore que des questions cruciales ne lui ont pas été posées.

[12] Le procureur du ministère public, dans l'argumentation qu'il a opposée au moyen d'appel invoquant l'assistance inefficace d'un avocat, a mentionné de nombreux passages du témoignage de M. Ozer où des détails ont été donnés sur le déroulement de la relation sexuelle qu'il a eue avec la plaignante ce soir-là. Ces passages, a-t-il soutenu, montrent que la préparation de M. Ozer au procès était suffisante et que lui ont été posées les bonnes questions. Le procureur a toutefois admis, et le mérite doit lui en être reconnu, qu'il est difficile de concilier l'énonciation par M. Ozer de ces détails, dont certains sont relevés dans la décision du juge du procès, et le rejet de son témoignage par le juge en raison d'une [TRADUCTION] « absence quasi totale de preuve testimoniale [...] sur les rapports sexuels proprement dits ».

[13] Nous sommes d'avis que le procureur du ministère public a raison. Il est difficile, en effet, de concilier le témoignage de M. Ozer et la conclusion de fait du juge du procès à ce sujet. Il apparaît, à l'examen de la transcription, que M. Ozer a donné de nombreux détails sur la relation sexuelle qu'il a eue avec la plaignante. Il a relaté qu'ils avaient d'abord échangé des baisers, qu'ils étaient ensuite passés, mais après en avoir discuté, à des caresses sous les vêtements de sa compagne, qu'elle l'avait aidé, avant leurs rapports sexuels, à enlever le pantalon qu'elle portait, qu'ils s'étaient embrassés et s'étaient parlé tout au long des rapports sexuels, projetant de se voir plus souvent, qu'ils s'étaient enfin enlacés. Le juge s'est arrêté à une partie de cette preuve testimoniale, mais en a voulu davantage. Nous sommes d'avis qu'il était manifestement erroné, de la part du juge du procès, de conclure à une [TRADUCTION] « absence quasi totale de preuve testimoniale [...] sur les rapports sexuels proprement dits », et que cette erreur a déterminé son appréciation de la crédibilité des parties. Il l'a d'ailleurs indiqué lorsqu'il a affirmé que ce qu'il tenait pour une absence de preuve testimoniale, de la part de M. Ozer, [TRADUCTION] « compromet[tait] fortement sa crédibilité ».

[14] Nous sommes d'avis que la crédibilité de M. Ozer aurait dû être évaluée d'après ce qu'il avait relaté et non d'après les détails complémentaires auxquels le juge songeait, quels qu'ils soient. Asseoir une conclusion quant à la crédibilité sur ce qui est tenu pour une absence de preuve, alors que la Cour dispose de cette preuve, conduit à un verdict qui est le produit d'une erreur manifeste et dominante.

[15] Il se pourrait également que le verdict soit le produit d'une erreur de droit. Encore que les moyens d'appel ne soulèvent pas la question, le procureur du ministère public a porté à notre attention un passage de la décision montrant que le juge du procès a utilisé à mauvais escient les déclarations compatibles antérieures de la plaignante. Le juge s'est reporté, en l'occurrence, à des messages texte envoyés par la plaignante à l'amie avec qui elle s'était disputée après être sortie de la tente. Il a ensuite indiqué ce qui suit : [TRADUCTION] « Je conclus que ces messages texte sont compatibles avec un non-consentement de la plaignante, qui a conclu en écrivant qu'elle avait peur et qu'elle a simplement laissé faire l'accusé. »

[16] Le droit établit clairement que les déclarations compatibles antérieures sont présumées inadmissibles parce qu'elles sont dépourvues de force probante, qu'elles sont intéressées et qu'elles sont constitutives de oui-dire lorsqu'elles sont utilisées pour la véracité de leur contenu. En certaines circonstances, cette présomption peut être réfutée. Nous savons gré au procureur du ministère public d'avoir appelé notre attention sur ce point, mais cette question n'a pas été débattue en appel et, puisque nous ordonnons la tenue d'un nouveau procès pour d'autres motifs, il vaut mieux que nous n'indiquions pas si, à notre avis, le juge du procès a fait une utilisation inadmissible de ces messages texte.

IV. Conclusion et dispositif

[17] Pour les motifs qui précèdent, la Cour admet l'appel, rejette le verdict et ordonne la tenue d'un nouveau procès.