

R. v. Thibeault, 2014 CMAC 2

CMAC 557

**Sous-Lieutenant J. Thibeault**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, November 15, 2013, 2013.

Judgment: Ottawa, Ontario, February 24, 2014.

Present: Gauthier, O'Reilly and Mosley JJ.A.

On appeal from the legality of a conviction by Standing Court Martial, held at Gatineau, Quebec, on October 24, 2012.

*New Evidence on appeal — New evidence the result of ineffective assistance of Counsel — Evidence was relevant, credible, and could reasonably have impacted outcome of trial — Evidence went to the key issue of honest but mistaken belief — Counsel was obligated to advise the accused of the risk of not testifying.*

The appellant was convicted of sexual assault under section 130 of the *National Defence Act* and section 271 of the *Criminal Code* following an incident in which he allegedly continued sexual contact with the complainant after she had withdrawn consent. Counsel for the defence recommended the appellant not testify at trial lest he inadvertently admit the elements of the offence. It was not in dispute that the physical elements of the assault existed, the only issue was *mens rea*. The appellant applied to submit fresh evidence of his experience with defence counsel, and that a miscarriage of justice occurred as a result of his not testifying.

*Held:* Fresh evidence allowed, conviction overturned, new trial ordered.

As neither the physical elements of the offence were in dispute, nor was consent available as a defence, it was a miscarriage of justice for counsel to have recommended the appellant not

R. c. Thibeault, 2014 CACM 2

CMAC 557

**Sous-lieutenant J. Thibeault**

*Appellant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 15 novembre 2013.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 24 février 2014.

Devant : Les juges Gauthier, O'Reilly et Mosley, J.C.A.

Appel de la légalité d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente à Gatineau (Québec), le 24 octobre 2012.

*Nouveaux éléments de preuve en appel — Nouveaux éléments de preuve découlant de l'assistance ineffective de l'avocat — Les éléments de preuve étaient pertinents, crédibles et auraient pu raisonnablement avoir une incidence sur l'issue du procès — Les éléments de preuve portaient sur la question essentielle de la croyance sincère mais erronée — L'avocat avait l'obligation d'informer l'accusé des risques que représente le fait de ne pas témoigner.*

L'appellant a été déclaré coupable d'agression sexuelle aux termes de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 271 du *Code criminel* à la suite d'un incident au cours duquel il aurait poursuivi des contacts sexuels avec la plaignante après qu'elle lui a retiré son consentement. L'avocat de la défense a conseillé à l'appellant ne pas témoigner au procès de crainte que son client n'admette par inadvertance des éléments constitutifs de l'infraction. L'existence des éléments essentiels de l'agression n'était pas contestée; la seule question en litige étant la *mens rea*. L'appellant a demandé à la Cour de prendre en considération de nouveaux éléments de preuve à l'appui de son expérience avec son avocat et de déclarer que le fait de ne pas avoir témoigné a entraîné un erreur judiciaire.

*Arrêt :* Les nouveaux éléments de preuve sont acceptés, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

Puisqu'aucun élément essentiel de l'infraction n'était contesté et que le consentement n'était pas admissible comme moyen de défense, il y a eu erreur judiciaire du fait que l'avocat

testify when his version of events was plausible and had common elements with that of the complainant.

a conseillé à l'appelant de ne pas témoigner alors que la version des faits de l'appelant était plausible et comportait des éléments communs avec la version de la plaignante.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 267(1), 273.2, 486.4.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 179.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 267(1), 273.2, 486.4.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 179.

#### CASES CITED

*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, 30 N.R. 181; *R. v. Appleton* (2001), 156 C.C.C. (3d) 321, 149 O.A.C. 148; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Joanisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35, 85 O.A.C. 186; *R. v. L.C.T.*, 2012 ONCA 116, 288 O.A.C. 133; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, 183 N.R. 81; *R. v. Ross*, 2012 NSCA 56, 317 N.S.R. (2d) 243; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, 82 N.R. 280; *R. v. W. (D.)*, [1999] 1 S.C.R. 742, 122 N.R. 277; *R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, 30 N.R. 181; *R. v. Appleton* (2001), 156 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 321, 149 O.A.C. 148; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. v. Joanisse* (1995), 102 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 35, 85 O.A.C. 186; *R. v. L.C.T.*, 2012 ONCA 116, 288 O.A.C. 133; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, 183 N.R. 81; *R. v. Ross*, 2012 NSCA 56, 317 N.S.R. (2<sup>d</sup>) 243; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, 82 N.R. 280; *R. c. W. (D.)*, [1999] 1 R.C.S. 742, 122 N.R. 277; *R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34.

#### COUNSEL

*Mr. Ian Carter*, for the appellant.  
*Major Anthony Tamburro*, for the respondent.

#### AVOCATS

*M. Ian Carter*, pour l'appelant.  
*Major Anthony Tamburro*, pour l'intimée.

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

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

O'REILLY J.A.

LE JUGE O'REILLY, J.C.A.

#### I. Overview

[1] A Standing Court Martial convicted Sous-lieutenant Jasmin Thibeault of sexual assault. He appeals his conviction on the basis that he did not receive the effective assistance of counsel at his trial. On this appeal, he asks the Court to consider fresh evidence in support of his position. He says that he believed that the complainant consented to their sexual activity but, on the advice of counsel, he did not take the witness stand to provide evidence to support the defence of honest but mistaken belief in consent. He asks this Court to find that a miscarriage of justice occurred, to overturn his conviction, and to order a new trial.

#### I. Aperçu

[1] Une cour martiale permanente a déclaré le sous-lieutenant Jasmin Thibeault coupable d'agression sexuelle. Il fait appel de sa déclaration de culpabilité au motif qu'il n'a pas eu droit à l'assistance effective d'un avocat lors de son procès. Dans le présent appel, il demande à notre Cour de prendre en considération de nouveaux éléments de preuve à l'appui de sa position. Il soutient qu'il croyait que la plaignante avait consenti à leur activité sexuelle, mais, sur les conseils de son avocat, il n'a pas témoigné pour offrir une preuve étayant la défense de la croyance sincère, mais erronée, au consentement. Il demande à notre Cour de déclarer qu'il y a eu erreur judiciaire, d'annuler sa déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[2] In my view, the appellant has satisfied the strict test for introducing fresh evidence on appeal and, in light of that evidence, I would overturn the appellant's conviction and order a new trial.

[3] At the hearing of this appeal, the Court reserved its decision on the appellant's motion so that it could consider the fresh evidence against the other evidence in the case. This is the accepted practice of appellate courts in these circumstances (*R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480 at paragraph 14).

[4] The Military Judge imposed a publication ban on information serving to identify the complainant under section 486.4 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 and section 179 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (see Annex for all enactments cited). That order will be continued.

