

R. v. Willms, 2008 CMAC 8

CMAC 509

**Master Seaman B.B.J. Willms**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, October 31, 2008.

Judgment: Ottawa, Ontario, December 15, 2008.

Present: Blanchard C.J., O'Reilly and Harrington J.J.A.

On appeal from the legality of the conviction by Standing Court Martial (2007 CM 2021) held at Canadian Forces Base Borden, Ontario, on November 14, 2007.

*Assault — Appellant convicted of one charge of assault under National Defence Act, s. 130, offending Criminal Code of Canada, s. 266 — Charges stemming from incident wherein recruit (complainant) accidentally injured while completing fitness test at Canadian Forces Base Borden — Alleged assault occurring while appellant, acting as instructor at time of incident, assisting complainant up stairs back to room to deal with injury — At trial, appellant raising defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial Judge erring in finding appellant reckless — Appellant having duty to ensure any injured recruit given proper attention, care — Evidence in present case dealing with appellant's subjective understanding of obligations, duty owed to complainant, along with evidence reviewed regarding complainant's conduct, providing sufficient evidentiary basis to lend air of reality to defence of mistaken belief in consent — Therefore, trial Judge obligated to consider defence of honest but mistaken belief in consent — Judge's finding of recklessness unsubstantiated, resulting in improper dismissal of appellant's defence of honest but mistaken belief in consent — Furthermore, verdict unreasonable, not one properly instructed trier of fact could have reasonably rendered — Appeal allowed.*

R. c. Willms, 2008 CACM 8

CMAC 509

**Matelot-chef B.B.J. Willms**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 31 octobre 2008.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 15 décembre 2008.

Devant : Le juge en chef Blanchard et les juges O'Reilly et Harrington, J.C.A.

Appel de la légalité de la déclaration de culpabilité rendue par la cour martiale permanente (2007 CM 2021), tenue à la Base des Forces canadiennes Borden, en Ontario, le 14 novembre 2007.

*Voies de fait — Appelant reconnu coupable d'un chef d'accusation de voies de fait, en vertu de l'art. 130 de la Loi sur la défense nationale, infraction prévue à l'art. 266 du Code criminel — Chef d'accusation découlant d'un incident au cours duquel une recrue (la plaignante) s'est accidentellement blessée durant un test d'évaluation de la condition physique à la Base des Forces canadiennes Borden — Voies de fait alléguées survenues alors que l'appelant, qui occupait le poste d'instructeur au moment de l'incident, aidait la plaignante à monter les marches menant à sa chambre afin de traiter la blessure — Appelant soulevant au procès la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en tirant la conclusion que l'appelant avait fait preuve d'insouciance? — Appelant tenu de voir à ce que les recrues qui se blessent reçoivent l'attention et les soins appropriés — Preuve en l'espèce traitant de la compréhension subjective de l'appelant de ses obligations envers la plaignante, conjuguée avec la preuve déjà examinée concernant le comportement de la plaignante, qui suffissent à rendre vraisemblable la défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Par conséquent, le juge de première instance était tenu d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement — La conclusion d'insouciance du juge de première instance n'était pas fondée, et s'est traduite par le rejet inopportun de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement de l'appelant — De plus, le verdict était déraisonnable et aucun juge des faits raisonnable n'aurait pu conclure que la Couronne avait satisfait au fardeau de la preuve qui lui incombait — Appel accueilli.*

*Defence — Mens Rea — Honest but mistaken belief in consent — Appellant challenging legality of guilty verdict of assault under National Defence Act, s. 130 (Criminal Code of Canada, s. 266) rendered by trial Judge — Charges stemming from incident wherein recruit (complainant) accidentally injured while completing fitness test at Canadian Forces Base Borden — Alleged assault occurring while appellant, acting as instructor at time of incident, assisting complainant up stairs back to room to deal with injury — At trial, appellant raising defence of honest but mistaken belief in consent — Trial Judge erring in failing to make clear finding of issue of mens rea, leading to failure to consider defence appellant raising — Mens rea for assault satisfied if accused reckless or wilfully blind to or knew of lack of consent — Judge erring by failing to substantiate finding of recklessness — Thus, no basis for rejecting defence of honest but mistaken belief in consent — Based on evidence herein, Judge obligated to consider appellant's defence — If defence in question, corresponding evidence in present case properly considered, no reasonable trier of fact could have concluded that appellant having met burden of proof on issue of mens rea — As result, trial Judge erring in mens rea analysis.*

The appellant was convicted of one charge of assault under section 130 of the *National Defence Act*, offending section 266 of the *Criminal Code of Canada*. The charges stemmed from an incident where a recruit (complainant) was accidentally injured while completing a fitness test at Canadian Forces Base Borden. Both the appellant, who was an instructor at that time, and the roommate of the complainant assisted the complainant to her quarters to deal with the injury. The alleged assault occurred while the appellant was assisting them, specifically, while he assisted the complainant up the stairs to her room. The appellant indicated that at all times his intention was to help the complainant since she was injured and needed assistance whereas the complainant testified that she did not consent to the appellant's assistance. The trial Judge rejected the appellant's submission that, even if he had committed assault, it was under the mistaken belief that the complainant had consented to the contact. The Judge found that this was simply not supported by the evidence.

*Défense — Mens rea — Croyance sincère mais erronée au consentement — Appellant contestant la légalité d'un verdict de culpabilité pour voies de fait en vertu de l'art. 130 de la Loi sur la défense nationale (art. 266 du Code criminel) rendu par le juge de première instance — Chef d'accusation découlant d'un incident au cours duquel une recrue (la plaignante) s'est accidentellement blessée durant un test d'évaluation de la condition physique à la Base des Forces canadiennes Borden — Voies de fait alléguées survenues alors que l'appellant, qui occupait le poste d'instructeur au moment de l'incident, aidait la plaignante à monter les marches menant à sa chambre afin de traiter la blessure — Appellant soulevant au procès la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge de première instance a commis une erreur en ne tirant pas une conclusion claire quant à la question de la mens rea, ce qui a eu pour conséquence qu'il a omis d'examiner la défense soulevée par l'appellant — On satisfait à l'exigence de la mens rea relative aux voies de fait si l'accusé savait qu'il y avait absence de consentement et a fait montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement — Le juge de première instance a commis une erreur en n'étayant pas sa conclusion d'insouciance — Il n'y avait donc aucun fondement pour rejeter la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement — En fonction de la preuve en l'espèce, le juge était tenu d'examiner la défense de l'appellant — Si la défense en question, et les éléments de preuve correspondants en l'espèce, avaient été dûment examinés, aucun juge des faits raisonnable n'aurait pu conclure que la Couronne avait satisfait au fardeau de la preuve qui lui incombait quant à la question de la mens rea — Par conséquent, le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la mens rea.*

L'appellant a été reconnu coupable d'un chef d'accusation de voies de fait en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, en contravention de l'article 266 du *Code criminel* du Canada. Le chef d'accusation découlait d'un incident au cours duquel une recrue (la plaignante) s'est accidentellement blessée durant un test d'évaluation de la condition physique à la Base des Forces canadiennes Borden. L'appellant, qui était instructeur à ce moment, et la camarade de chambre de la plaignante ont aidé la plaignante à regagner les quartiers militaires afin de traiter la blessure. Les voies de fait alléguées sont survenues alors que l'appellant les aidait, plus précisément pendant qu'il aidait la plaignante à monter les marches menant à sa chambre. L'appellant a mentionné que, en tout temps, son intention était d'aider la plaignante car elle était blessée et qu'elle avait besoin d'aide, alors que la plaignante a affirmé dans son témoignage qu'elle ne voulait pas que l'appellant l'aide. Le juge de première instance a rejeté l'argument soulevé par l'appellant, soit que même s'il avait commis des voies de fait, il était sous l'impression erronée que la plaignante avait consenti au contact. Le juge a conclu que cette défense n'était tout simplement pas étayée par les éléments de preuve.

