

R. v. Royes, 2014 CMAC 10

CMAC 568

Master Corporal D.D. Royes

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent,

Heard: Ottawa, Ontario, October 24, 2014.

Judgment: Ottawa, Ontario, October 30, 2014.

Present: Dawson, Trudel and Rennie JJ.A.

On appeal from the legality of a conviction by Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Wainwright, Alberta, on December 12, 2013.

Standard of review — Military Judge's reasons must be read as a whole — Reasons cannot be parsed to find error inconsistent with reasons as a whole.

The appellant challenges his conviction on one count sexual assault contrary to section 130 of the *National Defence Act*, and section 271 of the *Criminal Code* and the Military Judge's decision to dismiss his motion for an order striking down paragraph 130(1)(a) of the *National Defence Act* on the basis the Military Judge erred by treating credibility findings as dispositive of evidence, shifted the onus of proof, and misapprehended evidence. The appellant also contends that paragraph 130(1)(a) of the *National Defence Act* is unconstitutionally overbroad in spite of the court's ruling in *R. v. Moriarity*. However, as no notice of constitutional question was filed, this issue will be dealt with at a later date.

Held: Appeal dismissed.

Findings of credibility do not, on their own, dispose of testimony. In any event, the misstatement of the Military Judge in this regard does not materially impact the assessment of the complainant's evidence. The appellant cannot parse the reasons of the Military Judge to make a finding not consistent with the reasons as a whole. There was also no shifting of burden of proof when the reasons are read as a whole. Expert evidence must be assessed like that of all witnesses, and a Military Judge is not required to accept it as fact. Capacity to consent was the key determination and the evidence allowed

R. c. Royes, 2014 CACM 10

CMAC 568

Caporal-chef D.D. Royes

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 24 octobre 2014.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 30 octobre 2014.

Devant : Les juges Dawson, Trudel et Rennie, J.C.A.

Appel de la légalité d'une déclaration de culpabilité prononcée par la cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Wainwright (Alberta), le 12 décembre 2013.

Norme de contrôle — Les motifs du juge militaire doivent être interprétés dans leur ensemble — Ils ne peuvent être dissociés pour révéler des erreurs qui ne concordent pas avec l'ensemble des motifs.

L'appelant conteste la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement au chef d'agression sexuelle en violation de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 271 du *Code criminel* ainsi que la décision du juge militaire de rejeter sa requête en vue d'obtenir une ordonnance invalidant l'alinéa 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* au motif que le juge militaire a commis une erreur en traitant les conclusions relatives à la crédibilité comme un élément de preuve déterminant, en inversant la charge de la preuve et en interprétant mal la preuve. L'appelant soutient également que l'alinéa 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnel en raison de sa portée excessive, en dépit de la décision rendue dans l'affaire *R. c. Moriarity*. Toutefois, puisqu'aucun avis de question constitutionnelle n'a été déposé, cette question sera traitée ultérieurement.

Arrêt : Appel rejeté.

À elles seules, les conclusions de crédibilité ne permettent pas à elle seule d'accepter ou d'écarter un témoignage. De toute façon, la mauvaise interprétation du juge militaire à cet égard n'a pas de répercussions appréciables sur l'évaluation du témoignage de la plaignante. L'appelant ne peut dissocier les motifs du juge militaire pour tirer une conclusion qui ne concorde pas avec l'ensemble des motifs. De plus, à la lecture de l'ensemble des motifs, il n'y a eu aucun renversement du fardeau de preuve. Le témoignage d'un expert doit être apprécié de la même manière que celui de tout autre témoin, et le juge militaire n'est pas tenu

the Military Judge to believe the complainant did not have such capacity.

de le tenir pour avéré. La capacité de consentir était un facteur déterminant, et les éléments de preuve permettaient au juge militaire de croire que la plaignante n'avait pas cette capacité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Court Martial Appeal Court Rules, SOR/86-959, r. 11.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 ss. 271, 273.2.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130(1)(a).