## II. The trial

[5] The complainant testified that the following transpired on the evening of February 4, 2012:

- The appellant arrived at her room around 8:00 pm bearing candy and a movie;
- She and the appellant lay on her bed to watch the movie, with about a foot of space between them;
- The appellant began rubbing her crotch over her sweatpants; she did not react at first—in fact, she found it arousing—but she then rolled onto her stomach to avoid his reach;
- She told the appellant that it was not a good idea for them to be doing this in the circumstances, and she was not comfortable with it;
- The appellant then straddled her and tried to kiss her;

[2] Selon moi, l'appelant a satisfait au critère rigoureux applicable à la présentation de nouveaux éléments de preuve en appel et, à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve, j'annulerais la déclaration de culpabilité de l'appelant et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

[3] Lors de l'audience sur le présent appel, notre Cour a mis en délibéré la requête de l'appelant afin de pouvoir examiner les nouveaux éléments de preuve en fonction des autres éléments de preuve de l'affaire. Il s'agit de la pratique habituelle des cours d'appel dans ces circonstances (*R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, au paragraphe 14).

[4] Le juge militaire a rendu une ordonnance interdisant la publication de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la plaignante en vertu du paragraphe 486.4 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et de l'article 179 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (voir l'annexe pour l'ensemble des dispositions citées). Cette ordonnance sera reconduite.

## II. Le procès

[5] Dans son témoignage, la plaignante a déclaré que les faits suivants étaient survenus dans la soirée du 4 février 2012 :

- L'appelant est arrivé à sa chambre vers 20 heures avec des friandises et un film;
- Elle et l'appelant ont regardé le film en étant étendus sur son lit, tout en conservant un espace d'environ un pied entre eux;
- L'appelant a commencé à caresser l'entre-jambes de la plaignante par-dessus son pantalon de sport. Elle n'a pas réagi au début (en fait elle trouvait cela excitant), mais elle s'est tournée sur le ventre par la suite afin qu'il ne puisse plus la toucher;
- Elle dit à l'appelant que ce n'était pas une bonne idée qu'ils fassent cela dans les circonstances et qu'elle était mal à l'aise;
- L'appelant s'est ensuite mis à califourchon sur elle et a tenté de lui donner un baiser;

- She repeatedly stated that they should not be doing what they were doing;
  - The appellant pulled down her sweatpants and underwear, and inserted a finger into her anus;
  - The appellant then withdrew his finger and inserted his penis;
  - She said no a number of times—at first softly, so he might not have heard her but, when he penetrated her, she said no loudly enough for him to hear it;
  - At that point, she yelled at the appellant to get off her;
  - She then ran to the bathroom;
  - When she came out, she threw a DVD case and his sweater at the appellant, and told him to leave.
- Elle a affirmé plusieurs fois qu'ils ne devraient pas faire ce qu'ils étaient en train de faire;
  - L'appellant a descendu le pantalon de sport de la plaignante et son sous-vêtement et a inséré un doigt dans son anus;
  - L'appellant a par la suite retiré son doigt et inséré son pénis;
  - Elle a dit « non » plusieurs fois. Au début à voix basse, de sorte qu'il pourrait ne pas l'avoir entendu, mais, lorsqu'il l'a pénétrée, elle dit « non » à voix suffisamment haute pour qu'il puisse l'entendre;
  - À cet instant, elle a crié à l'appelant de s'enlever de sur elle;
  - Elle a ensuite couru à la salle de bains;
  - Lorsqu'elle en est ressortie, elle a lancé un boîtier de DVD et son chandail à l'appelant et lui a dit de s'en aller.

[6] The appellant's counsel challenged the complainant's testimony on cross-examination. In particular, he suggested, and she denied, that she got on all fours and moaned with pleasure when the appellant touched her anus; that she said no only once, after which the appellant stopped what he was doing; and that she told the appellant that she had not wanted to cheat on her boyfriend again.

[6] L'avocat de l'appelant a mis en doute le témoignage de la plaignante lors du contre-interrogatoire. En particulier, il a affirmé, ce qu'elle a nié, qu'elle s'était mise à quatre pattes et avait gémi de plaisir lorsque l'appelant avait touché son anus, qu'elle avait dit « non » une seule fois, après quoi l'appelant avait arrêté de faire ce qu'il faisait et qu'elle avait dit à l'appelant qu'elle n'avait pas voulu tromper encore une fois son petit ami.

[7] However, the complainant did concede that she had had consensual sex with the appellant in the past. The complainant volunteered this information; it was not the subject of an application under subsection 276(1) of the *Criminal Code* to introduce evidence of her prior sexual history based on its relevance and significant probative value.

[7] Toutefois, la plaignante a admis qu'elle avait eu une relation sexuelle consensuelle avec l'appelant dans le passé. La plaignante a fourni ce renseignement volontairement, et non à la suite d'une demande faite en vertu du paragraphe 276(1) du *Code criminel* pour présenter une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante fondée sur sa pertinence et sa valeur probante.

[8] The complainant also acknowledged that, earlier that day, she had knocked on the appellant's window and had sent him text messages inviting him to her room where, she said, the bed was more comfortable. In addition, she agreed that she had numerous seemingly

[8] La plaignante a également reconnu que, plus tôt au cours de cette même journée, elle avait cogné à la fenêtre de l'appelant et lui avait envoyé des textos pour l'inviter à sa chambre où, disait-elle, le lit était plus confortable. De plus, elle a admis avoir eu plusieurs interactions en

friendly contacts with the appellant after the night in question.

[9] Based on the evidence, the Crown submitted that the essential elements of the offence of sexual assault had been proved beyond a reasonable doubt. The physical elements, consisting of sexual touching without the complainant's consent, were clearly present. To establish the mental element, the Crown had to prove beyond a reasonable doubt that the appellant knew that the complainant did not consent, or was reckless or wilfully blind regarding her lack of consent. Given the complainant's credible testimony that she clearly communicated her lack of consent, it was beyond reasonable doubt, according to the Crown, that the appellant knew that she did not consent. The Crown also contended that a defence of mistaken belief in consent, if put forward by the appellant, would be difficult to maintain given the limitations on that defence set out in section 273.2 of the *Criminal Code*, which provides that there is no defence where the accused's mistaken belief arose from intoxication, recklessness, wilful blindness, or the failure to take reasonable steps to determine that the complainant consented.

[10] In his submissions, defence counsel made it clear that the appellant was not advancing a defence of mistaken belief in consent. He conceded that there was no air of reality to that defence. The Military Judge seemed surprised.

[11] Defence counsel relied heavily on the complainant's behaviour before and after the sexual activity took place. The defence theory seemed to be that, overall, the complainant was simply not comfortable with what had transpired that evening and that her evidence about any non-consensual sexual activity between her and the appellant should not be believed. After all, she had invited the appellant to her room and to her bed. She allowed him into her room and lay on the bed with him to watch a movie. She initially consented to sexual contact by permitting the appellant to touch her vagina through her sweatpants.

apparence amicales avec l'appellant après la soirée en question.

[9] Se fondant sur cette preuve, la Couronne a soutenu que les éléments constitutifs de l'infraction d'agression sexuelle avaient été prouvés hors de tout doute raisonnable. Les éléments matériels, c'est-à-dire les contacts sexuels sans consentement de la part de la plaignante, étaient clairement présents. Pour établir l'élément mental, la Couronne devait prouver hors de tout doute raisonnable que l'appellant savait que la plaignante n'avait pas consenti, ou qu'il avait fait montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de l'absence de consentement. En raison du témoignage digne de foi de la plaignante selon lequel elle avait clairement communiqué son refus, il était établi hors de tout doute raisonnable, selon la Couronne, que l'appellant savait qu'elle ne consentait pas. La Couronne a également soutenu que l'appellant aurait difficilement pu plaider la défense de la croyance erronée au consentement en raison des limites que l'article 273.2 du *Code criminel* impose à cette défense, lequel établit que l'accusé ne peut se prévaloir de cette défense lorsque sa croyance provient de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire ou encore du fait qu'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement.

