

R. v. Rose, 2005 CMAC 4-1

CMAC 479

**Corporal M.A. Rose**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Edmonton, Alberta, April 8, 2005.

Judgment: Ottawa, Ontario, May 30, 2005.

Present: McFadyen, Veit and O'Reilly JJ.A.

On appeal from the legality of the conviction on two offences and the legality of the sentence by a Standing Court Martial held at the Edmonton Garrison, Alberta on February 26, 2004.

*Common Assault — Break, enter and commit common assault — National Defence Act, s. 134 — Appellant climbing into complainant's bed without her permission — Misapprehension of evidence by Military Judge — Whether evidence could raise reasonable doubt.*

The appellant was convicted on two offences punishable under section 134 of the *National Defence Act*: (1) common assault and (2) break, enter and commit common assault. The appellant was sentenced to detention for a period of 14 days.

The appellant and complainant, both members of the Canadian Armed Forces, played in a hockey tournament at the base in Shilo, Manitoba. The appellant and complainant met in a meeting area of the barracks and discussed about work and sex. The complainant went to her room where she fell asleep. She later awoke to find the accused in her bed. The complainant then left her room and did not return. The Military Judge found that the evidence of the complainant was credible and reliable. He was not satisfied that the appellant obtained the complainant's consent before getting into bed with her, and found that the complainant's failure to return to the bedroom was inconsistent with the appellant's evidence of consensual sexual activity. The evidence disclosed at least two versions of the important facts that bore directly upon the issues. The variances related mostly to the complainant's behaviour towards the appellant as indicative of her consent.

R. c. Rose, 2005 CACM 4-1

CMAC 479

**Caporal M.A. Rose**

*Appellant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Edmonton (Alberta), le 8 avril 2005.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 30 mai 2005.

Devant : Les juges McFadyen, Veit et O'Reilly, J.C.A.

Appel de la légalité de la déclaration de culpabilité à l'égard de deux infractions et de la légalité de la sentence rendue par la cour martiale permanente à la garnison d'Edmonton (Alberta), le 26 février 2004.

*Voies de fait simples — Introduction par effraction et voie de faits simples — art. 134 de la Loi sur la défense nationale — S'introduire dans le lit de la plaignante sans sa permission — Mauvaise appréciation de la preuve par le juge militaire — Preuve laissant subsister ou non un doute raisonnable.*

L'appelant a été déclaré coupable de deux infractions punissables sous le régime de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*, soit : 1) voies de faits simples et 2) introduction par effraction et voies de fait simples. L'appelant a été condamné à la détention pour une période de 14 jours.

L'appelant et la plaignante sont tous deux membres des Forces armées canadiennes. Ils participaient à un tournoi de hockey à la base de Shilo (Manitoba). L'appelant et la plaignante se sont rencontrés à une activité dans la zone des casernes. Ils ont discuté de leur travail et tenu des propos de nature sexuelle. La plaignante s'est rendue à sa chambre, où elle s'est endormie. Elle s'est réveillée plus tard et a trouvé l'accusé dans son lit. La plaignante a quitté sa chambre et n'y est pas retournée. Le juge militaire a conclu que la preuve de la plaignante était crédible et fiable. Il n'était pas convaincu que l'appelant avait obtenu le consentement de la plaignante avant de la rejoindre au lit. De plus, il a conclu que le fait que la plaignante ne soit pas retournée à la chambre allait à l'encontre de la preuve de l'appelant voulant qu'il s'agisse d'une activité sexuelle consensuelle. La preuve comportait au moins deux versions de faits importants portant directement sur les questions en litige. Les divergences portaient principalement sur la question de savoir si le comportement de la plaignante envers l'appelant témoignait de son consentement.

*Held:* Appeal allowed and new trial directed.

The Military Judge did not direct his mind to whether the evidence could raise a reasonable doubt as to whether the appellant entered the complainant's room without her permission. While the complainant specifically denied that she invited the appellant, the Military Judge did not consider whether this could have occurred but that the complainant simply did not recall it. He rejected the evidence of the appellant that the complainant told him that she might be interested in sexual activity later or at another time. The Military Judge also did not consider whether prior inconsistent statements made by the complainant and his rejection of her evidence relating to certain events in the meeting area were to be given any weight in determining the credibility and reliability of the complainant. The Military Judge thus misapprehended key evidence which he should have considered in determining whether the defence had raised a reasonable doubt.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 134.

#### CASES CITED

*Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, 127 N.R. 241; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6; *R. v. R.G.L.*, 185 C.C.C. (3d) 55, 2004 CanLII 32143 (ON CA) (aff'd 2005 SCC 18, [2005] 1 S.C.R. 288).

#### COUNSEL

*Mr. Marvin Bloos, Q.C.* for the appellant.  
*Major Rob Holman*, for the respondent.

*The following are the reasons for judgment delivered in English by*

[1] MCFADYEN J.A.: The appellant appeals his conviction on two offences punishable under section 134 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5: (1) common assault and (2) break, enter and commit common assault. The appellant also appeals his sentence of 14 days' detention.