The main issue was whether the trial Judge erred in his finding that the appellant had been reckless.

*Held:* Appeal allowed.

There was no issue that the appellant had applied force to the complainant. The case turned on consent. Consent figures in both the *actus reus* and *mens rea* for assault. The appellant in this case raised the defence of honest but mistaken belief in consent. The Judge erred in failing to make a clear finding on the issue of *mens rea*, leading in turn to a failure to consider the defence of honest but mistaken belief in consent. *Mens rea* for assault is satisfied if the accused was reckless or wilfully blind to, or knew of, lack of consent. Here, the Judge seemed to have concluded that the appellant either assumed that the complainant had consented or that he had not turned his mind to whether or not the complainant had consented. The Judge did not explain his conclusion further. He then found that the accused was reckless, without referring to any evidence that would have allowed him to conclude that the accused was either reckless or wilfully blind. The Judge thus erred by failing to substantiate his finding of recklessness. There was therefore no basis for rejecting the defence of honest but mistaken belief in consent.

The appellant had a duty to ensure that any recruit injured on his watch was given the proper attention and care, which may involve, in the appropriate circumstances, physical contact with the recruit in order to assist and with the view of preventing further injury. The evidence in this case dealing with the appellant's subjective understanding of his obligations and duty owed to the complainant combined with the evidence reviewed regarding the complainant's conduct provided a sufficient evidentiary basis to lend an air of reality to the defence of mistaken belief in consent. Therefore, the Judge had an obligation to consider the defence of honest but mistaken belief in consent. Had the defence in question as well as the corresponding evidence in this case been properly considered, no reasonable trier of fact could have concluded that the Crown had met its burden of proof on the issue of *mens rea*. As a result, the trial Judge erred in his *mens rea* analysis. His finding of recklessness was unsubstantiated and resulted in the improper dismissal of the appellant's defence of honest but mistaken belief in consent. Further, the verdict was unreasonable and was not one that a properly instructed trier of fact could have reasonably rendered.

La principale question était de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'appellant avait fait preuve d'insouciance.

*Arrêt :* Appel accueilli.

Il ne faisait aucun doute que l'appellant avait employé de la force envers la plaignante. La présente cause porte sur la question du consentement. Le consentement figure dans l'*actus reus* et dans la *mens rea* applicables aux voies de fait. L'appellant en l'espèce soulève cette défense. Pour les motifs qui suivent, j'estime que le juge de première instance a commis une erreur en ne tirant pas une conclusion claire quant à la question de la *mens rea*, ce qui a eu pour conséquence qu'il a omis d'examiner la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. Autrement dit, on satisfait à l'exigence de la *mens rea* relative aux voies de fait si l'accusé savait qu'il y avait absence de consentement et a fait montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement. En l'espèce, le juge de première instance a semblé avoir conclu que l'accusé avait présumé que la plaignante avait consenti ou qu'il ne s'était pas demandé si la plaignante avait oui ou non consenti. Le juge de première instance n'a pas expliqué davantage sa conclusion. Il a ensuite conclu que l'accusé avait fait preuve d'insouciance, sans faire état d'aucun élément de preuve qui lui a permis de conclure que l'accusé avait fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire. Le juge de première instance a ainsi commis une erreur en n'étayant pas sa conclusion d'insouciance. Par conséquent, rien ne permettait de rejeter le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement.

L'appellant était tenu de voir à ce que les recrues sous sa surveillance qui se blessent reçoivent l'attention et les soins appropriés. Cette tâche exige parfois, dans les circonstances appropriées, un contact physique avec la recrue qui s'est blessée afin de l'aider et d'empêcher que d'autres blessures lui soient causées. La preuve susmentionnée qui traite de la compréhension subjective de l'appellant de ses obligations envers la plaignante, conjuguée avec la preuve déjà examinée dans les présents motifs concernant le comportement de la plaignante, suffisent à rendre vraisemblable la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Par conséquent, le juge de première instance était tenu d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement et les éléments de preuve correspondants exposés ci-dessus avaient été dûment examinés, aucun juge des faits raisonnable n'aurait pu conclure que la Couronne avait satisfait au fardeau de la preuve qui lui incombait quant à la question de la *mens rea*. Ainsi, le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la *mens rea*. Sa conclusion d'insouciance n'était pas fondée et elle s'est traduite par le rejet inopportun de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement de l'appellant. De plus, le verdict est déraisonnable et n'est pas l'un de ceux qu'un juge des faits bien avisé aurait pu raisonnablement rendre.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 266.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 95, 130, 230(b).

## CASES CITED

*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, 169 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, 74 C.C.C. (3d) 134.

## COUNSEL

*Colonel (Retired) Michel W. Drapeau and Zorica Guzina*, for the appellant.  
*Major Marylène Trudel and Nathalie Hébert*, for the respondent.

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

BLANCHARD C.J.:

I. Introduction

[1] The appellant, Master Seaman Willms, (MS Willms) appeals his conviction by a Standing Court Martial (2007 CM 2021) on a charge of assault under section 130 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA), contrary to section 266 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (CC). The appellant appeals his guilty verdict and the legality of any or all of the findings of the trial Judge pursuant to paragraph 230(b) of the NDA.

II. Facts

[2] On May 5, 2006, MS Willms was serving as a recruit instructor at the Naval Reserve Training Division, Canadian Forces Base Borden, Ontario.

[3] In May 2006, members of two Platoon, C Company, Naval Reserve Training Division, were attending a three-month basic recruit course. Among the recruits were the

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 266.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 95, 130, 230b).

## JURISPRUDENCE CITÉE

*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, 169 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 193; *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, 74 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 134.

## AVOCATS

*Colonel (à la retraite) Michel W. Drapeau et Zorica Guzina*, pour l'appelant.  
*Major Marylène Trudel et Nathalie Hébert*, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF BLANCHARD :

I. Introduction

[1] L'appelant, le matelot-chef Willms, (le matc Willms) interjette appel de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles, infraction prévue à l'article 266 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prononcée contre lui par une cour martiale permanente (2007 CM 2021) en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN). L'appelant interjette appel, en vertu de l'alinéa 230b) de la LDN, de son verdict de culpabilité et de la légalité de l'une ou de la totalité des conclusions du juge de première instance.

II. Les faits

[2] Le 5 mai 2006, le matc Willms occupait le poste d'entraîneur de recrues à la Division d'entraînement de la Réserve navale, base des Forces canadiennes de Borden (Ontario).

[3] En mai 2006, des membres du 2<sup>e</sup> peloton, compagnie C, Division d'entraînement de la Réserve navale, participaient à un cours élémentaire de trois mois pour

complainant and her roommate at the base military quarters, Ordinary Seaman (OS) Wolfe.

[4] On May 5, 2006, together with her platoon-mates, the complainant was completing a physical fitness test at the swimming pool at Canadian Forces Base Borden. While exercising in the pool, she suffered an accidental kick that broke and dislodged one of her contact lenses. She was assisted by OS Wolfe, and taken into the women's washroom to remove the other contact lens. Without contact lenses, her vision was reduced to the point of her being effectively blind.