[10] Dans ses observations, l'avocat de la défense a clairement fait savoir que l'appellant ne plaidait pas la croyance erronée au consentement. Il a concédé que ce moyen de défense n'était pas vraisemblable. Le juge militaire a paru étonné.

[11] L'avocat de la défense s'est fondé en grande partie sur le comportement de la plaignante tant avant qu'après l'activité sexuelle. La thèse de la défense semblait être que, dans l'ensemble, la plaignante était tout simplement mal à l'aise avec les événements survenus lors de cette soirée et qu'il ne fallait pas ajouter foi à son témoignage selon lequel elle n'avait pas consenti à l'activité sexuelle survenue entre elle et l'appellant. Après tout, elle avait invité l'appellant à sa chambre et dans son lit. Elle lui a permis d'entrer dans sa chambre et s'est étendue sur le lit avec lui pour regarder un film. Elle a d'abord consenti au contact sexuel en permettant à l'appellant de toucher son vagin à travers son pantalon de sport.

[12] Defence counsel also suggested that, if the appellant had really behaved as the complainant had alleged, it would be illogical for her to have interacted with him in a seemingly friendly way after the alleged assault, beginning with going outside for a cigarette immediately thereafter. Further, she did not make a complaint until more than two weeks later. Defence counsel implied that her complaint was an attempt to mitigate her involvement in a bar fight.

[13] The Military Judge found that the complainant had testified in a calm, respectful, polite, sincere, coherent, and detailed manner. She did not evade any questions. In fact, she conceded a number of facts that were not in her favour. The judge regarded the complainant's amicable conduct toward the appellant after the evening in question as insignificant. She simply tried to maintain a friendly relationship with him. Clearly, she had ambivalent feelings toward him. Minor contradictions in her testimony did not affect her overall credibility. The judge found that her evidence was trustworthy, and stood up to rigorous and effective cross-examination.

[14] The judge concluded that the appellant's wrongful conduct began when he straddled the complainant and began kissing her. The appellant persisted, notwithstanding her objections. The essential elements of the offence of sexual assault were therefore present. The wrongful act consisted of the use of force in a sexual manner without the complainant's consent. As for the mental element, the appellant could not reasonably have interpreted the complainant's conduct and protestations as valid consent.

[15] Accordingly, the judge found the appellant guilty of sexual assault. He sentenced him to six months' imprisonment and demoted him by one rank.

### III. Can the appellant introduce fresh evidence on this appeal?

[16] The appellant wishes to tender fresh evidence to support his argument that he was denied the effective assistance of counsel at trial and that the result was a

[12] L'avocat de la défense a également fait valoir que, si l'appellant s'était véritablement comporté de la façon décrite par la plaignante, il aurait été illogique qu'elle interagisse avec lui d'une manière amicale en apparence après l'agression alléguée, à commencer par le fait qu'elle soit sortie fumer une cigarette tout de suite après. De plus, elle n'a porté plainte que plus de deux semaines plus tard. L'avocat de la défense a insinué que la plainte était une tentative d'atténuer l'implication de la plaignante dans une bagarre survenue dans un bar.

[13] Le juge militaire a estimé que la plaignante avait témoigné de façon calme, respectueuse, polie, sincère, cohérente et détaillée. Elle n'a esquivé aucune question. Elle a même reconnu plusieurs faits qui ne lui étaient pas favorables. Le juge a conclu que le comportement amical de plaignante à l'égard de l'appellant après la soirée en question ne portait guère à conséquence. Elle tentait tout simplement d'entretenir une relation amicale avec lui. Manifestement, elle avait des sentiments ambivalents à son égard. Les contradictions mineures de son témoignage n'enlevaient rien à sa crédibilité générale. Le juge a conclu que son témoignage était digne de foi et qu'il résistait à un contre-interrogatoire rigoureux et efficace.

[14] Le juge a conclu que le comportement fautif de l'appellant avait commencé lorsqu'il s'était mis à califourchon sur la plaignante et avait commencé à l'embrasser. L'appellant a continué en dépit des objections de la plaignante. Les éléments constitutifs de l'infraction d'agression sexuelle étaient donc présents. L'acte fautif consistait à employer la force à des fins sexuelles sans le consentement de la plaignante. Pour ce qui est de l'élément mental, l'appellant ne pouvait pas raisonnablement avoir interprété la conduite de la plaignante et ses protestations comme étant un consentement valable.

[15] Par conséquent, le juge a déclaré l'appellant coupable d'agression sexuelle. Il lui a imposé une peine de six mois de prison et l'a rétrogradé d'un rang.

### III. L'appellant peut-il produire de nouveaux éléments de preuve dans le présent appel?

[16] L'appellant souhaite présenter de nouveaux éléments de preuve à l'appui de sa thèse selon laquelle il a été privé de l'assistance effective d'un avocat lors de

miscarriage of justice. The fresh evidence consists of affidavits sworn by the appellant and his defence counsel, and the transcripts of cross-examinations on those affidavits.

#### A. *The test*

[17] Naturally, appellate courts are reluctant to introduce new evidence on appeal. All relevant and available evidence should normally be put before the trier of fact at trial to determine whether the Crown has met its burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. However, there are exceptions. One is where the evidence was not tendered at trial because the accused's defence counsel recommended against it, counsel's advice was incompetent and, because the evidence could have raised a reasonable doubt about the accused's guilt, the result was a miscarriage of justice.

[18] The general test for the admission of fresh evidence on appeal comprises four criteria, originally set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759 (*Palmer*, see also *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520 [*G.D.B.*] at paragraph 16):

1. The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases;
2. The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial;
3. The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
4. It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

son procès et qu'il en est résulté une erreur judiciaire. Les nouveaux éléments de preuve sont des affidavits de l'appellant et de l'avocat qui l'a représenté au procès ainsi que des transcriptions de contre-interrogatoires tenus sur ces affidavits.

#### A. *Le critère*

[17] Les cours d'appel sont par nature peu enclines à admettre de nouveaux éléments de preuve en appel. Tous les éléments de preuve pertinents et disponibles doivent normalement être présentés au juge des faits au procès, afin qu'il puisse décider si la Couronne s'est acquittée de son fardeau de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il y a toutefois des exceptions. L'une d'elles se présente lorsque l'élément de preuve n'a pas été présenté lors du procès en raison de la recommandation de l'avocat de l'accusé, lorsque l'avocat a donné de mauvais conseils ou, dans le cas où cet élément de preuve aurait pu soulever un doute raisonnable, lorsqu'il en est résulté une erreur judiciaire.

[18] Le critère général pour l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel comporte quatre conditions, énoncées à l'origine dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 (*Palmer*, voir aussi *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2001] 1 R.C.S. 520 (*G.D.B.*), au paragraphe 16) :

1. On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles;
2. La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès;
3. La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi;
4. Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[19] In cases involving an allegation of incompetence of counsel, these criteria have been reduced to the following two questions:

1. Were counsel's acts or omissions incompetent?
2. Did a miscarriage of justice result?

[20] The second of these two questions should usually be addressed first because, if answered in the negative, it will be unnecessary to consider whether counsel's conduct was incompetent. (*G.D.B.*, above, at paragraph 29). In effect, the second question incorporates the final three of the four *Palmer* criteria for receiving fresh evidence on appeal (*R. v. Appleton* (2001), 156 C.C.C. (3d) 321, 149 O.A.C. 148 at paragraph 24).