*Arrêt* : l'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge militaire ne s'est pas demandé si la preuve créait un doute raisonnable quant à l'entrée de l'appellant dans la chambre de la plaignante sans sa permission. La plaignante a explicitement nié avoir invité l'appellant dans sa chambre; toutefois, le juge militaire n'a pas examiné la question à savoir si cette invitation aurait pu avoir lieu sans qu'elle s'en souvienne. Il a rejeté la preuve de l'appellant voulant que la plaignante lui eût dit qu'elle pourrait souhaiter avoir une relation sexuelle plus tard ou à un autre moment. Le juge militaire n'a également pas cherché à déterminer si les déclarations incompatibles formulées précédemment par la plaignante et le rejet de la preuve de celle-ci quant à certains événements s'étant produits dans la salle commune devaient être prises en compte pour établir la crédibilité et la fiabilité de la plaignante. En conséquence, le juge militaire a mal apprécié des éléments de preuve importants qui auraient dû être pris en compte pour déterminer si la défense avait soulevé un doute raisonnable ou non.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 134.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, 127 N.R. 241; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6; *R. v. R.G.L.*, 185 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 55, 2004 CanLII 32143 (ON CA) (conf. par 2005 CSC 18, [2005] 1 R.C.S. 288).

#### AVOCATS

*M. Marvin Bloos, c.r.*, pour l'appellant.  
*Major Rob Holman*, pour l'intimée.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par*

[1] LA JUGE MCFADYEN, J.C.A. : L'appellant fait appel d'une déclaration de culpabilité à l'égard de deux infractions punissables en vertu de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 : (1) voies de fait simples et (2) introduction par effraction et voies de fait simples. L'appellant fait également appel de sa condamnation à une peine d'emprisonnement de 14 jours.

## I. Facts

[2] The facts can be briefly stated. The appellant and complainant, both members of the Canadian Armed Forces stationed in Edmonton, Alberta, played in a hockey tournament at the base in Shilo, Manitoba. The participants in the tournament stayed in the same barracks. Following the game, members of the teams went out to dinner and eventually gathered in the hallway of the first floor of the barracks which had been converted to a meeting area. This area was adjacent to the rooms occupied by the women players.

[3] The appellant and complainant met in this area. At the appellant's request, the complainant sat on the appellant's left knee while another female member, Loraine Vaillancourt, sat on his right knee. The appellant and the complainant had some discussions about work and about three-way sex. The conversation continued for 10 to 15 minutes. The appellant said that the complainant was rubbing his neck and back during this time. The complainant denied that she rubbed his neck or back and said that she was very still as she sat on his knee. Sergeant Perrault, who was seated beside them, testified that the complainant was rubbing the appellant's neck and back. This activity continued for some time. Because Perrault found the complainant's conduct embarrassing, she told the complainant to stop what she was doing a number of times. Perrault finally told the complainant to go to bed, because Perrault was concerned that the complainant would get herself into trouble. The complainant denied having these conversations with Perrault. The only portions of her conversation with Perrault that the complainant recalled were her warning Perrault not to associate with Vaillancourt, and her asking Perrault not to go to bed before she did, because the complainant was concerned about rumours regarding her conduct. Shortly after that, the complainant went to the room she shared with two other women, who were both in their beds when she entered the room. She closed but did not lock the door.

[4] The complainant testified that she fell asleep. Her next recollection is that she was feeling warm and nice, and that someone was in bed with her and was touching her. She responded, as she believed the person to be Dupuis, with whom she had a romantic encounter earlier in the evening. She said that she opened her eyes while

## I. Les faits

[2] Les faits peuvent être résumés ainsi. L'appelant et la plaignante, tous deux membres des Forces armées canadiennes en poste à Edmonton (Alberta), jouaient dans un tournoi de hockey à la base de Shilo (Manitoba). Les participants au tournoi demeuraient dans la même caserne. Après la partie, les membres des équipes sont sortis dîner et se sont finalement retrouvés dans le couloir du premier étage de la caserne, lequel avait été transformé en espace de réunion. Cet espace était adjacent aux chambres occupées par les joueuses.

[3] L'appelant et la plaignante se sont rencontrés dans cet espace. À la demande de l'appelant, la plaignante s'est assise sur le genou gauche de l'appelant alors qu'un autre membre des forces, Loraine Vaillancourt, s'asseyait sur son genou droit. L'appelant et la plaignante ont discuté un peu de travail et d'activité sexuelle à trois. La conversation a continué pendant 10 à 15 minutes. Pendant tout ce temps, prétend l'appelant, la plaignante lui frottait le cou et le dos. La plaignante nie et affirme plutôt être restée immobile sur le genou de l'appelant. La sergente Perrault, qui était assise à côté d'eux, a témoigné que la plaignante frottait le cou et le dos de l'appelant. Cette activité a continué pendant quelque temps. Comme Perrault trouvait embarrassante la conduite de la plaignante, elle lui a demandé à plusieurs reprises d'arrêter. Elle lui a dit d'aller au lit parce qu'elle craignait qu'elle n'ait des problèmes. La plaignante a nié avoir eu cette conversation avec Perrault. Les seules parties de la conversation dont elle se souvienne sont qu'elle avait averti Perrault de ne pas fréquenter Vaillancourt et qu'elle avait demandé à Perrault de ne pas aller au lit avant elle parce qu'elle ne voulait pas qu'il y ait de rumeurs sur sa conduite. Peu après cela, la plaignante est allée dans la chambre qu'elle partageait avec deux autres femmes, qui étaient toutes deux dans leur lit quand elle est entrée. Elle a fermé la porte sans la verrouiller.

[4] La plaignante dit s'être endormie. Son prochain souvenir est qu'elle se sentait bien et au chaud, et que quelqu'un était au lit avec elle et la touchait. Elle a répondu à ces avances, car elle pensait qu'il s'agissait de Dupuis, avec qui elle avait eu une rencontre romantique plus tôt ce soir-là. Elle a dit avoir ouvert les yeux en

kissing the person and recognized that the person was the appellant. She says that she said, “no, not here”, got up and left the bedroom. However, she cannot say whether anything happened after she said “no, not here”. The complainant did not recall the sequence of events. She says that she heard the door to the bedroom opening and got up to go to the washroom, but that she did not fully awaken until she was in the hallway or the washroom. Her evidence as to events in the bedroom was vague and contradictory. She stated that she was in a dreamlike state and acknowledged that she did not clearly remember what happened until she had time to think about it. At trial, she admitted that she still could not remember some events while other events still remained vague to her.