[5] After changing into her "PT training gear", the complainant was escorted by OS Wolfe to the bus bringing the recruits back to the classroom. On the bus, her instructor, MS Willms, was informed of the accident. MS Willms claims he offered to arrange for the complainant to be taken to the base hospital for immediate assistance. The complainant states that she does not remember this offer but does remember that "he did offer to go back to quarters or I asked to go back to quarters". She did not recall the exact conversation. In any event, she asked that OS Wolfe be called back on the bus to assist her and she was taken back to her room to tend to her eye.

[6] On the bus, another recruit offered the complainant eye drops for her eye lid. The complainant states that MS Willms leaned over to put these eye drops in her eyes and that she refused the eye drops stating that she did not know what they were. In contrast, MS Willms testified that he knew from his training and from common sense that medication should not be shared and instructed the complainant, therefore, to not share medication. The complainant acquiesced to his instruction.

[7] The complainant was accompanied back to the barracks by MS Willms and OS Wolfe. Upon arrival, she was assisted off the bus to the barracks entrance and

les recrues. La plaignante et sa camarade de chambre, la matelot de 3<sup>e</sup> classe (mat 3) Wolfe se trouvaient parmi les recrues aux quartiers militaires de la base.

[4] Le 5 mai 2006, avec ses collègues de peloton, la plaignante était en train de terminer un test d'évaluation de la condition physique à la piscine de la base des Forces canadiennes de Borden. Pendant qu'elle faisait des exercices dans la piscine, elle a reçu, par accident, un coup de pied qui a eu pour effet de briser et de déplacer une de ses lentilles cornéennes. La mat 3 Wolfe lui a apporté son aide en l'emmenant dans la toilette des femmes pour qu'elle puisse enlever l'autre lentille cornéenne. Sans lentille cornéenne, la vision de la plaignante était tellement réduite qu'elle était pratiquement aveugle.

[5] Après avoir revêtu sa « tenue de sport », la plaignante a été escortée par la mat 3 Wolfe jusqu'à l'autobus qui ramenait les recrues à la salle de classe. Dans l'autobus, l'instructeur de la plaignante, le matc Willms, a été informé de l'incident. Le matc Willms prétend qu'il a offert à la plaignante qu'on l'emmène à l'hôpital de la base afin qu'elle puisse obtenir une aide immédiate. La plaignante affirme qu'elle ne se souvient pas de cette offre mais qu'elle se souvient que [TRADUCTION] « [le matc Willms] lui a offert de retourner aux quartiers militaires ou [qu'elle] a demandé de retourner aux quartiers militaires ». Elle ne se souvenait pas précisément de la conversation. De toute façon, elle a demandé qu'on demande à la mat 3 Wolfe de revenir dans l'autobus afin de l'aider et elle a été ramenée à sa chambre afin de pouvoir s'occuper de son œil.

[6] Dans l'autobus, une autre recrue a offert à la plaignante des gouttes ophtalmiques pour sa paupière. La plaignante affirme que le matc Willms s'est penché pour mettre ces gouttes ophtalmiques dans ses yeux et qu'elle a refusé car elle ne savait pas de quelle marque étaient les gouttes. Par contre, le matc Willms a affirmé dans son témoignage qu'il savait, d'après sa formation et son sens pratique, que l'on ne doit pas partager des médicaments et il a par conséquent prié la plaignante de ne pas accepter le médicament. La plaignante a obéi à cette directive.

[7] La plaignante a été accompagnée aux casernes par le matc Willms et la mat 3 Wolfe. À son arrivée, ceux-ci l'ont aidée à débarquer de l'autobus et à se rendre à

up the stairs to her room. This “assistance” is the heart of the entire matter.

[8] There is conflicting evidence as to what role OS Wolfe played in assisting the complainant off the bus and up the two flights of stairs to her room. MS Willms testified that both he and OS Wolfe helped the complainant to the barracks building and they both helped her up the stairs holding her by the arm. From the bus to the barracks, he stated that he held her right arm with his left hand and OS Wolfe was on the other side. Once inside the building, he switched sides to help her up the stairs and, while carrying his pace stick under his left arm, he held her left arm with his right hand. MS Willms testified that all three went up the stairs. He on the complainant’s left hand side and OS Wolfe on her right hand side. At some point, MS Willms told OS Wolfe to let go of the complainant’s hand since that could be construed as fraternization and to hold her by the arm instead. OS Wolfe stated that MS Willms grabbed the complainant and pulled her away from OS Wolfe while yelling “Don’t touch her. You’ll get charged with fraternization”. This occurred, according to OS Wolfe about midway up the first set of stairs. From that point on, OS Wolfe states that she did not touch the complainant.

[9] MS Willms claimed that they proceeded up the stairs at a slower than usual pace because the complainant could not see and was stumbling. His evidence is that she stumbled a few times while going up the stairs and when this occurred most of her weight fell to his right hand. He said once they reached the landing, OS Wolfe went ahead to open the door to the room she shared with the complainant. MS Willms indicated that at all times his intention was to help the complainant since she was injured and needed assistance.

[10] The complainant, on the other hand, testified that she did not consent to MS Willms’ assistance. She testified

l’entrée des casernes, puis à monter les marches jusqu’à sa chambre. Cette « aide » constitue le cœur de l’ensemble de la présente affaire.

[8] La preuve est contradictoire au sujet du rôle joué par la mat 3 Wolfe quand on a aidé la plaignante à débarquer de l’autobus et à monter les deux escaliers pour se rendre à sa chambre. Le matc Willms a affirmé dans son témoignage que lui et la mat 3 Wolfe ont aidé la plaignante à se rendre aux casernes et qu’ils l’ont tous les deux aidée à monter les marches en la tenant par le bras. Pour se rendre de l’autobus aux casernes, le matc Willms a déclaré qu’il a tenu le bras droit de la plaignante avec sa main gauche et que la mat 3 Wolfe se tenait de l’autre côté. Une fois à l’intérieur, il a changé de côté pour aider la plaignante à monter les marches et, tout en tenant son mesure-pas sous son bras gauche, il a tenu le bras gauche de la plaignante avec sa main droite. Le matc Willms a affirmé dans son témoignage qu’ils ont tous les trois monté les marches. Lui, du côté gauche de la plaignante, et la mat 3 Wolfe, du côté droit de la plaignante. À un certain moment, le matc Willms a dit à la mat 3 Wolfe de laisser la main de la plaignante car cela pourrait être interprété comme étant de la fraternisation et de la tenir plutôt par le bras. La mat 3 Wolfe a déclaré que le matc Willms a agrippé la plaignante et l’a éloignée d’elle tout en criant ce qui suit : [TRADUCTION] « Ne lui touche pas. Tu vas être accusée de fraternisation ». Selon la mat 3 Wolfe, cela s’est produit alors qu’ils se trouvaient vers le milieu du premier escalier. La mat 3 Wolfe affirme que, à partir de ce point, elle n’a plus touché à la plaignante.

[9] Le matc Willms a prétendu qu’ils ont continué à monter les marches, mais à un rythme plus lent que normal parce que la plaignante ne voyait pas bien et qu’elle trébuchait. D’après le témoignage du matc Willms, la plaignante a trébuché à quelques reprises pendant qu’elle montait les marches et lorsque cela s’est produit, la plus grande partie de son poids tombait dans sa main droite. Il a affirmé que dès qu’ils ont été rendus sur l’aire de plancher, la mat 3 Wolfe a ouvert la porte de la chambre qu’elle partageait avec la plaignante. Le matc Willms a mentionné que, en tout temps, son intention était d’aider la plaignante car elle était blessée et qu’elle avait besoin d’aide.