#### B. *The fresh evidence*

[21] The appellant did not testify at trial. In his affidavit filed on this appeal, he says that he would have testified that, on the evening in question, when he pulled down her jogging pants a bit, he told the complainant that he wanted to kiss her ass—she smiled, and so he did so for a few minutes. At his suggestion, she moved onto her hands and knees, and he put saliva on her anus and touched it with his finger. Being aware that the complainant was menstruating, he suggested they could “try something else”. The complainant smiled, and he inserted his finger into her anus. She watched him as he held his penis and advanced toward her, and she likewise moved her hips toward him. He touched the complainant's anus with his penis but did not insert it, and when he was about to penetrate her, she said no and he stopped immediately.

[22] The appellant also stated that he informed his lawyer of a previous conversation with the complainant. He said that she came to his room one evening with two pornographic movies that they watched together. He asked her if she had tried anal sex. When she said yes, he told her that he would like to try it with her someday. She smiled.

[19] Dans les cas impliquant une allégation d'incompétence de l'avocat, ces conditions ont été ramenées aux deux questions suivantes :

1. Les actes ou omissions de l'avocat démontrent-ils de l'incompétence?
2. En est-il résulté une erreur judiciaire?

[20] Il faudrait normalement répondre à la deuxième question en premier, puisque, si on y répond par la négative, il ne sera pas nécessaire de décider si l'avocat s'est montré incompetent (*G.D.B.*, précité, au paragraphe 29). En effet, on retrouve dans la deuxième question les trois dernières des quatre conditions énoncées dans l'arrêt *Palmer* pour l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel (*R. v. Appleton* (2001), 156 C.C.C. (3<sup>d</sup>) 321, 149 O.A.C. 148, au paragraphe 24).

#### B. *Les nouveaux éléments de preuve*

[21] L'appellant n'a pas témoigné au procès. Dans son affidavit déposé à l'appui du présent appel, il affirme qu'il aurait déclaré qu'au cours de la soirée en question, lorsqu'il a légèrement descendu le pantalon de sport de la plaignante, il lui a dit qu'il voulait baiser son derrière, qu'elle a souri et qu'il l'a alors fait pendant quelques minutes. À la suggestion de l'appellant, elle s'est mise à quatre pattes et il a mis de la salive sur son anus et l'a touché avec son doigt. Sachant que la plaignante avait ses menstruations, il lui a suggéré qu'ils pourraient [TRADUCTION] « essayer quelque chose de différent ». La plaignante a souri et il a inséré son doigt dans son anus. Elle le regardait pendant qu'il tenait son pénis et s'avancait vers elle, et elle a réciproquement avancé les hanches vers lui. Il a touché à l'anus de la plaignante avec son pénis, mais ne l'a pas inséré, et, alors qu'il se préparait à la pénétrer, elle a dit non et il a arrêté immédiatement.

[22] L'appellant affirme également qu'il a informé son avocat d'une conversation qu'il avait eue avec la plaignante. Il dit qu'elle était venue à sa chambre un soir avec deux films pornographiques qu'ils ont regardés ensemble. Il lui a demandé si elle avait déjà essayé le sexe anal. Lorsqu'elle a répondu oui, il lui a dit qu'il aimerait l'essayer un jour avec elle. Elle a souri.



[23] On cross-examination, the appellant agreed that he had not expressly asked the complainant if she was willing to engage in anal sex. Rather, he proposed doing “something else” and, because the complainant smiled at his suggestion, he believed he could continue. He also agreed that the complainant did not express any words explicitly indicating consent, but he believed that her body language and facial expressions suggested that she was willing to allow him to proceed.

[24] Regarding the advice he received from counsel, the appellant stated that counsel made it clear that decisions about the conduct of the defence were to be made by the appellant, not counsel. After hearing the appellant’s account of events, counsel advised him that he did not appear to be a good witness. The appellant states that counsel told him that he generally prefers that his clients not testify in sexual assault cases unless “the carrots are cooked”. He firmly advised the appellant not to testify. At a subsequent meeting, the appellant and counsel briefly rehearsed the testimony he might give if he decided to take the stand. At the end of the first day of the trial, the appellant and counsel again discussed the possibility of his testifying. Counsel strongly advised him not to do so, but told him it was his decision. Relying on counsel’s expert knowledge and advice, the appellant decided not to testify.

[25] Defence counsel acknowledged that he usually prefers that his clients not testify. However, in this case, he left that option open until after the complainant testified because it depended on whether she seemed credible. Counsel was concerned that the appellant’s version of events actually supported the presence of the elements of the offence of sexual assault. Further, he doubted the appellant had taken reasonable steps to ascertain whether the complainant had consented to anal sex. Accordingly, he discounted the viability of a defence of honest belief in consent, and felt it was better if the appellant did not testify.

[23] En contre-interrogatoire, l’appelant a admis qu’il n’avait pas précisément demandé à la plaignante si elle voulait une relation sexuelle anale. Il avait plutôt proposé de faire [TRADUCTION] « quelque chose de différent » et, parce que la plaignante avait souri à sa suggestion, il avait cru qu’il pouvait continuer. Il a également admis que la plaignante n’avait prononcé aucun mot indiquant explicitement un consentement, mais il avait cru que son langage corporel et son expression faciale suggéraient qu’elle voulait qu’il continue.

[24] En ce qui a trait aux conseils qu’il a reçus de son avocat, l’appelant affirme que l’avocat lui a dit sans équivoque que les décisions concernant la conduite de la défense devaient être prises par l’appelant, et non par l’avocat. Après avoir entendu la version des faits de l’appelant, l’avocat lui a dit qu’il ne semblait pas être un bon témoin. L’appelant déclare que son avocat lui a dit qu’il préférerait généralement que ses clients ne témoignent pas dans les affaires d’agression sexuelle, sauf si [TRADUCTION] « les carottes sont cuites ». Il a conseillé fermement à l’appelant de ne pas témoigner. Lors d’une rencontre subséquente, l’appelant et son avocat ont brièvement répété le témoignage qu’il pourrait donner s’il décidait de comparaître. À la fin de la première journée du procès, l’appelant et son avocat ont discuté à nouveau de la possibilité qu’il témoigne. L’avocat lui a conseillé fortement de ne pas le faire, mais lui dit qu’il s’agissait de sa décision. Se fiant à l’expertise et aux conseils de son avocat, l’appelant a décidé de ne pas témoigner.

[25] L’avocat de la défense a reconnu qu’il préfère habituellement que ses clients ne témoignent pas. Toutefois, dans cette affaire, il avait laissé cette possibilité en suspens jusqu’à la fin du témoignage de la plaignante, puisque cela dépendait de la crédibilité de la plaignante. L’avocat craignait que la version des faits de l’appelant n’étaye la présence des éléments constitutifs de l’infraction d’agression sexuelle. De plus, il doutait que l’appelant ait pris des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement de la plaignante à une relation sexuelle anale. Par conséquent, il avait jugé improbables les chances de succès de la défense de la croyance sincère au consentement et estimé qu’il était préférable que l’appelant ne témoigne pas.