CASES CITED

R. v. Boucher, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499; *R. v. Clark*, 2012 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 646; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Moriarity*, 2014 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 720 (aff'd 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485); *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746; *R. v. Rhyason*, 2007 SCC 39, [2007] 3 S.C.R. 108; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *Shawinigan Engineering Co. v. Naud*, [1929] S.C.R. 341, [1929] 4 D.L.R. 57.

COUNSEL

Mark Letourneau and J.B. Cloutier, for the appellant.
Anne Litowski, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[1] TRUDEL J.A.: The accused, Master Corporal D.D. Royes (the appellant), was tried and convicted of sexual assault by a Standing Court Martial (*R. v. Royes*, 2013 CM 4033). He was sentenced to a term of imprisonment of 36 months (*R. v. Royes*, 2013 CM 4034). His application for release pending appeal was allowed under specific conditions. He is now appealing the legality of the guilty verdict as well as the Military Judge's decision to dismiss his motion for an order striking down paragraph 130(1)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA) on the basis that it violates section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Military Judge's decision on the constitutional question is indexed as *R. v. Royes*, 2013 CM 4032.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 271, 273.2.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130(1)a).
Règles de la Cour d'appel de la cour martiale, DORS/86-959, r. 11.

JURISPRUDENCE CITÉE

R. c. Boucher, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499; *R. c. Clark*, 2012 CACM 3, 7 C.A.C.M. 646; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Moriarity*, 2014 CACM 1, 7 C.A.C.M. 720 (conf. par 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485); *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *R. c. Rhyason*, 2007 CSC 39, [2007] 3 R.C.S. 108; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *Shawinigan Engineering Co. v. Naud*, [1929] S.C.R. 341, [1929] 4 D.L.R. 57.

AVOCATS

Mark Letourneau et J.-B. Cloutier, pour l'appellant.
Anne Litowski, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : L'accusé, le caporal-chef D.D. Royes (l'appellant) a été jugé et reconnu coupable d'agression sexuelle par une cour martiale permanente (*R. c. Royes*, 2013 CM 4033). Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 36 mois (*R. c. Royes*, 2013 CM 4034). Sa demande de remise en liberté avant l'issue de l'appel a été accueillie, mais à certaines conditions bien précises. Il se pourvoit maintenant en appel quant à la légalité du verdict de culpabilité et quant à la décision du juge militaire de rejeter sa requête par laquelle il sollicitait l'invalidation de l'alinéa 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi) au motif que celui-ci contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La décision du juge militaire quant à la question constitutionnelle est répertoriée sous la référence *R. c. Royes*, 2013 CM 4032.

[2] At paragraph 20 of his Memorandum of Fact and Law, the appellant advances four grounds of appeal:

- a. First, he argues that the Judge erred in assessing the credibility and reliability of witnesses. He submits that the Judge committed an error of law in treating a witness' credibility as dispositive of proof for the elements covered by that witness' testimony.
- b. Second, the appellant submits that the Judge wrongly shifted the onus of proof by requiring the appellant to demonstrate that the complainant had consented, rather than keeping the onus on the Crown to prove lack of consent beyond a reasonable doubt.
- c. Third, the appellant argues that the Judge misapprehended the evidence in finding that the complainant was unconscious at the time of the sexual acts. He contends that the evidence did not support this finding, nor could it prove a lack of consent beyond a reasonable doubt.
- d. Fourth, the appellant submits that paragraph 130(1)(a) of the NDA is unconstitutional. He argues that our Court's recent decision in *R. v. Moriarity*, 2014 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 720 (aff'd 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485), which limited the scope of the provision to offences with a military nexus, was incorrect and should be overruled.

[3] At the hearing of this appeal, our Court was informed that the appellant had not served a Notice of Constitutional Question pursuant to rule 11.1 of the *Court Martial Appeal Court Rules*, SOR/86-959 (the Rules). As this is a condition precedent to our Court's jurisdiction over the constitutional matter and in view of the importance of the question to the appellant who has been sentenced to 36 months of imprisonment, the appeal was adjourned on this issue to January 23, 2015 to allow the appellant to comply with the Rules.