[10] La plaignante, par contre, a affirmé dans son témoignage qu’elle ne voulait pas que le matc Willms

that while she needed help, she did not need his help because OS Wolfe could have helped her. She claims that she said nothing to MS Willms about his holding her arm or helping her because she was too scared. She states that she was coming up the stairs pretty fast and was stumbling over her feet, but does not remember falling.

[11] The complainant admitted to bruising easily and does not remember the exact time she noticed the bruises under her arm, but did show them to OS Wolfe either in the evening of May 5, 2006, or the next morning. She claims that the bruises were caused by MS Willms “grabbing” her arm to “aggressively” help her or take her up the stairs. At the trial, OS Wolfe testified that she observed the bruises on the complainant’s upper arm. Her testimony at trial conflicts with her earlier statement to the investigating officer, made 12 days after the incident, wherein she indicated that she had observed the bruises the next morning.

[12] The complainant states that others reported the incident but she made a statement to the Military Police, nearly two weeks after the incident, indicating she didn’t think much of it at the time it occurred.

[13] On June 18, 2006, MS Willms was charged with the following two charges: (1) assault contrary to section 266 of the CC, an offence punishable under section 130 of the NDA; and (2) that he ill-treated a person who by reason of rank was subordinate to him contrary to section 95 of the NDA.

### III. The trial Judge’s finding

[14] The trial Judge found MS Willms guilty of assault and directed a stay of proceedings in respect to the second charge.

[15] The trial Judge wrote (at paragraphs 12, 14 and 15):

... [The complainant] had asked her friend and roommate, Wolfe, for assistance but had not made any request of the

l’aide. Elle a affirmé que, même si elle avait besoin d’aide, elle n’avait pas besoin de l’aide du matc Willms parce que la mat 3 Wolfe pouvait l’aider. Elle prétend qu’elle n’a rien dit au matc Willms concernant le fait qu’il lui tenait le bras ou qu’il l’aidait parce, et ce, qu’elle avait trop peur. Elle a affirmé qu’elle montait les marches assez vite et qu’elle trébuchait, mais qu’elle ne se souvenait pas d’avoir tombé.

[11] La plaignante a admis qu’elle se faisait facilement des bleus et qu’elle ne se souvenait pas du moment précis où elle avait remarqué les bleus qu’elle avait en dessous de son bras, mais qu’elle les avait montrés à la mat 3 Wolfe dans la soirée du 5 mai 2006 ou le matin suivant. Elle prétend que les bleus ont été causés par le fait que le matc Willms lui avait « agrippé » le bras trop « vigoureusement » afin de l’aider à monter les marches. Au procès, la mat 3 Wolfe a affirmé dans son témoignage qu’elle avait remarqué les bleus qui se trouvaient sur le bras de la plaignante. Le témoignage qu’elle a rendu au procès contredit la déclaration antérieure qu’elle avait faite à l’enquêteur 12 jours après l’incident dans laquelle elle avait affirmé que c’était le matin qu’elle avait remarqué les bleus.

[12] La plaignante a affirmé que les autres ont signalé l’incident mais qu’elle avait déclaré à la police militaire, près de deux semaines après l’incident, qu’elle n’avait pas fait grand cas de l’incident au moment où il s’était produit.

[13] Le 18 juin 2006, le matc Willms a été accusé des infractions suivantes : 1) avoir commis des voies de fait en contravention de l’article 266 du *Code criminel*, une infraction punissable en vertu de l’article 130 de la LDN; 2) avoir maltraité un subordonné, en grade, en contravention de l’article 95 de la LDN.

### III. La conclusion du juge de première instance

[14] Le juge de première instance a déclaré le matc Willms coupable de voies de fait et a ordonné un arrêt des procédures quant à la deuxième accusation.

[15] Le juge de première instance a écrit ce qui suit (aux paragraphes 12, 14 et 15) :

[...] [La plaignante] avait demandé à Wolfe, son amie et compagne de chambre, de l’aider, mais elle n’avait formulé

accused nor had she said anything to the accused that would entitle him to believe that he could contact her physically. On all the evidence he seems to have thought that he was entitled to render to her such assistance as he saw fit. He, himself, made no inquiries as to whether or not [the complainant] needed or wanted his help. In my view, he was at least reckless as to whether or not [the complainant] consented to being assisted by him by the taking of her arm.

...

It is argued by counsel that even if the accused did assault [the complainant], it was under the mistaken belief that she consented to the contact. In my view, this submission is simply not supported by the evidence. At no point did the accused in his evidence claim that he thought the complainant was consenting to him taking her arm. His counsel argues correctly that in law such a finding of fact can be made on the basis of all the evidence showing that his intention was merely to assist the complainant whether or not there is direct evidence of the state of mind of the accused at the relevant time.

I have already dealt with this argument in my finding that the accused was reckless as to whether the complainant consented. But in any event, such a finding is at odd with the clear evidence of injury, albeit of a relatively minor nature, caused to the complainant by the grabbing of her arm by the accused. In my view, there is no merit o[f] force to the suggestion that the accused honestly believed that the complainant was consenting to his application of force to her arm. The accused is therefore guilty of the assault charged in charge number 1.

#### IV. The applicable provisions of the *Criminal Code*

[16] Assault is defined at section 265 of the *Criminal Code* as follows:

Assault

**265.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that

aucune demande en ce sens à l'accusé ni n'a dit quoi que ce soit à celui-ci qui lui aurait permis de croire qu'il pouvait la toucher. Eu égard à l'ensemble de la preuve, il semble avoir pensé qu'il avait le droit de l'aider comme bon lui semblait. L'accusé n'a nullement cherché à savoir si [la plaignante] avait ou non besoin de son aide ou si elle la souhaitait. À mon avis, il s'est montré à tout le moins insouciant quant à la question de savoir si [la plaignante] consentait à ce qu'il l'aide en la prenant par le bras.

[...]

L'avocat fait valoir que, même si l'accusé a agressé [la plaignante], il l'a fait en croyant à tort qu'elle avait consenti au contact. À mon sens, cet argument n'est tout simplement pas appuyé par la preuve. L'accusé n'a nullement affirmé au cours de son témoignage qu'il pensait que la plaignante consentait à ce qu'il la prenne par le bras. Son avocat fait valoir, à juste titre, qu'une conclusion de fait peut être tirée sur la foi de l'ensemble de la preuve montrant qu'il avait simplement l'intention d'aider la plaignante, qu'il y ait ou non des éléments de preuve directs concernant l'état d'esprit de l'accusé lors de l'incident en question.

J'ai déjà examiné cet argument lorsque j'ai conclu que l'accusé ne s'était pas soucié de savoir si la plaignante avait consenti ou non. En tout état de cause, cette conclusion va à l'encontre de la preuve claire établissant que l'accusé avait blessé la plaignante en la saisissant par le bras, bien qu'il s'agisse d'une blessure relativement mineure. À mon avis, l'argument selon lequel l'accusé a cru honnêtement que la plaignante consentait à ce qu'il utilise la force en la tenant par le bras est sans fondement. En conséquence, l'accusé est coupable de l'accusation de voies de fait, soit l'accusation numéro 1.