[5] The appellant testified that he remained in the meeting area after the complainant went to bed. He says that about 15 to 20 minutes later, the complainant crossed the hallway and went into the washroom. When she left the washroom, she smiled at him. He interpreted this to be an invitation, went to her room, opened the door and asked whether he could come in. The complainant invited him in and he got into bed with her. They were kissing and touching each other in a sexual manner when someone opened the door and looked in. At that point the complainant got up and went to the washroom. She did not return. The appellant waited for approximately five minutes, then left the room.

[6] The complainant testified that she went to the lounge at the end of the hallway after she left the washroom. Vaillancourt joined her there after a few minutes and the complainant told Vaillancourt that the appellant had entered her bedroom and gotten into bed with her without her permission.

## II. Trial decision

[7] The Military Judge found the appellant not guilty of the offence of sexual assault, as he was not satisfied beyond a reasonable doubt that the touching was sexual in nature. He found the appellant guilty of common assault and break, enter and commit common assault.

embrassant la personne et s'être rendu compte que cette personne était l'appelant. Elle prétend avoir dit [TRANSDUCTION] « non, pas ici », s'être levée et avoir quitté la chambre. Cependant, elle ne peut pas dire s'il s'est passé quelque chose après qu'elle ait dit « non, pas ici ». La plaignante ne se souvient pas de la succession des événements. Elle dit qu'elle a entendu la porte de la chambre s'ouvrir et qu'elle s'est levée pour aller aux toilettes, mais qu'elle n'était pas bien éveillée avant d'être dans le couloir ou dans les toilettes. Son témoignage sur les événements dans la chambre à coucher est vague et contradictoire. Elle a déclaré qu'elle était à moitié endormie et a reconnu ne pas s'être souvenue clairement de ce qui s'était passé avant d'avoir eu le temps d'y repenser. Au procès, elle a admis être toujours incapable de se rappeler certains événements alors que certains autres événements demeureraient vagues.

[5] L'appelant a témoigné qu'il était resté dans l'espace de réunion après que la plaignante fut allée au lit. Il dit qu'environ 15 à 20 minutes plus tard, la plaignante a traversé le couloir et est allée aux toilettes. Quand elle a quitté les toilettes, elle lui a souri. Il a interprété ce sourire comme une invitation, est allé devant la chambre de la plaignante, a ouvert la porte et demandé s'il pouvait entrer. La plaignante l'a invité et il est allé au lit avec elle. Ils s'embrassaient et se touchaient sexuellement quand quelqu'un a ouvert la porte et a regardé à l'intérieur. À ce moment, la plaignante s'est levée et est allée aux toilettes. Elle n'est pas revenue. L'appelant a attendu approximativement cinq minutes, puis a quitté la chambre.

[6] La plaignante a témoigné s'être rendue au salon situé à l'extrémité du couloir après avoir quitté les toilettes. Vaillancourt l'a rejointe après quelques minutes et la plaignante lui a raconté que l'appelant était entré dans sa chambre à coucher et qu'il était allé au lit avec elle sans sa permission.

## II. Décision de première instance

[7] Le juge militaire a reconnu l'appelant non coupable d'agression sexuelle parce qu'il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que les attouchements étaient de nature sexuelle. Il l'a déclaré coupable d'introduction par effraction et de voies de fait simples.

[8] The Military Judge found that the evidence of the complainant was credible and reliable on the important issues. He attached no significance to prior inconsistent statements the complainant made to colleagues minimizing or denying the events she later testified to, as he accepted the complainant's explanation that she did not want others in the close-knit military community to think less of her and therefore did not disclose the details of what had happened. The Military Judge also found the complainant's statements to the military police investigators were inconsistent with her testimony at trial, as the complainant initially failed to identify the person who had entered her room, did not disclose some essential facts and, in fact, misled the investigators by some of her assertions. While the Military Judge concluded that these inconsistencies were more serious, he did not discuss whether this factor had any effect on his view of the credibility of the complainant. The Military Judge accepted the evidence of Perrault as to the incident on the couch and the fact that the complainant had massaged the appellant's back, and rejected the evidence of the complainant on this point. However, in his assessment of the complainant's credibility or reliability, he did not direct his mind to the effect of this finding, although arguably the finding implied that the complainant had given false or misleading testimony at trial.

[9] Regarding what occurred in the bedroom, the Military Judge found that the evidence of the complainant was not sufficiently precise to convince him beyond a reasonable doubt that the assault was sexual. However, he rejected the evidence of the appellant as to what had occurred in the bedroom, except where that evidence was confirmed by the evidence of the complainant. He was not satisfied that the appellant obtained the complainant's consent before entering the room and getting into bed with her. He found that the complainant was sleeping and therefore had not invited the appellant into the room, rejecting the evidence of the appellant that she had invited him in. He found that the appellant touched the complainant while she was sleeping, and therefore without her consent, but was not satisfied of the sexual nature of the touching. In making these findings, the Military Judge stated:

Except where the evidence of the accused is confirmed by the evidence of the complainant, I reject the version of