[2] Au paragraphe 20 de son mémoire des faits et du droit, l'appellant expose quatre motifs d'appel :

- a. Premièrement, il prétend que le juge a commis une erreur dans l'appréciation de la crédibilité et de la fiabilité des témoins. Selon lui, le juge a commis une erreur de droit en faisant dépendre de la crédibilité d'un témoin la preuve des éléments relatés dans le témoignage de ce dernier.
- b. Deuxièmement, l'appellant soutient que le juge lui a, à tort, imposé le fardeau de démontrer que la plaignante avait donné son consentement, plutôt que de laisser à la Couronne le fardeau de démontrer, hors de tout doute raisonnable, l'absence de consentement.
- c. Troisièmement, l'appellant prétend que le juge a mal apprécié la preuve lorsqu'il a conclu que la plaignante était inconsciente au moment des actes sexuels. Il soutient que la preuve n'étayait pas cette conclusion et ne pouvait démontrer l'absence d'un consentement hors de tout doute raisonnable.
- d. Quatrièmement, l'appellant soutient que l'alinéa 130(1)a) de la Loi est inconstitutionnel. Il prétend que le récent arrêt de la Cour dans l'affaire *Moriarity c. Canada*, 2014 CACM 1, 7 C.A.C.M. 720 (conf. par 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485), lequel limitait la portée de la disposition aux infractions ayant un lien militaire, était incorrect et qu'il devrait être écarté.

[3] À l'audience dans le présent appel, la Cour a été informée que l'appellant n'avait pas signifié l'avis de question constitutionnelle visé à l'article 11.1 des *Règles de la Cour d'appel de la cour martiale*, DORS/86-959 (les Règles). Puisqu'il s'agit d'une condition préalable à l'exercice par la Cour de sa compétence en matière constitutionnelle, et compte tenu de l'importance de cette question pour l'appellant, qui vient d'être condamné à une peine d'emprisonnement de 36 mois, l'audition de l'appel relativement à cette question a été ajournée au 23 janvier 2015, en vue de permettre à l'appellant de se conformer aux Règles.

[4] It was, however, understood that the adjournment would not prevent our Court from deciding the other issues in this appeal. These reasons concern the appellant's first three grounds of appeal. Although the appellant changed the order of his submissions at the hearing, the substance remained the same. I shall therefore examine each ground of appeal in the order presented in the appellant's Memorandum of Fact and Law, starting with the Military Judge's treatment of the concepts of reliability and credibility. Before turning to this issue, a few words about the standard of review are apposite.

[5] The parties did not make submissions on the applicable standard of review. The appellant seeks to overturn his guilty verdict. The standard for assessing the reasonableness of a verdict and the relationship between the verdict and the judge's factual findings were described by the Supreme Court of Canada in *R. v. R.P.*, 2012 SCC 22, [2012] 1 S.C.R. 746 at paragraph 9:

To decide whether a verdict is unreasonable, an appellate court must ... determine whether the verdict is one that a properly instructed jury or a judge could reasonably have rendered. The appellate court may also find a verdict unreasonable if the trial judge has drawn an inference or made a finding of fact essential to the verdict that (1) is plainly contradicted by the evidence relied on by the trial judge in support of that inference or finding, or (2) is shown to be incompatible with evidence that has not otherwise been contradicted or rejected by the trial judge [Footnotes omitted].

[6] The above excerpt shows clearly that, absent an overriding and palpable error, the Military Judge's findings of fact should not be lightly interfered with. This particularly applies to the appellant's third ground of appeal. As for the first two grounds—whether the Military Judge applied the proper legal tests—these are questions of law and reviewable on a standard of correctness.

[4] Il était cependant entendu que l'ajournement n'empêcherait pas la Cour de trancher les autres questions en litige dans l'appel. Les présents motifs se rapportent aux trois premiers motifs d'appel de l'appelant. Bien que l'appelant ait changé l'ordre de ses observations lors de l'audience, ces dernières sont restées les mêmes sur le fond. J'examine les motifs d'appel selon l'ordre dans lequel ceux-ci ont été présentés dans le mémoire des faits et du droit de l'appelant, à commencer par la manière dont le juge militaire a traité des concepts de fiabilité et de crédibilité. Avant d'aborder cette question en litige, il convient de dire quelques mots au sujet de la norme de contrôle applicable.