*C. Did a miscarriage of justice occur?*

[26] To answer this question, one must consider whether the fresh evidence is relevant and credible, and whether it could reasonably have affected the outcome of the trial.

[27] Clearly, the appellant's version of events is relevant. It relates to the question of whether the appellant intentionally engaged in sexual contact with the complainant without her consent (*i.e.*, it related to the mental element of the offence of sexual assault). According to the appellant's version of events, he honestly believed that the complainant consented to the sexual contact between them up to the point where he attempted to engage in anal sex with her. When she asked him to stop, he did. His testimony was clearly relevant to one of the essential elements that the Crown had to prove beyond a reasonable doubt.

[28] Further, the appellant's evidence is reasonably capable of belief. His account of events is not implausible in the circumstances. In fact, there is a good deal of common ground between the appellant and complainant about how the evening began, the original consensual sexual contact between them, the fact that the complainant never expressed her consent verbally, the complainant's clear withdrawal of consent, and their interactions thereafter.

[29] Finally, I am satisfied that the new evidence could reasonably have affected the outcome of the trial. The Military Judge had the benefit of only one version of events. Had the appellant testified about the conduct that he believed communicated the complainant's consent, the judge may have had a reasonable doubt about whether the appellant knew that the complainant did not consent to the sexual contact that took place up to the point where she made her lack of consent loud and clear, or that he was reckless or wilfully blind to her lack of consent. In other words, the appellant may have had a viable defence of honest but mistaken belief in consent. Even if the judge did not believe the appellant's version of events, that evidence could have created a reasonable doubt about the required

*C. Y a-t-il eu erreur judiciaire?*

[26] Pour répondre à cette question, il faut examiner si les nouveaux éléments de preuve sont pertinents et crédibles et s'ils auraient raisonnablement pu influencer sur l'issue du procès.

[27] Manifestement, la version des faits de l'appelant est pertinente. Elle porte sur la question de savoir si l'appelant a volontairement eu des contacts sexuels avec la plaignante sans son consentement (c'est-à-dire qu'elle porte sur l'élément mental de l'infraction d'agression sexuelle). Selon la version des faits de l'appelant, il croyait sincèrement que la plaignante consentait aux contacts sexuels entre eux, jusqu'au moment où il a tenté d'avoir une relation sexuelle anale avec elle. Lorsqu'elle lui a demandé d'arrêter, il a obtempéré. Son témoignage était manifestement pertinent pour l'établissement d'un des éléments essentiels que la Couronne devait prouver hors de tout doute raisonnable.

[28] De plus, on peut raisonnablement ajouter foi à la déposition de l'appelant. Sa version des faits est plausible dans les circonstances. En fait, les versions de l'appelant et de la plaignante se rejoignent sur un bon nombre d'aspects en ce qui a trait à la façon dont la soirée a commencé, sur les contacts sexuels consensuels initiaux survenus entre eux, sur le fait que la plaignante n'a jamais exprimé son consentement verbalement, sur le fait qu'elle a clairement retiré son consentement et sur leurs interactions subséquentes.

[29] Enfin, je suis convaincu que les nouveaux éléments de preuve auraient raisonnablement pu influencer sur l'issue du procès. Le juge militaire n'a pu entendre qu'une version des faits. Si l'appelant avait témoigné sur le comportement par lequel, selon lui, la plaignante communiquait son consentement, le juge aurait pu avoir un doute raisonnable sur la question de savoir si l'appelant savait que la plaignante ne consentait pas aux contacts sexuels qui avaient lieu jusqu'au moment où elle a exprimé fortement et clairement son refus ou celle de savoir si l'appelant a été insouciant ou a fait preuve d'aveuglement volontaire à l'égard de l'absence de consentement. En d'autres mots, l'appelant aurait pu valablement faire valoir la défense de la croyance sincère, mais erronée, au consentement. Même si le juge n'avait pas cru la version

mental element (*R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 at page 757).

[30] The Crown points out that the defence of mistaken belief in consent is not available where the accused did not take reasonable steps to determine that the complainant was consenting (paragraph 273.2(b)), and that the appellant's new evidence does not describe any steps that he took to make that determination. However, what amounts to "reasonable steps" must be considered in the context of the circumstances known to the accused. In this case, the question of whether the appellant took reasonable steps would have to be considered against the background of the relationship between the appellant and the complainant, as well as his evidence about the verbal and non-verbal conduct of the complainant that evening. I cannot say that paragraph 273.2(b) would have definitively foreclosed a defence of mistaken belief in consent. The appellant's evidence on this appeal is that he was alert to the need to ensure the complainant's consent and checked for clues that she did.

[31] The Crown also maintains that a defence of mistaken belief in consent was unavailable to the appellant because he and the complainant gave diametrically opposed versions of what happened. She described persistent sexual contact by the appellant notwithstanding her several expressions of non-consent, while he recounts a sexual experience involving the complainant's willing participation up to the point when she unequivocally objected, and then he stopped.

[32] The Supreme Court of Canada has stated that where the accused's and the complainant's accounts are irreconcilable; the defence of mistaken belief in consent may not be viable. Only where one can cobble together a coherent version of events from both parties' testimony that could sustain an honest belief in consent should the trier of fact consider that defence (*R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at paragraph 25). According to the Crown, that is not possible in this case.

des faits de l'appelant, ce témoignage aurait pu soulever un doute raisonnable quant à l'élément mental requis (*R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la page 757).

[30] La Couronne souligne que l'accusé ne peut se prévaloir de la défense de la croyance erronée au consentement s'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement (alinéa 273.2b) et que les nouveaux éléments de preuve que l'appelant désire présenter ne décrivent pas les mesures qu'il a prises pour s'assurer du consentement. Toutefois, ce en quoi consistent des « mesures raisonnables » doit s'apprécier en fonction des circonstances dont avait connaissance l'accusé. En l'espèce, la question de savoir si l'appelant a pris des mesures raisonnables devrait être examinée dans le contexte de la relation entre l'appelant et la plaignante, de même qu'à la lumière de sa déposition sur les paroles et la gestuelle de la plaignante lors de cette soirée. Je ne peux conclure que l'alinéa 273.2b) aurait définitivement fermé la porte à la défense de la croyance sincère au consentement. Selon la déposition de l'appelant dans le présent appel, il était conscient qu'il devait obtenir le consentement de la plaignante et il était attentif aux indices en ce sens.

[31] La Couronne soutient également que l'appelant ne pouvait pas se prévaloir de la défense de la croyance erronée au consentement parce que la plaignante et lui ont offert des versions des faits diamétralement opposées. Elle a décrit des contacts sexuels qui ont continué malgré son refus plusieurs fois exprimé, tandis qu'il relate une expérience sexuelle à laquelle la plaignante participait de son plein gré jusqu'au moment où elle s'y est opposée sans équivoque, après quoi, selon ses dires, il s'est immédiatement arrêté.

[32] La Cour suprême du Canada a établi que, lorsque les versions de l'accusé et du plaignant sont incompatibles, la défense de la croyance erronée au consentement peut ne pas être valable. Le juge des faits ne peut donner ouverture à la défense de la croyance sincère, mais erronée, au consentement que s'il peut tirer, à partir des témoignages des deux parties, une version des faits cohérente rendant plausible cette défense (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au paragraphe 25). Selon la Couronne, cela n'est pas possible en l'espèce.