[8] Le juge militaire a estimé que le témoignage de la plaignante était plausible et fiable sur les points importants. Il n'a pas accordé d'importance aux déclarations antérieures contradictoires qu'elle avait faites à des collègues, minimisant ou niant les événements dont elle avait plus tard témoigné, car il a accepté son explication, à savoir qu'elle ne voulait pas, dans le cercle militaire fermé, que les autres aient une mauvaise impression d'elle et qu'elle n'a donc pas révélé en détail ce qui était arrivé. Le juge militaire a aussi estimé que les déclarations de la plaignante aux enquêteurs de la police militaire contredisaient son témoignage au procès, en ce qu'elle n'a initialement pas reconnu la personne qui était entrée dans sa chambre, n'a pas divulgué certains faits essentiels et, en fait, a induit en erreur les enquêteurs par certaines de ses affirmations. Bien que le juge militaire ait conclu que ces contradictions étaient extrêmement sérieuses, il n'a pas expliqué si ce facteur avait eu une incidence sur son appréciation de la crédibilité de la plaignante. Le juge militaire a accepté le témoignage de Perrault quant à l'incident sur le canapé et le fait que la plaignante avait massé le dos de l'appellant, rejetant le témoignage de la plaignante sur ce point. Cependant, dans son appréciation de la crédibilité ou de la fiabilité de la plaignante, il n'a pas analysé l'incidence de cette constatation, bien qu'on eût pu en déduire qu'elle avait fait un témoignage faux ou trompeur au procès.

[9] En ce qui concerne ce qui s'est passé dans la chambre à coucher, le juge militaire a estimé que le témoignage de la plaignante n'était pas suffisamment précis pour le convaincre hors de tout doute raisonnable que les voies de fait étaient d'ordre sexuel. Cependant, il a rejeté le témoignage de l'appellant sur ce qui s'est passé dans la chambre, sauf quand ce témoignage était confirmé par celui de la plaignante. Il n'était pas convaincu que l'appellant avait obtenu le consentement de la plaignante avant d'entrer dans la chambre et d'aller au lit avec elle. Il a estimé que la plaignante était endormie et que par conséquent elle n'avait pas invité l'appellant, contrairement à ce que soutenait ce dernier. Il a estimé que l'appellant avait touché la plaignante dans son sommeil et donc sans son consentement, mais n'était pas convaincu de la nature sexuelle des attouchements. En faisant ces constatations, le juge militaire a déclaré :

[TRADUCTION] Sauf quand le témoignage de l'accusé est confirmé par celui de la plaignante, je rejette la version

events given by the accused as to what occurred after the complainant retired to her room. I simply do not believe him. There is no evidence that independently confirms any of the aspects of the version of the accused that differ from that of the complainant. The story he relates does not flow reasonably or sensibly from the events that immediately precede it. There was no behavior by either of the parties prior to the accused entering the complainant's bedroom that might be considered to be a prelude to sexual intimacies. In particular, I do not consider the rubbing of the accused's back by the complainant, and perhaps another female Private, to be of a sexual nature. The only discussion of sexual activity took place on the couch and concerned the possibility of sexual activity among three people. The topic was raised by the accused, and the complainant said no to this possibility on two occasions during this short discussion. Even the accused testified that he would only engage in sexual activity with the complainant if it were also to involve another female. The evidence of the accused that the complainant then lowered her voice and said something which indicated to the accused that she might be interested in sexual activity later, or another time, I find to be not credible, and simply the product of the imagination of the accused.

[10] The Military Judge found that the complainant's failure to return to the bedroom after her visit to the wash-room was also inconsistent with the appellant's evidence of consensual sexual activity. The defence had suggested that the complainant had not returned to the room because others were still in the hallway area and she was concerned about her fiancé. The Military Judge found there was simply no evidence to support this theory.

### III. Appellant's position

[11] On appeal, the appellant argues, *inter alia*, that the Military Judge improperly subjected the evidence of the appellant to a higher standard of scrutiny than he applied to the evidence of the complainant, although the complainant's evidence called for special scrutiny on several grounds. The appellant sets out the following concerns about the evidence of the complainant:

- (1) the complainant's evidence at trial was contradictory in several respects;

des événements donnée par l'accusé sur ce qui s'est passé après que la plaignante se soit retirée dans sa chambre. Je ne le crois simplement pas. Il n'y a pas de preuve qui confirme indépendamment un aspect quelconque de la version de l'accusé qui diffère de celle de la plaignante. L'histoire qu'il raconte ne suit pas de manière logique ou sensée les événements qui la précèdent immédiatement. Il n'y a aucun comportement par l'une ou l'autre partie, avant l'entrée de l'accusé dans la chambre à coucher de la plaignante, qui puisse être considéré comme étant un prélude à des jeux sexuels. En particulier, je ne considère pas que le frottement du dos par la plaignante et peut-être par une autre soldate, soit de nature sexuelle. La seule discussion d'activité sexuelle a eu lieu sur le canapé et concernait la possibilité d'activité sexuelle à trois. Le sujet a été soulevé par l'accusé et la plaignante a dit non à cette possibilité à deux occasions pendant cette courte discussion. Même l'accusé a témoigné qu'il n'entreprendrait des activités sexuelles avec la plaignante que si une autre femme y participait. Le témoignage de l'accusé voulant que la plaignante ait alors baissé la voix et ait dit quelque chose qui lui indiquait qu'elle pourrait être intéressée à avoir des activités sexuelles plus tard, ou à un autre moment, n'est pas crédible à mon avis, et est simplement le produit de l'imagination de l'accusé.