[5] Les parties n'ont pas présenté d'observations en ce qui concerne la norme de contrôle applicable. L'appelant sollicite l'annulation de sa déclaration de culpabilité. La norme de contrôle qui s'applique lorsqu'il s'agit de savoir si un verdict est raisonnable et d'évaluer la relation entre le verdict et les conclusions de fait tirées par le juge est décrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746, au paragraphe 9 :

[...] pour décider si un verdict est déraisonnable, la cour d'appel doit déterminer s'il s'agit d'un verdict qu'un jury ayant reçu des directives appropriées ou un juge aurait pu raisonnablement rendre. La cour d'appel peut aussi conclure au caractère déraisonnable du verdict si le juge du procès tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au prononcé du verdict (1) qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui de cette inférence ou conclusion ou (2) dont on démontre l'incompatibilité avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge [Notes de bas de page omises].

[6] Le passage ci-dessus démontre clairement qu'à défaut d'une erreur manifeste et dominante, la Cour ne devrait pas écarter à la légère les conclusions de fait du juge militaire. Ce principe s'applique particulièrement au troisième motif d'appel soulevé par l'appelant. En ce qui concerne les deux premiers motifs — le juge militaire a-t-il appliqué les bons critères juridiques? — il s'agit de questions de droit, et elles sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

I. First ground of appeal: the legal test for assessing credibility

[7] I note, as do the parties, that the Military Judge committed an error of law when stating at paragraph 13 of his reasons that:

The court is not required to accept the testimony of any witness, except to the extent that it has impressed the court as credible. However, a court will accept evidence as trustworthy unless there is a reason rather to disbelieve it.

[8] Indeed, a finding of credibility is not dispositive of the acceptance of a witness' testimony (*R. v. Clark*, 2012 CMAc 3, 7 C.M.A.R. 646 (*Clark*) at paragraph 47). This being said, the Military Judge's reasons must be read as a whole. Before allowing the appeal on this ground, our Court must be satisfied that the error had a material impact on the Military Judge's assessment of the complainant's testimony (*R. v. Rhyason*, 2007 SCC 39, [2007] 3 S.C.R. 108 at paragraph 14; *R. v. Boucher*, 2005 SCC 72, [2005] 3 S.C.R. 499 at paragraph 43). The appellant argues that evidence of this legal error's impact can be found at paragraph 134 of the Military Judge's reasons where he wrote:

Although [the complainant] is not a completely reliable witness because of her period of blackout, she is deemed a credible witness.

[9] The appellant submits that once the Military Judge deemed the complainant credible, he accepted her testimony as proof of lack of consent beyond a reasonable doubt. For the appellant, not only did this second statement represent a legal error in itself, but it affected how the Military Judge allocated the burden of proof, an issue that will be discussed under the second ground of appeal.

[10] Returning to the Military Judge's alleged error from *Clark*, above, I am of the view that the appellant has failed to show that the Military Judge applied the misstated test. To the contrary, a fair reading of the Military Judge's reasons, including paragraph 134 partially cited above, shows that he was alive to the issue and aware of the distinction between credibility and reliability (see

I. Le premier motif d'appel : le critère juridique en ce qui a trait à l'appréciation de la crédibilité

[7] Je constate, comme l'ont fait les parties, que le juge militaire a commis une erreur de droit lorsqu'il a énoncé ce qui suit au paragraphe 13 de ses motifs :

La cour n'est pas tenue d'accepter le témoignage d'une personne à moins que celui-ci ne lui paraisse crédible. Cependant, elle jugera un témoignage digne de foi à moins d'avoir une raison de ne pas le croire.