#### IV. Les dispositions applicables du *Code criminel*

[16] Les voies de fait sont définis de la façon suivante à l'article 265 du *Code criminel* :

Voies de fait

**265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure

other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

#### Application

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

#### Consent

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

#### Accused's belief as to consent

(4) Where an accused alleges that he believe that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

[17] Section 266 of the *Criminal Code* provides:

#### Assault

**266.** Every one who commits an assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

#### Application

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

#### Consentement

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

#### Croyance de l'accusé quant au consentement

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

[17] L'article 266 du *Code criminel* prévoit ce qui suit :

#### Voies de fait

**266.** Quiconque commet des voies de fait est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

(b) an offence punishable on summary conviction.

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

## V. Standard of review

[18] The role of an appellate court sitting on appeal of a guilty verdict, where the legality of any or all of the findings of the trial Judge are challenged was set out as follows by this Court in *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60, at paragraph 51:

... However, when an accused alleges that the conviction imposed on him is unreasonable, the Court of Appeal must examine the evidence, not in order to substitute its own assessment, but in order to determine whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have returned: see Cournoyer and Ouimet, *Code criminel annoté 2003* (Cowansville, Qc: Éditions Yvon Blais, 2002), page 1066, citing *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Molodowic*, 2000 SCC 16, [2000] 1 S.C.R. 420.

See also paragraph 88 of *Nystrom*, above.

[19] In *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, Madam Justice McLachlin writing for the Supreme Court expressed the following view at page 131 of her reasons:

It is thus clear that a court of appeal, in determining whether the trier of fact could reasonably have reached the conclusion that the accused is guilty beyond a reasonable doubt, must re-examine, and to some extent at least, reweigh and consider the effect of the evidence.

[20] This test is equally applicable to a verdict rendered by a judge sitting at trial without a jury. In such a case, and as explained by Madam Justice Arbour in *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at paragraph 37:

... the reviewing appellate court may be able to identify a flaw in the evaluation of the evidence, or in the analysis, that will serve to explain the unreasonable conclusion reached, and justify the reversal.

## VI. Analysis

[21] The burden is on the Crown to prove all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. In

## V. La norme de contrôle

[18] Le rôle d'une cour d'appel siégeant en appel d'un verdict de culpabilité où la légalité de l'une ou l'autre des conclusions du juge de première instance est contestée a été décrit de la façon suivante par la Cour dans *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60, au paragraphe 51 :

[...] Toutefois, lorsqu'un accusé allègue que le verdict de culpabilité qui l'afflige est déraisonnable, la Cour d'appel doit examiner la preuve, non pas pour y substituer son appréciation, mais pour décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et qui agit de manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre : voir Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2005, page 1066, citant *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Molodowic*, 2000 CSC 16, [2000] 1 R.C.S. 420.

Voir également le paragraphe 88 de l'arrêt *Nystrom*, susmentionné.

[19] Dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, la juge McLachlin, parlant au nom de la Cour suprême, a exprimé l'opinion suivante à la page 131 de ses motifs :

Il est donc clair que, pour déterminer si le juge des faits aurait pu raisonnablement conclure à la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, la cour d'appel doit réexaminer et, du moins dans une certaine mesure, réévaluer l'effet de la preuve.

[20] Ce critère s'applique également à un verdict rendu par un juge siégeant sans jury. Dans un tel cas, comme l'a expliqué la juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, au paragraphe 37 :

[...] le tribunal d'appel qui procède à l'examen est parfois en mesure de déceler une lacune dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse, qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée, et à justifier l'annulation.

## VI. L'analyse

[21] C'est à la Couronne qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable l'ensemble des éléments

this case, there is no issue that MS Willms applied force to the complainant. He took hold of her arm with the stated intention of assisting her up the stairs to her room inside the barracks. Nor is there any dispute that he did so intentionally. This case turns on consent.

[22] Consent figures in both the *actus reus* and *mens rea* for assault. This duality is explained, in the equally applicable context of sexual assault in *R v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paragraphs 27, 29, 30, 41 and 42:

Confusion has arisen from time to time on the meaning of consent as an element of the *actus reus* of sexual assault .... [F]or the purposes of determining the absence of consent as an element of the *actus reus*, the actual state of mind of the complainant is determinative. At this point, the trier of fact is only concerned with the complainant's perspective. The approach is purely subjective.

...

While the complainant's testimony is the only source of direct evidence as to her state of mind, credibility must still be assessed by the trial judge, or jury, in light of all the evidence. It is open to the accused to claim that the complainant's words and actions, before and during the incident, raise a reasonable doubt against her assertion that she, in her mind, did not want the sexual touching to take place. If, however, as occurred in this case, the trial judge believes the complainant that she subjectively did not consent, the Crown has discharged its obligation to prove the absence of consent.

The complainant's statement that she did not consent is a matter of credibility to be weighed in light of all the evidence including any ambiguous conduct. The question at this stage is purely one of credibility, and whether the totality of the complainant's conduct is consistent with her claim of non-consent. The accused's perception of the complainant's state of mind is not relevant. That perception only arises when a defence of honest but mistaken belief in consent is raised in the *mens rea* stage of the inquiry.

de l'infraction. En l'espèce, il ne fait aucun doute que le matc Willms a appliqué de la force sur la plaignante. Il a agrippé son bras avec l'intention de l'aider à monter les marches jusqu'à sa chambre à l'intérieur de la caserne. Il n'est pas non plus contesté qu'il a fait cela intentionnellement. La présente cause porte sur la question du consentement.

[22] Le consentement figure dans l'*actus reus* et dans la *mens rea* applicables aux voies de fait. Cette dualité est expliquée, dans le contexte également applicable de l'agression sexuelle, dans l'arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, aux paragraphes 27, 29, 30, 41 et 42 :

Il arrive à l'occasion qu'il y ait confusion quant à la signification du consentement comme élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle. [...] pour décider si l'absence de consentement est un élément de l'*actus reus*, c'est l'état d'esprit réel de la plaignante qui est déterminant. À cette étape, le juge des faits ne s'intéresse qu'au point de vue de la plaignante. La démarche est purement subjective.

[...]

Bien que le témoignage de la plaignante soit la seule preuve directe de son état d'esprit, le juge du procès ou le jury doit néanmoins apprécier sa crédibilité à la lumière de l'ensemble de la preuve. Il est loisible à l'accusé de prétendre que les paroles et les actes de la plaignante, avant et pendant l'incident, soulèvent un doute raisonnable quant à l'affirmation de cette dernière selon laquelle, dans son esprit, elle ne voulait pas que les attouchements sexuels aient lieu. Si, toutefois, comme c'est le cas en l'espèce, le juge du procès croit la plaignante lorsqu'elle dit qu'elle n'a pas subjectivement consenti, le ministère public s'est acquitté de l'obligation qu'il avait de prouver l'absence de consentement.

La déclaration de la plaignante selon laquelle elle n'a pas consenti est une question de crédibilité, qui doit être appréciée à la lumière de l'ensemble de la preuve, y compris de tout comportement ambigu. À cette étape, il s'agit purement d'une question de crédibilité, qui consiste à se demander si, dans son ensemble, le comportement de la plaignante est compatible avec sa prétention selon laquelle elle n'a pas consenti. La perception qu'avait l'accusé de l'état d'esprit de la plaignante n'est pas pertinente. Cette perception n'entre en jeu que dans le cas où la défense de croyance sincère mais erronée au consentement est invoquée à l'étape de la *mens rea* de l'enquête.

...

Sexual assault is a crime of general intent. Therefore, the Crown need only prove that the accused intended to touch the complainant in order to satisfy the basic *mens rea* requirement. See *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

However, since sexual assault only becomes a crime in the absence of the complainant's consent, the common law recognizes a defence of mistake of fact which removes culpability for those who honestly but mistakenly believed that they had consent to touch the complainant. To do otherwise would result in the injustice of convicting individuals who are morally innocent: see *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. As such, the *mens rea* of sexual assault contains two elements: intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched ...