[33] I disagree. On the whole of the evidence in this case, it would be possible to accept some parts of the complainant's version and some parts of the appellant's account and arrive at a coherent scenario in which the appellant may have had a mistaken belief that the sexual contact between them was consensual, up to the point when it was clearly withdrawn. Again, I do not see the defence of mistaken belief in consent being foreclosed in the circumstances.

[34] Accordingly, I am satisfied that a miscarriage of justice occurred. The next question is whether the defence counsel's conduct was incompetent.

*D. Were defence counsel's acts or omissions incompetent?*

[35] Counsel's conduct is reviewed on a standard of reasonableness, and should not be evaluated based on hindsight. Counsel benefits from a strong presumption of reasonableness (*R. v. Joannisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (ON CA) at pages 60 and 61; *R. v. L.C.T.*, 2012 ONCA 116 at paragraph 38).

[36] The Crown argues that defence counsel acted competently at trial. In particular, the Crown submits that, since the appellant's evidence would have amounted to an admission of guilt, counsel properly advised him not to testify. Further, as mentioned above, since the defence of mistaken belief in consent was unavailable in the circumstances, nothing was to be gained by having the appellant testify. Finally, defence counsel conducted a thorough cross-examination of the complainant and put forward the best defence available on the evidence—that is, that the complainant simply could not be believed.

[37] In my view, the appellant did not receive the effective assistance of counsel at trial. The only viable defence in the circumstances was mistaken belief in consent, yet defence counsel discouraged the appellant from providing evidence to support it and, in addition, assured the Military Judge that there was no air of reality to it.

[33] Je ne suis pas d'accord. En se fondant sur l'ensemble de la preuve en l'espèce, il serait possible de retenir certaines parties de la version de la plaignante et certaines parties de la version de l'appelant et d'en arriver à un scénario cohérent dans lequel l'appelant pourrait avoir cru de façon erronée que le contact sexuel auquel ils se livraient était consensuel jusqu'au moment où le consentement a été clairement retiré. Une fois de plus, je ne crois pas que la défense de la croyance erronée au consentement ne soit pas disponible dans les circonstances.

[34] Par conséquent, je suis convaincu qu'il y a eu erreur judiciaire. La prochaine question consiste à déterminer si l'avocat de la défense s'est montré incompetent.

*D. Les actes ou omissions de l'avocat de la défense démontrent-ils de l'incompétence?*

[35] La conduite des avocats est assujettie à la norme de la raisonnable et ne devrait pas être examinée a posteriori. Il existe une forte présomption selon laquelle les avocats agissent de manière raisonnable (*R. c. Joannisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (ON CA), aux pages 60 et 61; *R. c. L.C.T.*, 2012 ONCA 116, au paragraphe 38).

[36] La Couronne soutient que l'avocat de la défense a fait preuve de compétence au procès. Plus particulièrement, elle soutient qu'étant donné que le témoignage de l'appelant aurait été équivalent à un aveu de culpabilité, il était judicieux pour l'avocat de lui conseiller de ne pas témoigner. De plus, tel qu'il a été mentionné plus haut, étant donné qu'il ne pouvait pas, dans les circonstances, se prévaloir de la défense de la croyance erronée au consentement, l'appelant ne pouvait tirer aucun avantage de son témoignage. Enfin, l'avocat de la défense a soumis la plaignante à un contre-interrogatoire rigoureux et a fait valoir la meilleure défense disponible au vu de la preuve, à savoir que la plaignante n'était tout simplement pas digne de foi.

[37] Selon moi, l'appelant n'a pas reçu l'assistance effective d'un avocat à son procès. La seule défense valable dans les circonstances était la croyance erronée au consentement, mais l'appelant a néanmoins été dissuadé par son avocat de produire un témoignage à l'appui de cette défense et, de plus, celui-ci a affirmé au juge militaire qu'une telle défense n'avait aucune apparence de vraisemblance.

[38] Further, while defence counsel conducted a lengthy cross-examination of the complainant, at no time did the complainant falter on the issue of consent. She steadfastly maintained that, subjectively, she did not consent. And her subjective view on that issue was all that mattered. The defence of consent, therefore, did not arise.

[39] In his affidavit, defence counsel explained that, during their meetings before trial, the appellant gave slightly different versions of events. Further, the appellant seemed nervous. Counsel therefore advised the appellant that it was often better for an accused not to testify in order to avoid being subjected to cross examination and inadvertently admitting the essential elements of the offence. Here, the appellant's version would have acknowledged the physical elements of sexual assault, and consent could not have been raised as a defence. Regarding mistaken belief in consent, defence counsel believed that the appellant had not taken reasonable steps to determine that the complainant had consented. Therefore, he felt that the defence of mistaken belief was also unavailable to the appellant. The only option was to attack the complainant's credibility. Accordingly, he advised the appellant not to testify.

[40] Even though the appellant may have provided counsel with somewhat different accounts of what happened on the evening in question, he consistently denied any intention of having non-consensual sex with the complainant. The appellant acknowledged that sexual touching had occurred and that the complainant had not verbally expressed her consent. Therefore, as counsel recognized, the defence of consent was not available. The only potential defence was mistaken belief in consent, and the burden fell on the appellant to provide evidentiary support for it (*R. v. Ross*, 2012 NSCA 56 (*Ross*), at paragraph 38). Had he testified, the appellant's description of the complainant's words and actions could have raised a reasonable doubt about the mental element of the offence of sexual assault.

[38] En outre, bien que l'avocat de la défense ait contre-interrogé longuement la plaignante, celle-ci n'a jamais eu la moindre hésitation sur la question du consentement. Elle a résolument maintenu que, subjectivement, elle n'avait pas consenti. La perception subjective de la plaignante sur la question du consentement a été tout ce qui a compté. La défense du consentement n'a donc pas été soulevée.

[39] Dans son affidavit, l'avocat de la défense explique qu'au cours de leurs rencontres avant le procès, l'appelant avait donné des versions des faits qui divergeaient légèrement. En outre, l'appelant semblait nerveux. L'avocat a donc fait savoir à l'appelant qu'il était souvent préférable que l'accusé ne témoigne pas afin d'éviter d'être soumis à un contre-interrogatoire au cours duquel il pourrait admettre par inadvertance des éléments constitutifs de l'infraction. En l'espèce, la version de l'appelant aurait reconnu les éléments matériels de l'agression sexuelle, et le consentement n'aurait pu être soulevé comme moyen de défense. En ce qui a trait à la croyance erronée au consentement, l'avocat de la défense croyait que l'appelant n'avait pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante. Il en a donc conclu que l'appelant ne pouvait pas non plus se prévaloir de la défense de la croyance erronée. La seule possibilité qui restait consistait à attaquer la crédibilité de la plaignante. Par conséquent, il a conseillé à l'appelant de ne pas témoigner.