[10] Le juge militaire a estimé que le fait que la plaignante ne soit pas retournée dans la chambre à coucher après s'être rendue aux toilettes contredit également le témoignage de l'appelant au sujet d'une activité sexuelle consensuelle. La défense a dit que la plaignante n'est pas retournée dans la chambre parce que d'autres personnes se trouvaient toujours dans le couloir et qu'elle était préoccupée au sujet de son fiancé. Le juge militaire a conclu que cette théorie ne reposait sur aucune preuve.

### III. Position de l'appelant

[11] En appel, l'appelant soutient notamment que le juge militaire a soumis improprement son témoignage à une norme d'examen plus élevée que celle à laquelle il a soumis le témoignage de la plaignante, bien que celui-ci eût nécessité un examen spécial pour plusieurs raisons. L'appelant énonce les préoccupations suivantes à propos du témoignage de la plaignante :

- 1) le témoignage de la plaignante au procès était contradictoire à plusieurs titres;

- |   |  |
|---|--|
| <p>(2) regarding the events which occurred in the bedroom, the complainant's evidence was vague and the complainant admitted that she reconstructed some of that evidence after thinking about it for months;</p> | <p>2) à propos des événements qui se sont passés dans la chambre à coucher, le témoignage de la plaignante était vague et celle-ci a admis qu'elle avait reconstruit certains éléments de preuve après y avoir pensé pendant des mois;</p> |
| <p>(3) the complainant's evidence was inconsistent with statements which she had previously made both to colleagues and to the military investigators; and</p>  | <p>3) le témoignage de la plaignante contredisait les déclarations qu'elle avait faites à ses collègues et aux enquêteurs militaires;</p>  |
| <p>(4) the complainant's evidence was clearly inconsistent with the evidence of other witnesses at trial, especially as it related to the activities of the complainant just prior to retiring.</p>               | <p>4) le témoignage de la plaignante contredisait clairement le témoignage des autres témoins au procès, en particulier en ce qui concernait ses activités juste avant de se retirer.</p>  |

[12] The Military Judge found no reason to give special scrutiny to the complainant's evidence, even though these factors may have indicated some need for confirmation, but he was not prepared to accept the evidence of the appellant unless it was confirmed by the complainant's evidence. The Military Judge did not explain what effect, if any, his findings that the complainant had misled the investigators and his preference of the evidence of Perrault and over that of the complainant respecting the back massages had on his assessment of the complainant's credibility. The appellant submits that the Military Judge erred in law in subjecting the evidence of the appellant to a higher standard of scrutiny and in requiring confirmation before accepting what the appellant said.

[12] Malgré ces facteurs qui commandaient une certaine confirmation, le juge militaire n'a pas estimé que le témoignage de la plaignante requerrait un examen particulier, mais il n'était pas prêt à accepter le témoignage de l'appellant à moins qu'il ne soit confirmé par celui de la plaignante. Le juge militaire a estimé que la plaignante avait induit en erreur les enquêteurs et il a préféré le témoignage de Perrault au sien concernant les massages du dos, mais il n'a pas expliqué l'incidence, le cas échéant, de ses constatations sur son appréciation de la crédibilité de la plaignante. L'appellant plaide que le juge militaire a commis une erreur de droit en soumettant son témoignage à une norme d'examen plus élevée et en exigeant une confirmation de sa version.

[13] In addition, the appellant submits that the Military Judge misconstrued evidence which supported the defence theory. We will deal with the specific instances of the alleged misapprehension of evidence in the analysis which follows.

[13] En outre, l'appellant plaide que le juge militaire a dénaturé la preuve qui étayait la théorie de la défense. Nous étudierons les allégations particulières d'interprétation erronée de la preuve dans l'analyse qui suit.

#### IV. Analysis

#### IV. Analyse

[14] It is well established that appellate courts may not interfere with the findings of fact made and the factual inferences drawn by the trial judge, unless they are clearly wrong, unsupported by the evidence or otherwise unreasonable: *R. v. Clark*, 2005 SCC 2, [2005] 1 S.C.R. 6, at paragraph 9; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Findings based on the credibility of witnesses may only be reversed on appeal if it is established

[14] Il est bien établi que les cours d'appel ne peuvent pas modifier les inférences et conclusions de fait du juge du procès, à moins qu'elles soient manifestement erronées, non étayées par la preuve ou par ailleurs déraisonnables : *R. c. Clark*, 2005 CSC 2, [2005] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 9; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les constatations de fait fondées sur la crédibilité des témoins ne doivent pas être infirmées

that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts: *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at page 388. Appellate intervention may be justified, for example, where a trial judge has based his assessment of credibility on an apparent misapprehension of the evidence: see *R. v. R.G.L.*, 185 C.C.C. (3d) 55, 2004 CanLII 32143 (ON CA), aff'd 2005 SCC 18, [2005] 1 S.C.R. 288.

[15] We have concluded that the Military Judge misapprehended the evidence in the following respects.

[16] The Military Judge rejected the evidence of the appellant that, while the complainant was sitting on his knee, the complainant told him that she might be interested in sexual activity later or at another time. In rejecting this evidence, the Military Judge stated:

The evidence of the accused that the complainant then lowered her voice and said something which indicated to the accused that she might be interested in sexual activity later or another time, I find to be not credible, and simply the product of the imagination of the accused.

[17] The Military Judge did not consider the complainant's own evidence in this respect. In fact, in her evidence the complainant never denied that she made such a statement. In direct examination the complainant said that she said "no" to the appellant's suggestions of a threesome but later, while responding to another question, she stated: "I did remember as well, back tracking, that I did tell him that I wasn't interested and, maybe another time." The complainant says that she intended that statement to be a brush-off. However, she acknowledged making the statement and the words were not a figment of the appellant's imagination. The appellant testified that he took this conversation to indicate that the complainant might be willing to have sex with him later, or another time.