[8] Effectivement, une conclusion selon laquelle un témoin est crédible ne tranche pas la question de savoir s'il faut accepter ou non son témoignage (voir *R. c. Clark*, 2012 CACM 3, 7 C.A.C.M. 646 (*Clark*), au paragraphe 47). Cela étant dit, les motifs du juge militaire doivent être interprétés dans leur ensemble. Avant d'accueillir l'appel pour ce motif, la Cour doit être convaincue que l'erreur a eu une incidence effective sur l'appréciation du témoignage de la plaignante par le juge militaire (*R. c. Rhyason*, 2007 CSC 39, [2007] 3 R.C.S. 108, au paragraphe 14; *R. c. Boucher*, 2005 CSC 72, [2005] 3 R.C.S. 499, au paragraphe 43). L'appellant prétend que le paragraphe 134 des motifs du juge militaire démontre l'incidence de cette erreur de droit. Le juge militaire a écrit ce qui suit :

Même si [la plaignante] n'est pas un témoin parfaitement fiable en raison de son trou noir, elle est jugée être un témoin crédible.

[9] Selon l'appellant, après que le juge militaire eut jugé la plaignante crédible, il a accepté son témoignage à titre de preuve hors de tout doute raisonnable d'absence de consentement. Selon l'appellant, non seulement il s'agissait d'une erreur de droit en soi, mais cette erreur a aussi influé sur la manière dont le juge militaire a réparti le fardeau de la preuve, une question qui est traitée plus loin, dans l'analyse du deuxième motif d'appel.

[10] Je veux revenir sur l'erreur qui aurait été commise par le juge militaire et qui découlait du précédent *Clark*, précité. Je suis d'avis que l'appellant n'a pas réussi à démontrer que le juge militaire a appliqué le critère mal formulé. Au contraire, une interprétation juste des motifs du juge militaire, y compris du paragraphe 134, partiellement cité ci-dessus, démontre qu'il avait bien saisi la

Military Judge's reasons, at paragraph 81). His use of the word "deemed", though unfortunate, did not influence his analysis of the testimony of the complainant or other witnesses. Moreover, he did not rely solely on the complainant's testimony to conclude that she had not consented (Military Judge's reasons, at paragraph 133). This ground of appeal must fail.

II. Second ground of appeal: the burden of proof

[11] The appellant identifies four passages in the Military Judge's reasons which allegedly demonstrate how the Military Judge improperly allocated the burden of proof (appellant's memorandum of fact and law, at paragraphs 41 to 47). Once again, the appellant cannot parse the Military Judge's reasons. The Military Judge continually referred to the standard of proof beyond a reasonable doubt and explained that the onus remained on the Crown throughout, as evidenced by his reasons at paragraphs 2, 3, 7, 17, 19, 24, 100, 135, 136, 142 and 143. The Military Judge made it clear at paragraph 2 of his reasons that it was "up to the prosecution to prove its case on each element of the offence beyond a reasonable doubt." The appellant essentially criticizes the Military Judge for the manner in which he framed the issues. In my view, these passages are not evidence of shifting the burden of proof. Instead, the Judge was merely restating the elements of the offence in a straightforward way.

[12] Given my conclusion that the Military Judge did not improperly shift the burden of proof, the appellant's arguments regarding the evidence, including the "expert's exculpatory evidence [that] could raise a reasonable doubt" (appellant's Memorandum of Fact and Law, at paragraph 44), will be examined under the third ground of appeal.

III. Third ground of appeal: misapprehension of the evidence

[13] The appellant is asking this Court to re-assess the evidence in a more favourable light and to draw a

question et qu'il avait connaissance de la distinction entre crédibilité et fiabilité (voir les motifs du juge militaire, au paragraphe 81). Son emploi de l'expression « est jugée », quoique malheureux, n'a pas eu une influence sur son analyse du témoignage de la plaignante ou des autres témoins. De plus, il ne s'est pas fondé uniquement sur le témoignage de la plaignante pour conclure qu'elle n'avait pas donné son consentement (motifs du juge militaire, au paragraphe 133). Je dois donc rejeter ce motif d'appel.