[40] Même s'il se peut que l'appelant ait donné à son avocat des versions légèrement différentes des faits s'étant produits lors de la soirée en question, il a toujours nié toute intention d'avoir des relations sexuelles sans le consentement de la plaignante. L'appelant a reconnu qu'il y avait eu des contacts sexuels et que la plaignante n'avait pas exprimé verbalement son consentement. Par conséquent, comme l'a reconnu l'avocat, l'appelant ne pouvait se prévaloir de la défense du consentement. La seule défense possible était la croyance erronée au consentement et il incombait à l'appelant de présenter une preuve à l'appui (*R. c. Ross*, 2012 NSCA 56 (*Ross*), au paragraphe 38). S'il avait témoigné, la description par l'appelant des paroles et de la gestuelle de la plaignante aurait pu soulever un doute raisonnable en ce qui a trait à l'élément mental de l'infraction d'agression sexuelle.

[41] While the appellant may have been a poor witness, the only realistic way of presenting the sole defence available on the facts would have been by having him testify. There is no indication in the fresh evidence that this was explained to the appellant.

[42] In my view, defence counsel's attempt to diminish the complainant's overall credibility did not represent a propitious defence tactic. As counsel acknowledges, it was clear that sexual contact had taken place between the complainant and the appellant and no defence of consent was available. The physical elements of the offence of sexual assault were obviously present. The only question that remained was whether the appellant had the requisite mental element. Cross-examination of the complainant was unlikely to assist the defence on that point. It is not apparent, therefore, what the defence theory was or what purpose was to be served by attacking the complainant's overall credibility. In any case, as the Military Judge pointed out, counsel's cross-examination of the complainant actually bolstered the trustworthiness of her testimony.

[43] Regarding mistaken belief, counsel felt that the appellant had not taken reasonable steps to ascertain whether the complainant was consenting. However, as mentioned above, the real question was whether the appellant had taken reasonable steps in the circumstances known to him. This is a mixed standard, combining both subjective and objective elements. While counsel may have thought the appellant had failed to take reasonable steps, the question was what a reasonable person would have done in the appellant's circumstances. Only the appellant could present his subjective appreciation of the circumstances and describe the steps he had taken to ascertain whether the complainant consented, and only the trial judge could have determined whether the appellant's conduct was reasonable in those circumstances.

[44] Therefore, defence counsel's advice on the question of whether the appellant should testify at trial should have taken account of the fact that the only realistic defence available on the evidence was mistaken belief in consent. The only person who could realistically supply

[41] Bien que l'appelant eût pu être un mauvais témoin, la seule façon réaliste de présenter la seule défense disponible eu égard aux faits était de le faire témoigner. Rien dans les nouveaux éléments de preuve n'indique que cela a été expliqué à l'appelant.

[42] Selon moi, la tentative de l'avocat de la défense de diminuer la crédibilité générale de la plaignante n'était pas une stratégie de défense appropriée. Comme l'avocat le reconnaît, il était clair qu'il y avait eu des contacts sexuels entre la plaignante et l'appelant et que la défense du consentement n'était pas disponible. Les éléments matériels de l'infraction d'agression sexuelle étaient manifestement présents. La seule question en suspens consistait à savoir si l'appelant avait l'élément mental requis. Il était peu probable que le contre-interrogatoire de la plaignante soit d'une utilité quelconque à la défense à cet égard. On voit donc mal quelle était la thèse de la défense ou quelle était l'utilité d'attaquer la crédibilité générale de la plaignante. Quoi qu'il en soit, comme le juge militaire l'a souligné, le contre-interrogatoire de la plaignante mené par l'avocat de la défense a plutôt renforcé la crédibilité de son témoignage.

[43] En ce qui concerne la défense de la croyance erronée, l'avocat de la défense estimait que l'appelant n'avait pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante. Toutefois, comme il est mentionné plus haut, la véritable question était de savoir si l'appelant avait pris des mesures raisonnables à la lumière des circonstances dont il avait connaissance. Il s'agit d'une norme hybride, qui comporte des éléments à la fois subjectifs et objectifs. Bien que l'avocat ait pu croire que l'appelant n'avait pas pris de mesures raisonnables, la question était de savoir ce qu'aurait fait une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'appelant. Seul l'appelant pouvait présenter sa perception subjective des circonstances et décrire les mesures qu'il avait prises pour s'assurer du consentement de la plaignante, et seul le juge du procès aurait pu décider si la conduite de l'appelant était raisonnable dans ces circonstances.

[44] Par conséquent, l'avocat de la défense, en conseillant l'appelant sur l'opportunité de son témoignage, aurait dû prendre en compte le fait que la seule défense disponible au regard de la preuve était la croyance erronée au consentement. La seule personne qui pouvait réalistement offrir une

evidence to nourish that defence was the appellant. In addition to advising the appellant that inconsistencies in his testimony might be exposed in cross-examination, and that his nervousness might affect his credibility, defence counsel should also have explained that the appellant's chances of acquittal depended heavily on his giving evidence about the basis for his honest belief that the complainant consented to the sexual activity that took place up to the point when consent was clearly withdrawn. Failure to give that advice, in my view, denied the appellant the effective assistance of counsel.

[45] Counsel left it to the appellant to decide whether to testify. But, in the absence of specific advice about the connection between the appellant's testimony and the defence of mistaken belief, counsel did not leave the appellant an informed choice to make. This distinguishes this case from one in which the accused agreed with trial counsel's reasonable advice not to testify (*R. v. W.E.B.*, 2014 SCC 2, [2014] 1 S.C.R. 34).

[46] Here, where the key issue was mistaken belief, counsel was obliged to discuss with the appellant "the very grave risks of not testifying" (*Ross*, above, at paragraph 40). The Court in *Ross* also observed that it was unaware of any case where the defence of honest but mistaken belief had succeeded in the absence of testimony from the accused (at paragraph 43).

[47] Accordingly, I am satisfied that the appellant has demonstrated that counsel's advice was unreasonable. The appellant did not receive the effective assistance of counsel at trial and, as a consequence, his conviction for sexual assault is unreliable.

#### IV. Conclusion and disposition

[48] The appellant has produced evidence on this appeal that is relevant and credible, and could reasonably have affected the Military Judge's conclusion that the appellant was guilty of sexual assault. Therefore, a miscarriage of justice occurred. Further, the appellant has shown that he did not receive the effective assistance of counsel at trial.

preuve à l'appui de cette défense était l'appellant lui-même. En plus d'avertir l'appellant que le contre-interrogatoire pouvait faire ressortir les incohérences dans son témoignage et que sa nervosité pouvait affecter sa crédibilité, l'avocat de la défense aurait dû expliquer à l'appellant que ses chances d'acquiescement étaient fortement tributaires du témoignage qu'il pourrait rendre quant aux raisons pour lesquelles il croyait sincèrement que la plaignante consentait à l'activité sexuelle jusqu'au moment où le consentement a clairement été retiré. Ne pas donner ce conseil, selon moi, a privé l'appellant de l'assistance effective d'un avocat.

[45] L'avocat de la défense a laissé à l'appellant le soin de décider de témoigner. Néanmoins, en ne donnant pas de conseils précisés sur le lien entre le témoignage de l'appellant et la défense de la croyance erronée, l'avocat n'a pas permis à l'appellant de prendre une décision éclairée. C'est la distinction qu'il faut établir entre la présente affaire et une affaire dans laquelle l'accusé a suivi le conseil raisonnable de son avocat de ne pas témoigner (*R. c. W.E.B.*, 2014 CSC 2, [2014] 1 R.C.S. 34).