[18] It may be helpful to set out some of the evidence of the complainant on this point. In direct examination,

en appel à moins qu'il ne soit prouvé que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits : *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, (1991), à la page 388. Une intervention en appel peut être justifiée, par exemple, quand le juge de première instance a basé son appréciation de crédibilité sur une interprétation erronée de la preuve : voir *R. v. R.G.L.*, 185 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 55, 2004 CanLII 32143 (ON CA), conf. par 2005 CSC 18, [2005] 1 R.C.S. 288.

[15] Nous avons conclu que le juge militaire a mal interprété les éléments de preuve suivants.

[16] Le juge militaire a rejeté le témoignage de l'appelant quand il affirme que la plaignante, alors assise sur son genou, lui a dit qu'elle pourrait être intéressée à des activités sexuelles plus tard ou à un autre moment. En rejetant ce témoignage, le juge militaire a déclaré :

[TRADUCTION] Le témoignage de l'accusé voulant que la plaignante ait alors baissé la voix et ait dit quelque chose qui lui indiquait qu'elle pourrait être intéressée à avoir des activités sexuelles plus tard ou à un autre moment n'est, à mon avis, pas crédible, et est seulement un produit de l'imagination de l'accusé.

[17] Le juge militaire n'a pas tenu compte du propre témoignage de la plaignante à cet égard. En fait, dans son témoignage, la plaignante n'a jamais nié avoir fait une telle déclaration. En interrogatoire principal, la plaignante a dit qu'elle avait dit « non » à la suggestion d'activités sexuelles à trois, mais, plus tard, en réponse à une autre question, elle a déclaré : [TRADUCTION] « Je me suis rappelée également, en rétrospective, que je lui ai dit que je n'étais pas intéressée et peut-être une autre fois ». La plaignante dit qu'elle a fait cette déclaration pour décourager l'appelant. Cependant, elle reconnaît le fait de la déclaration et les mots utilisés ne sont donc pas le produit de l'imagination de l'appelant. Selon l'appelant, cette conversation indiquait que la plaignante pouvait vouloir avoir des activités sexuelles avec lui plus tard, ou à un autre moment.

[18] À ce stade, il peut être utile de passer en revue certains éléments du témoignage de la plaignante. En



after indicating that she and the appellant discussed work issues, the complainant continued (at page 23):

A. ... The conversation switched to a threesome.

Q. When you talk about a threesome, what are you referring to?

A. He wanted to engage in sexual activity with me and Private Vaillancourt at the beginning.

Q. ... but tell us more what you told him.

A. I said, no.

Q. What else did you talk about?

A. Then he also asked if — he would want to have a threesome with his wife and myself. And I later talked — I asked him how he felt about his wife ...

Q. And?

A. I also said, no.

The complainant stated that the conversation continued for about ten minutes.

Q. What was Private Vaillancourt ... what was she doing during that time? Where was she?

A. I think she was more now on the arm. I can't remember exactly where she was but she was very very close to him.

Questions turned to whether there was any discussion between the complainant and Vaillancourt.

Q. ... Was she part of the discussion you were having with [the appellant]?

A. She wasn't a part of it.

interrogatoire principal, après avoir indiqué que l'appelant et elle avaient parlé travail, la plaignante a poursuivi : (à la page 23)

[TRADUCTION]

R. ... La conversation est passée à une activité sexuelle à trois.

Q. Quand vous parlez d'une activité sexuelle à trois, de quoi voulez-vous parler?

R. Il voulait avoir une activité sexuelle avec moi et la soldate Vaillancourt au début.

Q. ...mais dites-nous davantage ce que vous lui avez dit.

R. J'ai dit, non.

Q. De quoi avez-vous parlé encore?

R. Il a également demandé si — il voulait avoir des activités sexuelles avec son épouse et moi. Et j'ai parlé plus tard — je lui ai demandé ce qu'il pensait de son épouse.

Q. Et?

R. J'ai aussi dit, non.

La plaignante a déclaré que la conversation avait continué pendant environ dix minutes.

[TRADUCTION]

Q. Que faisait la soldate Vaillancourt...Qu'est-ce qu'elle faisait pendant ce temps? Où était-elle?

R. Je pense qu'elle était alors davantage sur le bras. Je ne peux pas me rappeler exactement où elle était, mais elle était très proche de lui.

Les questions ont ensuite porté sur une éventuelle discussion entre la plaignante et Vaillancourt.

[TRADUCTION]

Q. ... Participait-elle à la discussion que vous aviez avec [l'appelant]?

R. Elle ne participait pas.

Q. She was not?

A. I don't think. She was there, close, but I don't think she overheard.

[19] The prosecutor then asked the complainant to discuss what happened after she got off the appellant's knee:

A. ... I did remember as well, back tracking, that I did tell him that I wasn't interested and, maybe another time. It's usually a way I say to people that, forget about it.

Q. Sorry?

A. I said to him: maybe another time.

Q. You mentioned that to him at that time?

A. Yes.

Q. When you were talking about what, at which point in the discussion you mentioned? Sorry, I just wanted to situate that. When were you talking about, which subject, about the threesome?