II. Le deuxième motif d'appel : le fardeau de la preuve

[11] L'appellant relève quatre passages des motifs du juge militaire qui, selon lui, démontrent comment le juge militaire a mal réparti le fardeau de la preuve (mémoire des faits et du droit, aux paragraphes 41 à 47). J'aimerais souligner, une fois de plus, que l'appellant ne peut pas dissocier les motifs du juge militaire. Ce dernier a continuellement fait référence à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable et il a expliqué que c'est la Couronne qui, tout au long du processus, devait s'acquitter de ce fardeau, comme le démontrent les paragraphes 2, 3, 7, 17, 19, 24, 100, 135, 136, 142 et 143 de ses motifs. Le juge militaire a indiqué sans équivoque au paragraphe 2 de ses motifs que « [c]'est à la poursuite qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. ». L'appellant critique essentiellement le juge militaire en raison de son énoncé des questions en litige. Selon moi, ces passages ne démontrent pas qu'il a inversé le fardeau de la preuve. Le juge a plutôt simplement reformulé les éléments de l'infraction d'une manière directe.

[12] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle le juge militaire n'a pas erronément inversé le fardeau de la preuve, j'examine les arguments de l'appellant concernant la preuve, notamment la [TRADUCTION] « preuve d'expert disculpatoire pouvant soulever un doute raisonnable » (mémoire des faits et du droit de l'appellant, au paragraphe 44), dans l'analyse du troisième motif d'appel.

III. Le troisième motif d'appel : la mauvaise appréciation de la preuve

[13] L'appellant demande à la Cour d'apprécier à nouveau la preuve, mais sous un angle plus favorable, et

different conclusion on the issue of consent. I find that the Military Judge's findings are supported by the evidence and not unreasonable.

[14] First, the appellant takes issue with the manner in which the Military Judge treated the expert evidence and argues that the evidence presented at trial was sufficient to raise a reasonable doubt that the complainant had consented. The appellant argues that the Military Judge erred "by failing to recognize that the complainant's evidence was equally consistent with a valid but unwise and later regretted drunken consent" (appellant's Memorandum of Fact and Law, at paragraph 46).

[15] At paragraphs 128-129 of his reasons, the Military Judge found the expert's evidence "of little use" in resolving the issue of consent. He correctly stated that the case was "not one that can be determined primarily by the use of expert evidence but is one that is decided on the facts accepted by the court." The testimony of an expert is assessed like that of any other witness and the Military Judge was entitled to accord the expert's opinion little weight given that it was not based on a sound factual foundation (*R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678 at paragraph 63; *Shawinigan Engineering Co. v. Naud*, [1929] S.C.R. 341 at page 343).

[16] Second, the appellant argues that the Military Judge committed a palpable and overriding error in finding that the complainant was unconscious at the time of the sexual activities and thus unable to give her consent.

[17] The appellant is essentially arguing that the Military Judge erred in determining that the *actus reus* of the offence was made out, because the evidence does not support either a finding of unconsciousness or a finding of lack of consent. The gist of the appellant's submissions is that there was neither direct nor circumstantial evidence showing that the complainant was unconscious during the sexual activities. Relying on his expert's testimony,

de tirer une conclusion différente quant à la question du consentement. À mon avis, les conclusions du juge militaire sont étayées par la preuve et elles ne sont pas déraisonnables.

[14] Tout d'abord, l'appelant s'oppose au traitement par le juge militaire de la preuve d'expert. Il prétend que la preuve présentée au procès était suffisante pour soulever un doute raisonnable étayant sa thèse selon laquelle la plaignante avait donné son consentement. L'appelant prétend que le juge militaire a commis une erreur du fait [TRADUCTION] « qu'il n'a pas reconnu que la preuve présentée par la plaignante était aussi bien l'expression d'un consentement valide, mais mal avisé, sous l'effet de l'alcool, et qu'elle a regretté par la suite » (mémoire des faits et du droit, par. 46).

[15] Le juge militaire a conclu, aux paragraphes 128 et 129 de ses motifs, que la preuve d'expert était « peu utile » lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la question du consentement. Il a énoncé, à bon droit, que l'affaire n'était « pas du genre qui peut être tranchée essentiellement par le recours à un témoin-expert, mais bien qui est tranchée suivant les faits acceptés par la cour ». Le témoignage d'un expert est apprécié de la même manière que celui de tout autre témoin, et le juge militaire avait le droit d'accorder peu de poids à l'opinion de l'expert, compte tenu du fait que celui-ci ne reposait pas sur une solide assise factuelle (voir *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 63; *Shawinigan Engineering Co. c. Naud*, [1929] S.C.R. 341, à la page 343).