#### VII. Actus reus

[23] Consent requires the complainant's voluntary agreement, without the influence of force, threats, fear, fraud or abuse of authority to let the physical contact occur. As indicated above, to determine whether the complainant consented to the physical contact, all of the evidence surrounding the incident must be considered and in particular the complainant's actual state of mind. I review below this evidence.

[24] At trial, the complainant clearly stated that she did not consent to MS Willms assisting her, and particularly not to the aggressive manner in which he assisted her. She testified that while she needed assistance, she had on the bus requested the assistance of her roommate, OS Wolfe, whom she knew and with whom she felt comfortable. The trial Judge accepted the complainant's evidence that she did not consent to the taking of her arm by the accused and that the grip of the accused, MS Willms, caused her pain and left her with bruises.

[25] The complainant stated that she did not remember the accused's offer to take her to the hospital. She did

[...]

L'agression sexuelle est un acte criminel d'intention générale. Par conséquent, le ministère public n'a qu'à prouver que l'accusé avait l'intention de se livrer à des attouchements sur la plaignante pour satisfaire à l'exigence fondamentale relative à la *mens rea*. Voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

Toutefois, étant donné que l'agression sexuelle ne devient un crime qu'en l'absence de consentement de la plaignante, la common law admet une défense d'erreur de fait qui décharge de toute culpabilité l'individu qui croyait sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti aux attouchements. Agir autrement donnerait lieu à l'injustice que constituerait le fait de déclarer coupable des personnes moralement innocentes : voir *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. Par conséquent, la *mens rea* de l'agression sexuelle comporte deux éléments : l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard [...]

#### VII. L'actus reus

[23] Le consentement au contact physique doit être volontaire, sans l'influence de la force, des menaces, de la crainte, de la fraude ou de l'abus de pouvoir. Comme je l'ai déjà mentionné, afin de déterminer si la plaignante a consenti au contact physique, tous les éléments de preuve entourant l'incident doivent être pris en compte et, en particulier, l'état d'esprit de la plaignante au moment pertinent. J'examinerai donc maintenant ces éléments de preuve.

[24] Au procès, la plaignante a clairement mentionné qu'elle ne consentait pas à ce que le matc Willms l'aide, surtout pas comme il l'a fait, c'est-à-dire d'une manière agressive. Elle a affirmé dans son témoignage que même si elle avait besoin d'aide, elle avait demandé, dans l'autobus, l'aide de sa compagne de chambre, la mat 3 Wolfe, qu'elle connaissait et avec laquelle elle se sentait à l'aise. Le juge de première instance a accepté le témoignage de la plaignante selon lequel elle ne consentait pas à ce que l'accusé la prenne par le bras et que la prise par le bras de l'accusé, le matc Willms, lui a causé de la douleur et lui a laissé des ecchymoses.

[25] La plaignante a déclaré qu'elle ne se souvenait pas que l'accusé lui avait offert d'aller à l'hôpital. Elle s'est

remember, however, that either “he did offer to go back to quarters or [she] asked to go back to quarters”. Therefore, she either accepted his offer or he followed her direction. In any event, she did return to quarters without expressly objecting to his assistance.

[26] Once at the barracks, the complainant acknowledges that she said nothing about MS Willms taking hold of her arm. At no time did she object, nor did she indicate verbally to him that she did not consent. While her silence cannot be determinative, it is an element to be considered with all of the evidence.

[27] The evidence reveals that it is the complainant’s testimony that she was too scared to say anything at the time and that she may have been distracted by the fact that she was dizzy and uncomfortable as a result of her injury. The evidence also shows, however, that the complainant testified that she had been able to say “no” to the accused when he allegedly leaned over to put eye drops in her eyes, and that when she was safely in her room, she “jerked” her arm out of his grasp. These actions are not totally consistent with a person being too scared to speak up about her arm being “grabbed aggressively” as she was being assisted up the stairs.

[28] The complainant denies falling, but admits to stumbling a number of times on her way up the stairs while MS Willms was holding her arm. MS Willms testified that when she stumbled/fell most of her weight was in his hand and that this could explain the bruising. This is plausible since it is likely that the appellant would have had to tighten his grip when the complainant stumbled to prevent her from falling and injuring herself. It is not unreasonable to accept that this would have caused the bruises on the complainant’s arm, particularly given her evidence that she bruises easily.

[29] Whether the above evidence raises a reasonable doubt as to the complainant’s lack of consent, and whether the verdict, by reason of this finding, is one

toutefois rappelée qu’[TRADUCTION] « il lui a[vait] offert de retourner aux quartiers ou [qu’elle] avait demandé à retourner aux quartiers ». Par conséquent, soit qu’elle a accepté son offre, soit qu’il a suivi ses directives. De toute façon, elle est retournée aux quartiers sans s’opposer de manière expresse à ce qu’il l’aide.

[26] Une fois rendue aux casernes, la plaignante reconnaît qu’elle n’a rien dit concernant le fait que le matc Willms lui prenne le bras. En aucun temps, elle ne s’est opposée ni lui a mentionné de vive voix qu’elle ne consentait pas. Même si son silence n’est pas quelque chose de déterminant, c’est un élément à prendre en compte avec les autres éléments de preuve.

[27] La preuve révèle que la plaignante a affirmé qu’elle avait trop peur pour dire quoi que ce soit à ce moment-là et qu’elle était peut-être distraite par le fait qu’elle était étourdie et inconfortable à la suite de sa blessure. Toutefois, la preuve révèle également que la plaignante a affirmé dans son témoignage qu’elle a été capable de dire « non » à l’accusé lorsqu’il se serait penché pour mettre des gouttes ophtalmiques et que, lorsqu’elle a été rendue dans sa chambre, elle « a brusquement retiré » son bras. Ces actions ne sont pas complètement compatibles avec une personne qui était trop effrayée pour dire que son bras était « tenu de façon agressive » alors qu’on l’aidait à monter les marches.

[28] La plaignante nie avoir tombé, mais admet avoir titubé un certain nombre de fois alors qu’elle montait les marches et que le matc Willms tenait son bras. Le matc Willms a affirmé dans son témoignage que lorsque la plaignante a titubé/tombé, la plus grande partie de son poids s’est retrouvé dans sa main et que cela pouvait expliquer la présence des ecchymoses. Cette explication est plausible car il est probable que l’appelant a dû resserrer sa prise lorsque la plaignante a titubé et qu’il a voulu l’empêcher de tomber et de se blesser. Il n’est pas déraisonnable d’accepter que cela aurait causé les ecchymoses sur le bras de la plaignante, particulièrement compte tenu de son témoignage selon lequel elle se fait facilement des ecchymoses.

[29] La question de savoir si la preuve exposée ci-dessus soulève un doute raisonnable quant à l’absence de consentement de la plaignante et la question de savoir

which a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered, are not questions that need be decided by this Court. As will become clear later in these reasons, the main concern with the decision under appeal relates to the trial Judge's conclusion on *mens rea* and his concomitant rejection of the defence of honest but mistaken belief in consent. On the evidence, I have reservations about the trial Judge's finding on the complainant's lack of consent. It is, however, a credibility finding within the bailiwick of the trial Judge and for which heightened deference must be accorded by an appellate court. I now turn to the trial Judge's conclusion on *mens rea*.