[46] En l'espèce, parce que la question déterminante était la croyance erronée, l'avocat avait l'obligation de discuter avec l'appellant [TRADUCTION] « des risques graves que comporte le fait ne pas témoigner » (*Ross*, précité, au paragraphe 40). Dans l'arrêt *Ross*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a également fait observer qu'elle ne connaissait aucun précédent où la défense de la croyance sincère, mais erronée, avait été invoquée avec succès sans que l'accusé témoigne (au paragraphe 43).

[47] Par conséquent, je suis convaincu que l'appellant a démontré que les conseils de son avocat n'étaient pas raisonnables. L'appellant n'a pas eu l'assistance effective d'un avocat au procès et il en résulte que sa condamnation pour agression sexuelle est sujette à caution.

#### IV. Conclusion et jugement

[48] L'appellant a produit dans le présent appel des éléments de preuve pertinents et crédibles qui auraient raisonnablement pu influencer sur la décision du juge de déclarer l'appellant coupable d'agression sexuelle. Il en est donc résulté une erreur judiciaire. En outre, l'appellant a démontré qu'il n'a pas reçu l'assistance effective d'un avocat lors de son procès.

[49] Accordingly, the fresh evidence should be admitted. I would allow the appeal, set aside the conviction, and order a new trial.

[50] The publication ban imposed by the Military Judge on information serving to identify the complainant under section 486.4 of the *Criminal Code* and section 179 of the *National Defence Act* is continued.

JOHANNE GAUTHIER J.A.: I agree.

RICHARD MOSLEY J.A.: I agree.

Annex “A”

***Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46***

Where belief in consent not a defence

**273.2** It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

...

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

Order restricting publication — sexual offences

**486.4 (1)** Subject to subsection (2), the presiding judge or justice may make an order directing that any information that could identify the complainant or a witness shall not be published in any document or broadcast or transmitted in any way, in proceedings in respect of

(a) any of the following offences:

(i) an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 162, 163.1, 170, 171, 171.1, 172,

[49] Par conséquent, les nouveaux éléments de preuve doivent être admis. J’accueillerais l’appel, j’infirmérais la déclaration de culpabilité et j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.

[50] L’ordonnance rendue en vertu du paragraphe 486.4 du *Code criminel* et de l’article 179 de la *Loi sur la défense nationale* interdisant la publication de tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité de la plaignante est reconduite.

JOHANNE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d’accord.

RICHARD MOSLEY, J.C.A. : Je suis d’accord.

Annexe “A”

***Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46***

Exclusion du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement

**273.2** Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l’accusé croyait que le plaignant avait consenti à l’activité à l’origine de l’accusation lorsque, selon le cas :

[...]

b) il n’a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s’assurer du consentement.

Ordonnance limitant la publication — infractions d’ordre sexuel

**486.4 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), le juge ou le juge de paix qui préside peut rendre une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité d’un plaignant ou d’un témoin dans les procédures relatives à :

a) l’une des infractions suivantes :

(i) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 162, 163.1, 170, 171,



172.1, 172.2, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 280, 281, 346 or 347,

(ii) an offence under section 144 (rape), 145 (attempt to commit rape), 149 (indecent assault on female), 156 (indecent assault on male) or 245 (common assault) or subsection 246(1) (assault with intent) of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

(iii) an offence under subsection 146(1) (sexual intercourse with a female under 14) or (2) (sexual intercourse with a female between 14 and 16) or section 151 (seduction of a female between 16 and 18), 153 (sexual intercourse with step-daughter), 155 (buggery or bestiality), 157 (gross indecency), 166 (parent or guardian procuring defilement) or 167 (householder permitting defilement) of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988; or

(b) two or more offences being dealt with in the same proceeding, at least one of which is an offence referred to in any of subparagraphs (a)(i) to (iii).

#### Mandatory order on application

(2) In proceedings in respect of the offences referred to in paragraph (1)(a) or (b), the presiding judge or justice shall

(a) at the first reasonable opportunity, inform any witness under the age of eighteen years and the complainant of the right to make an application for the order; and

(b) on application made by the complainant, the prosecutor or any such witness, make the order.

171.1, 172, 172.1, 172.2, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 280, 281, 346 ou 347,

(ii) une infraction prévue aux articles 144 (viol), 145 (tentative de viol), 149 (attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne de sexe masculin) ou 245 (voies de fait ou attaque) ou au paragraphe 246(1) (voies de fait avec intention) du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans leur version antérieure au 4 janvier 1983,

(iii) une infraction prévue aux paragraphes 146(1) (rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans) ou (2) (rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de 14 à 16 ans) ou aux articles 151 (séduction d'une personne de sexe féminin âgée de 16 à 18 ans), 153 (rapports sexuels avec sa belle-fille), 155 (sodomie ou bestialité), 157 (grossière indécence), 166 (père, mère ou tuteur qui cause le défloremment) ou 167 (maître de maison qui permet le défloremment) du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans leur version antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1988;

b) deux infractions ou plus dans le cadre de la même procédure, dont l'une est une infraction visée aux sous-alinéas a)(i) à (iii).

#### Obligations du juge

(2) Dans les procédures relatives à des infractions visées aux alinéas (1)a) ou b), le juge ou le juge de paix qui préside est tenu :

a) d'aviser dès que possible les témoins âgés de moins de dix-huit ans et le plaignant de leur droit de demander l'ordonnance;

b) de rendre l'ordonnance, si le poursuivant, le plaignant ou l'un de ces témoins lui en fait la demande.

## Child pornography

(3) In proceedings in respect of an offence under section 163.1, a judge or justice shall make an order directing that any information that could identify a witness who is under the age of eighteen years, or any person who is the subject of a representation, written material or a recording that constitutes child pornography within the meaning of that section, shall not be published in any document or broadcast or transmitted in any way.

## Limitation

(4) An order made under this section does not apply in respect of the disclosure of information in the course of the administration of justice when it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community.

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

## Court martial

**179.** (1) A court martial has the same powers, rights and privileges as are vested in a superior court of criminal jurisdiction with respect to

- (a) the attendance, swearing and examination of witnesses;
- (b) the production and inspection of documents;
- (c) the enforcement of its orders; and
- (d) all other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, including the power to punish for contempt.

## Military judges

(2) Subsection (1) applies to a military judge performing a judicial duty under this Act other than presiding at a court martial.

## Pornographie juvénile

(3) Dans les procédures relatives à une infraction visée à l'article 163.1, le juge ou le juge de paix rend une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un témoin âgé de moins de dix-huit ans ou d'une personne faisant l'objet d'une représentation, d'un écrit ou d'un enregistrement qui constitue de la pornographie juvénile au sens de cet article.

## Restriction

(4) Les ordonnances rendues en vertu du présent article ne s'appliquent pas à la communication de renseignements dans le cours de l'administration de la justice si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité.

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

## Cour martiale

**179.** (1) La cour martiale a, pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les mêmes attributions qu'une cour supérieure de juridiction criminelle, notamment le pouvoir de punir l'outrage au tribunal.

## Juge militaire

(2) Chaque juge militaire a ces mêmes attributions pour l'exercice des fonctions judiciaires que lui confie la présente loi, sauf lorsqu'il préside une cour martiale.