[16] Deuxièmement, l'appelant prétend que le juge militaire a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'il a conclu que la plaignante était inconsciente au moment des actes sexuels et qu'elle ne pouvait donc donner son consentement.

[17] L'appelant prétend essentiellement que le juge militaire a commis une erreur en concluant que l'*actus reus* de l'infraction avait été établi, parce que la preuve n'étaye ni une conclusion selon laquelle la plaignante était inconsciente ni une conclusion d'absence de consentement. L'idée essentielle des observations de l'appelant est qu'il n'y avait pas de preuve, directe ou circonstancielle, démontrant que la plaignante était inconsciente

the appellant argues that the complainant could have consented but not remember doing so due to an alcohol-induced “blackout” or “memory loss”, these mental states not being equivalent to unconsciousness.

[18] In my view, this appeal should not turn on whether the Crown proved “unconsciousness”. Throughout the Military Judge’s reasons, consciousness was discussed in the context of deciding if the complainant had the capacity to consent. At the hearing of the appeal, counsel for the appellant conceded that capacity to consent was the crux of the appeal. The Supreme Court in *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440 summarized capacity to consent as requiring “the conscious consent of an operating mind” (at paragraph 36), adding that this definition requires “the complainant to provide actual active consent throughout every phase of the sexual activity” (at paragraph 66). Thus to succeed on this issue, I must be persuaded that the evidence on record did not allow the Military Judge to believe that the complainant was “unable to consent to sexual intercourse and to the sexual touching” (Military Judge’s reasons, at paragraph 133).

[19] I have not been persuaded by the appellant that the Military Judge committed a palpable and overriding error when he concluded as he did. The issue here is not whether the complainant’s testimony can support an alternative conclusion. Rather, the appellant must show that the evidence, as a whole, is incompatible with the Military Judge’s finding. There was ample evidence on record showing that the complainant did not consent. On multiple occasions, the complainant stated very clearly that she “did not agree to have sex” with the appellant and “woke up to” the sexual activities (see transcript of the complainant’s cross-examination, Appeal Book, Vol. 1, at page 111, line 10; page 110, line 20; page 112, line 23; page 115, line 12; page 116, line 30; page 117, line 1).

[20] As a result, this ground of appeal must fail.

lors des rapports sexuels. L’appelant prétend, en se fondant sur le témoignage de son expert, que l’appelant aurait pu donner son consentement, sans s’en souvenir, en raison d’une période de [TRADUCTION] « trou noir » ou de « perte de mémoire » éthylique, ces états mentaux n’étant pas équivalents à l’inconscience.

[18] Selon moi, l’issue du présent appel ne devrait pas dépendre de savoir si la Couronne a démontré ou non « l’inconscience ». Tout au long de ses motifs, le juge militaire a discuté de l’état de conscience dans son analyse de la faculté de la plaignante à donner son consentement. À l’audience dans l’appel, l’avocat de l’appelant a admis que la faculté de consentir était au cœur de l’appel. Dans l’arrêt *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, la Cour suprême du Canada énonce que la capacité à consentir s’entend du « consentement conscient d’une personne lucide » (au paragraphe 36), et précise que cette définition exige que « le plaignant donne un consentement réel et actif à chaque étape de l’activité sexuelle » (au paragraphe 66). Donc, pour que l’appelant ait gain de cause quant à cette question, je dois être convaincue que la preuve au dossier ne permettait pas au juge militaire de croire que la plaignante était « incapable de consentir à une relation sexuelle et aux attouchements » (motifs du juge militaire, au paragraphe 133).