A. Right.

Q. With who?

A. I don't remember who.

Q. But it was with regard to the threesome?

A. I believe so. My intent wasn't to any ... I just wanted him to forget about that sort of issue.

Q. So you tell him that at some point that maybe you will?

A. I didn't say, maybe.

Q. So what did you say, sorry.

A. I said — I can't remember.

Q. Sorry, I don't want to — because you report. Sorry, I'm a bit ... So what do you report?

Q. Elle ne participait pas?

R. Je ne pense pas. Elle était là, tout près, mais je ne pense pas qu'elle pouvait entendre.

[19] Le procureur a alors demandé à la plaignante ce qui est arrivé après qu'elle eut quitté le genou de l'appelant.

[TRANSDUCTION]

R. Je me suis souvenue également, en rétrospective, que je lui ai dit que je n'étais pas intéressée et, peut-être, une autre fois. C'est ce que je dis généralement aux gens, n'y pensez plus.

Q. Comment?

R. Je lui ai dit : peut-être une autre fois.

Q. Vous lui avez dit cela à ce moment-là?

R. Oui.

Q. Quand vous parliez de cela, à quel moment de la discussion avez-vous mentionné? Pardon, je voulais seulement situer cela. Quand vous parliez au sujet de quoi, de l'activité sexuelle à trois?

R. Oui.

Q. Avec qui?

R. Je ne me rappelle pas qui.

Q. Mais c'était au sujet de l'activité sexuelle à trois?

R. Je pense. Je n'avais pas l'intention de... je voulais seulement qu'il oublie ce genre de question.

Q. Aussi vous lui dites qu'à un moment donné peut-être que vous

R. Je n'ai pas dit, peut-être.

Q. Alors qu'est-ce que vous avez dit, pardon.

R. J'ai dit — Je ne peux pas me rappeler.

Q. Pardon, je ne veux pas — parce que c'est vous qui parlez. Pardon, je suis un peu ... Qu'est-ce que vous déclarez?

A. It's very vague, a few things. But I might have said to him with regards "maybe" I can't remember exactly at what time I did say that.

Q. But is it when you were sitting on his knee?

A. Yes, because the only conversation I had with him is when I was on his knee.

Q. So you might have said something to the effect of what — Sorry?

A. ...

Q. You don't remember?

A. I don't remember.

[20] While testifying as to the conversation regarding three-way sex, the complainant agreed that she had used the words "maybe another time", "maybe later". They were not the product of the appellant's imagination. The complainant testified that Vaillancourt, who was sitting on the appellant's other knee or on the arm of the sofa close to him, would not have been able to hear this conversation, arguably giving some credence to the appellant's statement that the conversation was a quiet, private one. Did the conversation refer only to three-way sex? That is not clear from the complainant's evidence.

[21] The Military Judge also discounted the theory put forward on behalf of the appellant that the complainant failed to return to the bedroom because someone had opened the door and she discovered that others were milling about in the hallway when she left the room. The defence asked the Military Judge to infer that she did not return to the room because she was concerned that her fiancé might learn of her activities. The Military Judge indicated that there was no evidence to support this theory. In fact, he found that her failure to return to the bedroom supported the complainant's evidence. However, the complainant, as well as one of the other women who shared the room, testified that the door to the bedroom opened at least once, if not more than once, while the complainant was still in the room. The

R. C'est très vague, certaines choses. Mais je peux lui avoir dit en ce qui concerne « peut-être » Je ne peux me rappeler exactement à quel moment j'ai dit cela.

Q. Mais est-ce que c'était quand vous étiez assise sur son genou?

R. Oui, parce que la seule conversation que j'ai eue avec lui était quand j'étais sur son genou.

Q. Ainsi vous pouvez avoir dit quelque chose pour — pardon?

R. ...

Q. Vous ne vous souvenez pas?

R. Je ne me souviens pas.

[20] En témoignant sur la conversation concernant l'activité sexuelle à trois, la plaignante a convenu qu'elle avait utilisé les mots peut-être une autre fois, peut-être plus tard. Ces mots ne sont pas le produit de l'imagination de l'appelant. La plaignante a témoigné que Vaillancourt, qui était assise sur l'autre genou de l'appelant ou sur le bras du canapé près de lui, n'aurait pas pu entendre cette conversation, ce qui semble donner un peu de crédibilité à la déclaration de l'appelant portant qu'il s'agissait d'une conversation privée, à voix basse. La conversation concernait-elle uniquement l'activité sexuelle à trois? Cela ne ressort pas clairement du témoignage de la plaignante.

[21] Le juge militaire a aussi repoussé la théorie avancée au nom de l'appelant, à savoir que la plaignante n'est pas retournée dans la chambre à coucher parce que quelqu'un avait ouvert la porte et qu'elle s'était aperçue que d'autres personnes se trouvaient dans le couloir quand elle a quitté la chambre. La défense a demandé au juge militaire de déduire qu'elle n'est pas retournée dans la chambre parce qu'elle craignait que son fiancé puisse apprendre ses activités. Le juge militaire a indiqué que cette théorie ne reposait sur aucune preuve. En fait, il a estimé que le fait qu'elle ne soit pas retournée dans la chambre étayait son témoignage. Cependant, la plaignante, ainsi que l'une des autres femmes qui partageaient la chambre, ont témoigné que la porte de la chambre à coucher a été ouverte au moins une fois,

complainant testified that several guys were seated in the hallway just outside her room when she went to the washroom. The complainant acknowledged that she was concerned that no suggestion be made that she had any sexual encounters with other men, as her fiancé had been concerned about her participation in the hockey tournament and she had reassured him that the men would be housed in separate barracks. This was the reason given by the complainant for asking Perrault not to go to bed before she did. While it was open to the Military Judge to reject the defence theory, he erred in suggesting that there was no evidence to support it.