#### VIII. Mens rea

[30] As indicated in *Ewanchuk*, above, physical contact only becomes assault when there is an absence of consent to the contact. As such, an accused can only be found guilty of assault if he or she was aware of, reckless to, or wilfully blind to the absence of consent. In order not to convict the morally innocent, the courts have recognized the defence of honest but mistaken belief in consent. The appellant in this case raises such a defence. For the reasons that follow, I am of the view that the trial Judge erred in failing to make a clear finding on the issue of *mens rea*, leading in turn to a failure to consider the defence of honest but mistaken belief in consent.

[31] The onus is on the Crown to prove, beyond a reasonable doubt, that the accused was aware that the complainant did not consent to the physical contact in question. The Crown may meet its burden by establishing any one of the following: (1) that the accused actually knew that the complainant did not consent; (2) that the accused knew there was a risk the complainant did not consent and the accused proceeded in the face of that

si le verdict, en raison de cette conclusion, est l'un de ceux qu'un juge des faits, qui serait bien instruit du droit et qui aurait agi de façon judiciaire, aurait pu raisonnablement rendre, ne sont pas des questions qui doivent être tranchées par la Cour. Comme nous le constaterons dans les présents motifs, la principale réserve au sujet de la décision qui fait l'objet du présent appel a trait à la conclusion du juge de première instance quant à la conclusion du juge de première instance quant à la *mens rea* et quant à son rejet concomitant de la défense de croyance au consentement erronée, mais de bonne foi. Compte tenu de la preuve, j'ai des réserves quant à la conclusion du juge de première instance sur l'absence de consentement de la plaignante. Il s'agit toutefois d'une conclusion relative à la crédibilité qui relève de la compétence du juge de première instance et à l'égard de laquelle une cour d'appel doit faire preuve d'une très grande retenue. J'examinerai maintenant la conclusion du juge de première instance quant à la *mens rea*.

#### VIII. La mens rea

[30] Comme il a été mentionné dans l'arrêt *Ewanchuk*, susmentionné, le contact physique ne devient une agression que lorsqu'il y a absence de consentement au contact. À ce titre, un accusé ne peut être trouvé coupable d'avoir commis des voies de fait que s'il savait qu'il y avait absence de consentement et a fait montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement. Afin de ne pas déclarer coupable une personne moralement innocente, les cours de justice ont reconnu la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. L'appelant en l'espèce soulève cette défense. Pour les motifs qui suivent, j'estime que le juge de première instance a commis une erreur en ne tirant pas une conclusion claire quant à la question de la *mens rea*, ce qui a eu pour conséquence qu'il a omis d'examiner la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement.

[31] C'est à la Couronne qu'il incombe de prouver, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas au contact physique en question. La Couronne peut s'acquitter de son fardeau en établissant l'un ou l'autre des éléments suivants : 1) l'accusé savait réellement que la plaignante ne consentait pas; 2) l'accusé savait qu'il y avait un risque que la plaignante ne consentait pas et l'accusé a agi malgré ce

risk; or (3) that the accused was aware of the indications that the complainant did not consent, but deliberately chose to ignore them because the accused did not want to know the truth. Put differently, the *mens rea* for assault is satisfied if the accused was reckless or wilfully blind to, or knew of, lack of consent. If the accused raises a reasonable doubt about *mens rea*, the accused must be acquitted. The defence of honest but mistaken belief in consent is one way of raising such a doubt.

[32] In considering the defence of honest but mistaken belief in consent we are concerned with the accused's state of mind as the criminal law is not intended to convict the morally innocent (*Ewanchuk*, above, at paragraphs 42 and 43). To determine whether the accused honestly believed that the complainant consented to the physical contact in question, all of the circumstances surrounding the activity must be considered. The accused must have an honest belief, but it need not be a reasonable belief. However, the presence or absence of reasonable grounds for the accused's belief may assist in determining whether the belief was honest.

[33] The trial Judge must first decide whether any evidence exists to lend an air of reality to the defence. That is to say whether there is evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit if it believed the evidence to be true (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3). If such evidence exists, then the judge must go on to consider the defence of honest but mistaken belief in consent. In the final analysis, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused had no such belief.

[34] Here, the trial Judge simply said that the accused (at paragraph 12) "seems to have thought that he was entitled to render to her such assistance as he saw fit." By these words, the trial Judge seemed to have concluded that the accused either assumed that the complainant had consented or that he had not turned his mind to whether or not the complainant had consented. The trial Judge does not explain his conclusion further. He then found that the accused was reckless, without referring to any

risque; 3) l'accusé était conscient qu'il y avait des signes que la plaignante ne consentait pas, mais il a délibérément choisi de les ignorer parce qu'il ne voulait pas connaître la vérité. Autrement dit, on satisfait à l'exigence de la *mens rea* relative aux voies de fait si l'accusé savait qu'il y avait absence de consentement et a fait montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement. Si l'accusé soulève un doute raisonnable quant à l'existence de la *mens rea*, il doit être acquitté. La défense de la croyance sincère mais erronée au consentement est une façon de soulever ce doute.

[32] En examinant la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, nous nous penchons sur la question de l'état d'esprit de l'accusé car le droit criminel ne vise pas à déclarer coupable la personne moralement innocente (*Ewanchuk*, susmentionné, aux paragraphes 42 et 43). Pour déterminer si l'accusé croyait honnêtement que la plaignante consentait au contact physique en question, l'ensemble des circonstances entourant l'activité doivent être examinées. L'accusé doit avoir une croyance sincère, mais qui ne doit pas être obligatoirement raisonnable. Toutefois, la présence ou l'absence de motifs raisonnables quant à la croyance de l'accusé peut aider à déterminer si la croyance était honnête.

[33] Le juge de première instance doit d'abord décider s'il existe des éléments de preuve conférant vraisemblance à la défense. C'est-à-dire qu'il doit décider s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, de prononcer l'acquittement, s'il y ajoutait foi (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3). Si une telle preuve existe, alors le juge doit examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. En dernière analyse, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas une telle croyance.

[34] En l'espèce, le juge de première instance a tout simplement dit que l'accusé (au paragraphe 12) « sembl[ait] avoir pensé qu'il avait le droit de l'aider comme bon lui semblait ». Par ces mots, le juge de première instance a semblé avoir conclu que l'accusé avait présumé que la plaignante avait consenti ou qu'il ne s'était pas demandé si la plaignante avait oui ou non consenti. Le juge de première instance n'a pas expliqué davantage sa conclusion. Il a ensuite conclu que l'accusé avait fait

evidence that would have allowed him to conclude that the accused was either reckless or wilfully blind. The trial Judge erred by failing to substantiate his finding of recklessness. The trial Judge did find that the complainant had not said anything that amounted to express consent, but that is not the same as determining that the accused was aware of a risk that she had not consented, or that he deliberately refused to consider whether or not she consented. The trial Judge went on to find that the defence of honest belief was not available to the accused because the defence was inconsistent with a finding of recklessness. Since the trial Judge erred in his finding of recklessness, there was no basis for rejecting the defence of honest but mistaken belief in consent. I will now turn to the evidence supporting the appellant's honest belief, which the trial Judge failed to consider.

[35] The incident which led to the laying of charges against the appellant arose on a military base and was triggered by an injury to the complainant who was attending basic training as a recruit. At the time of the incident, she was under the command of the appellant who was serving as a recruit instructor at the base. As an instructor, the appellant was responsible for the training and welfare of his recruits. The appellant had a duty to ensure that any recruit injured on his watch was given the proper attention and care. This may involve, in the appropriate circumstance, physical contact with the recruit in order to assist and with the view of preventing further injury.