[19] L’appelant ne m’a pas convaincue que le juge militaire a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu’il a tiré ses conclusions. La question en litige en l’espèce n’est pas celle de savoir si le témoignage de la plaignante peut étayer une autre conclusion. L’appelant doit plutôt démontrer que la preuve, dans son ensemble, est incompatible avec les conclusions du juge militaire. La preuve au dossier démontrait amplement que la plaignante n’avait pas donné son consentement. À de multiples occasions, la plaignante a exprimé, de manière très claire, qu’elle [TRADUCTION] « n’avait pas consenti à des relations sexuelles » avec l’appelant et qu’elle « s’était réveillée » au moment des rapports sexuels (voir la transcription du contre-interrogatoire de la plaignante, dossier d’appel, vol. 1, à la page 111, ligne 10; page 110, ligne 20; page 112, ligne 23; page 115, ligne 12; page 116, ligne 30; page 117, ligne 1).

[20] Il s’ensuit que ce motif d’appel échoue.

IV. The reasonableness of the verdict

[21] While the appellant does not present the reasonableness of the verdict as a separate ground of appeal, it can be considered the overarching issue: Is the guilty verdict one that a properly instructed jury or judge could reasonably have rendered? I answer this question in the affirmative.

[22] There was evidence from which the Military Judge could infer that the complainant did not have the capacity to consent. Furthermore, she testified that she did not subjectively consent. The Military Judge accepted her testimony. This establishes the *actus reus* of the offence.

[23] As for the *mens rea* component, it was reasonable for the Military Judge to conclude that the appellant knew that the complainant did not consent or that she could not consent to the sexual acts. Given that the Military Judge rejected the appellant's account of the events, the only remaining issue was whether the appellant could prove an honest but mistaken belief in consent.

[24] In view of the limitations on this defence set in out in section 273.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 and the evidence accepted by the Military Judge, it was reasonable on his part to find that the appellant was either reckless or did not take reasonable steps in the circumstances known to him to determine whether the complainant was consenting.

[25] Consequently, I propose to dismiss all grounds of appeal raised by the appellant other than that dealing with the constitutionality of paragraph 130(1)(a) of the NDA. That question and the final outcome of this appeal will be reserved.

DONALD J. RENNIE, J.A.: I agree.

ELEANOR R. DAWSON, J.A.: I agree.

IV. Le caractère raisonnable du verdict

[21] Bien que l'appelant ne soulève pas la question de savoir si le verdict était raisonnable comme motif distinct d'appel, elle peut être considérée comme une question globale : le verdict de culpabilité est-il un verdict qu'un jury ayant reçu de bonnes instructions ou un juge aurait raisonnablement pu rendre? Je réponds à cette question par l'affirmative.

[22] Des éléments de preuve permettaient au juge militaire d'inférer que la plaignante n'avait pas la faculté de donner son consentement. De plus, elle a relaté dans son témoignage qu'elle n'avait pas subjectivement consenti. Le juge militaire a accepté son témoignage. L'*actus reus* de l'infraction était établi.

[23] En ce qui a trait à la *mens rea*, il était raisonnable de la part du juge militaire de conclure que l'appelant savait que la plaignante n'avait pas donné son consentement ou qu'elle ne pouvait pas consentir aux actes sexuels. Puisque le juge militaire a rejeté le récit des faits donnés par l'appelant, la seule question à trancher était celle savoir si l'appelant pouvait démontrer que sa croyance était erronée, mais honnête, en ce qui a trait au consentement.

[24] Compte tenu des restrictions relatives à ce moyen de défense, lesquelles sont exposées à l'article 273.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ainsi que de la preuve acceptée par le juge militaire, il était raisonnable de la part de ce dernier de conclure que l'appelant avait fait preuve d'insouciance ou qu'il n'avait pas pris les mesures raisonnables dans les circonstances dont il avait connaissance à ce moment-là pour s'assurer du consentement de la plaignante.

[25] Par conséquent, je suggère le rejet de tous les motifs d'appels soulevés par l'appelant, hormis celui portant sur la constitutionnalité de l'alinéa 130(1)a) de la LDN. Le jugement quant à cette question, ainsi que l'issue définitive du présent appel sont reportés à plus tard.

DONALD J. RENNIE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

ELEANOR R. DAWSON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.