[22] Generally, when giving evidence about what happened in the bedroom, the complainant describes a dream-like state. She says that she did not immediately remember what had occurred, and it was only after she thought about the events over a prolonged period of time that she concluded that certain things had happened. She readily acknowledged that other things which she did not remember could have occurred. The Military Judge recognized that the complainant had difficulty remembering exactly what happened after she went to her bedroom and fell asleep. He was not satisfied that the complainant's evidence was sufficiently reliable to support a conviction for sexual assault. However, he accepted the complainant's assertion that she was asleep when the appellant entered the bedroom and that she did not invite him in. While the complainant specifically denied that she invited the appellant into the room, the Military Judge did not consider whether this could have occurred but that the complainant simply did not recall it. He did not direct his mind to whether the evidence could raise a reasonable doubt as to whether the appellant entered the complainant's room without her permission.

[23] The Military Judge did not suggest that any independent confirmation of the complainant's evidence was necessary and, in law, it may not have been. However, in giving reasons why he did not believe the evidence of the appellant where it conflicted with the evidence of the complainant, he stated that there was no evidence to independently confirm that of the appellant. The Military Judge did not consider whether the complainant's prior inconsistent statements to the military police and his rejection of her evidence relating to the back rub events

alors que la plaignante était encore dans la chambre. La plaignante a témoigné que plusieurs personnes étaient assises dans le couloir juste en dehors de sa chambre quand elle est allée aux toilettes. La plaignante a reconnu qu'elle craignait qu'on répande le bruit qu'elle avait eu des activités sexuelles avec d'autres hommes, parce que son fiancé n'aimait pas l'idée qu'elle participe au tournoi de hockey et qu'elle l'avait rassuré en lui disant que les hommes allaient habiter dans une caserne différente. C'est pourquoi elle avait demandé à Perrault de ne pas aller au lit avant elle. Il était certes loisible au juge militaire de rejeter la théorie de la défense, mais il a fait une erreur en disant qu'elle ne reposait sur aucune preuve.

[22] Pour témoigner de ce qui s'est passé dans la chambre à coucher, la plaignante dit qu'elle était comme dans un rêve. Elle explique qu'elle ne s'est pas immédiatement souvenue de ce qui s'est passé, et que c'est seulement après avoir longtemps pensé aux événements qu'elle a conclu que certaines choses étaient arrivées. Elle reconnaît d'emblée que d'autres choses ont pu arriver. Le juge militaire a reconnu que la plaignante avait de la difficulté à se souvenir exactement de ce qui s'était passé après s'être rendue dans sa chambre à coucher et s'être endormie. Il n'était pas convaincu que son témoignage était suffisamment fiable pour étayer une condamnation d'agression sexuelle. Cependant, il a accepté l'affirmation de la plaignante selon laquelle elle dormait quand l'appelant est entré dans la chambre à coucher et qu'elle ne l'a pas invité à entrer. Bien que la plaignante ait spécifiquement nié avoir invité l'appelant à entrer dans la chambre, le juge militaire n'a pas envisagé que cela aurait pu se passer sans qu'elle s'en souvienne. Il ne s'est pas demandé si la preuve créait un doute raisonnable quant à l'entrée de l'appelant dans la chambre de la plaignante sans sa permission.

[23] Le juge militaire n'a pas indiqué qu'une confirmation indépendante du témoignage de la plaignante était requise, ce qui, en droit, n'était peut-être effectivement pas nécessaire. Cependant, en expliquant pourquoi il n'a pas cru le témoignage de l'appelant quand il contredisait celui de la plaignante, il a déclaré qu'il n'y avait pas de confirmation indépendante du témoignage de l'appelant. Le juge militaire n'a pas considéré s'il fallait accorder une valeur probante aux déclarations antérieures contradictoires de la plaignante à la police militaire et à son

were to be given any weight in determining the credibility and reliability of the complainant. In addition, the Military Judge's erroneous statements that there was no evidence to support (i) the defence theory that the complainant may not have returned to her room because of the presence of others outside the room, and (ii) the appellant's evidence that the complainant said "maybe later or maybe another time" while discussing the possibility of having sex, lead us to conclude that the Military Judge misapprehended key evidence which he should have considered in determining whether the defence had raised a reasonable doubt.

[24] The factual errors and the error of approach referred to above related to the critical issues of the appellant's credibility and reasonable doubt. We are not persuaded that the verdict would have been the same had the errors not been made. We allow the appeal and direct a new trial.

rejet de son témoignage sur la question du frottement du dos pour déterminer sa crédibilité et sa fiabilité. En outre, les déclarations erronées du juge militaire selon lesquelles il n'y avait aucune preuve étayant (i) la théorie de la défense voulant que la plaignante a pu s'abstenir de retourner dans sa chambre à cause de la présence d'autres personnes en dehors de la chambre et (ii) le témoignage de l'appelant voulant que la plaignante ait dit [TRADUCTION] « peut-être plus tard ou peut-être à un autre moment » en discutant de la possibilité d'avoir des activités sexuelles, nous amènent à conclure que le juge militaire a interprété de manière erronée une preuve clé dont il aurait dû tenir compte pour déterminer si la défense avait soulevé un doute raisonnable.

[24] Les erreurs factuelles et l'erreur de démarche mentionnées ci-dessus touchaient aux questions cruciales de la crédibilité de l'appelant et du doute raisonnable. Nous ne sommes pas persuadés que le verdict aurait été le même si ces erreurs n'avaient pas été commises. Nous accueillons l'appel et ordonnons la tenue d'un nouveau procès.