[36] MS Willms testified that as a Marching non commissioned officer, he had certain responsibilities *vis-à-vis* the recruits, including, "handling any administrative problems, handling any personal affairs and any injuries, attending to any injuries and receiving-providing the proper medical attention if need be". MS Willms testified that all recruits provided an informal consent at the beginning of the course to be physically handled in exceptional circumstances. One such circumstance was in case of injury.

preuve d'insouciance, sans faire état d'aucun élément de preuve qui lui a permis de conclure que l'accusé avait fait preuve d'insouciance ou d'ignorance volontaire. Le juge de première instance a commis une erreur en n'étayant pas sa conclusion d'insouciance. Le juge de première instance a conclu que la plaignante n'avait rien dit qui indiquait qu'elle consentait expressément, mais ce n'est pas la même chose que conclure que l'accusé était au courant d'un risque auquel elle n'avait pas consenti, ou qu'il avait délibérément refusé d'examiner si oui ou non elle consentait. Le juge de première instance a ensuite conclu que l'accusé ne pouvait pas se prévaloir de la défense de croyance sincère parce que cette défense était incompatible avec une conclusion d'insouciance. Comme le juge de première instance a commis une erreur en tirant sa conclusion d'insouciance, rien ne permettait de rejeter le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement. J'examinerai maintenant la preuve étayant la croyance honnête de l'appelant, ce que le juge de première instance a omis de faire.

[35] L'incident qui a mené au dépôt d'accusations contre l'appelant s'est produit sur une base militaire et il a été déclenché par une blessure occasionnée à la plaignante qui assistait à une formation de base pour les recrues. Lors de l'incident, la plaignante était sous les ordres de l'appelant qui travaillait comme instructeur de recrues à la base. À titre d'instructeur, l'appelant s'occupait de la formation et du bien-être de ses recrues. L'appelant était tenu de voir à ce que les recrues sous sa surveillance qui se blessent reçoivent l'attention et les soins appropriés. Cette tâche exige parfois, dans les circonstances appropriées, un contact physique avec la recrue qui s'est blessée afin de l'aider et d'empêcher que d'autres blessures lui soient causées.

[36] Le matc Willms a affirmé dans son témoignage que, à titre de sous-officier accompagnateur, il avait certaines responsabilités à l'égard des recrues, notamment, [TRADUCTION] « s'occuper des problèmes administratifs, s'occuper de problèmes personnels et de blessures, s'occuper des blessures et de voir à ce que les soins médicaux appropriés soient fournis au besoin ». Le matc Willms a affirmé dans son témoignage que toutes les recrues ont consenti de façon informelle au début du cours à être manipulées physiquement dans des circonstances exceptionnelles. L'une de ces circonstances était les cas de blessure.

[37] MS Willms indicated that when he first noticed the complainant after she sustained her eye injury, she appeared to be in extreme pain. He expressed concern for her welfare as he would for any of his recruits. He stated that his number one priority as an instructor is about the recruits' welfare and just wanted to help the complainant. The appellant was of the view that, when he was assisting the complainant back to her quarters, he was acting in accordance with his obligations and responsibilities as a training officer. There is no evidence of any inappropriate touching by MS Willms.

[38] The above evidence dealing with the appellant's subjective understanding of his obligations and duty owed to the complainant, combined with the evidence reviewed earlier in these reasons regarding the complainant's conduct, provide a sufficient evidentiary basis to lend an air of reality to the defence of mistaken belief in consent. Therefore, the trial Judge had an obligation to consider the defence of honest but mistaken belief in consent. In so doing, all of the circumstances surrounding the activity would have had to be considered in determining whether the Crown had established the absence of an honest belief beyond a reasonable doubt. This analysis was simply not conducted by the trial Judge because of his earlier unfounded recklessness finding. In the result, the appellant did not receive the benefit of his defence of honest but mistaken belief in consent to which he was entitled.

[39] I am satisfied that, had the defence of honest but mistaken belief in consent and the corresponding evidence outlined above been properly considered, no reasonable trier of fact could have concluded that the Crown had met its burden of proof on the issue of *mens rea*.

#### IX. Disposition of the appeal

[40] I find that the trial Judge erred in his *mens rea* analysis. His finding of recklessness is unsubstantiated, and resulted in the improper dismissal of the appellant's defence of honest but mistaken belief in consent. Further, in light of the evidence supporting that defence, I conclude that the verdict is unreasonable and is not one that

[37] Le matc Willms a affirmé que lorsqu'il a d'abord remarqué que la plaignante, après avoir subi sa blessure à l'œil, semblait souffrir énormément, il s'est inquiété de son bien-être comme il l'aurait fait pour n'importe laquelle de ses recrues. Il a déclaré que sa priorité absolue à titre d'instructeur était le bien-être des recrues et qu'il ne voulait qu'aider la plaignante. L'appelant estimait que, en aidant la plaignante à retourner à ses quartiers, il agissait en conformité avec ses obligations et ses responsabilités à titre d'officier responsable de la formation. Il n'y a aucune preuve d'attouchements inconvenants de la part du matc Willms.

[38] La preuve susmentionnée qui traite de la compréhension subjective de l'appelant de ses obligations envers la plaignante, conjuguée avec la preuve déjà examinée dans les présents motifs concernant le comportement de la plaignante, suffisent à rendre vraisemblable la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Par conséquent, le juge de première instance était tenu d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Ce faisant, toutes les circonstances entourant l'activité aurait dû être examinées pour déterminer si la Couronne avait établi hors de tout doute raisonnable, l'absence d'une croyance honnête. Cette analyse n'a tout simplement pas été faite par le juge de première instance en raison de sa conclusion d'insouciance antérieure non fondée. Par conséquent, l'appelant n'a pas bénéficié de sa défense de croyance sincère mais erronée au consentement à laquelle il avait droit.

[39] Je suis convaincu que, si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement et les éléments de preuve correspondants exposés ci-dessus avaient été dûment examinés, aucun juge des faits raisonnables n'aurait pu conclure que la Couronne avait satisfait au fardeau de la preuve qui lui incombait quant à la question de la *mens rea*.

#### IX. La décision à l'égard de l'appel

[40] Je conclus que le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la *mens rea*. Sa conclusion d'insouciance n'est pas fondée et elle s'est traduite par le rejet inopportun de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement de l'appelant. De plus, compte tenu de la preuve étayant cette défense,

a properly instructed trier of fact, acting judicially, could reasonably have rendered.

[41] Given the circumstances and the relatively minor nature of the impugned incident, the most appropriate disposition of this appeal is to set aside the guilty verdict and to enter a verdict of acquittal in its place.

X. Conclusion

[42] For the above reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Standing Court Martial and enter a finding of not guilty.

O'REILLY J.A.: I agree.

HARRINGTON J.A.: I agree.

je conclus que le verdict est déraisonnable et n'est pas l'un de ceux qu'un juge des faits, qui serait bien instruit du droit et qui aurait agi de façon judiciaire, aurait pu raisonnablement rendre.

[41] Compte tenu des circonstances et de la nature relativement mineure de l'incident contesté, la décision la plus appropriée à rendre à l'égard de l'appel est d'annuler le verdict de culpabilité et d'y substituer un verdict d'acquiescement.

X. Conclusion

[42] Pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais l'appel, annulerais la décision de la cour martiale permanente et inscrirais un verdict de non-culpabilité.

LE JUGE O'REILLY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE HARRINGTON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.