

Supreme Court of Canada / Cour suprême du Canada

(Le français suit)

JUDGMENT TO BE RENDERED IN APPEAL

July 25, 2022

For immediate release

OTTAWA – The Supreme Court of Canada announced today that judgment in the following appeal will be delivered at 9:45 a.m. EDT on Friday, July 29, 2022. This list is subject to change.

PROCHAIN JUGEMENT SUR APPEL

Le 25 juillet 2022

Pour diffusion immédiate

OTTAWA – La Cour suprême du Canada annonce que jugement sera rendu dans l'appel suivant le vendredi 29 juillet 2022, à 9 h 45 HAE. Cette liste est sujette à modifications.

Ross McKenzie Kirkpatrick v. Her Majesty the Queen (B.C.) ([39287](#))

39287 *Ross McKenzie Kirkpatrick v. Her Majesty the Queen*
(B.C.) (Criminal) (By Leave)

(PUBLICATION BAN IN CASE)

Criminal law - Offences - Sexual assault - Consent - Whether the use of a condom and/or contraceptives forms part of the sexual activity a person is consenting to pursuant to s. 273.1(1) of the *Criminal Code* - Whether the failure of a party to advise a sexual partner that a condition or quality of the sexual activity they have agreed to is absent constitutes some evidence of fraud under s. 265(3) of the *Criminal Code* - *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 273.1(1).

The appellant, Mr. Kirkpatrick, was charged with sexual assault. The complainant told the appellant that she insisted on condom use during sexual intercourse. They engaged in intercourse on two occasions, but on the second occasion, unbeknownst to the complainant, the appellant did not wear a condom. The complainant testified that she had not consented to intercourse without a condom, and her evidence was that she would not have done so if asked.

At trial, following a successful no evidence motion, the appellant was acquitted of sexual assault. Relying on *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, the trial judge found that under s. 273.1 of the *Criminal Code*, there was no evidence that the complainant had not consented to the sexual activity in question. Turning to s. 265(3)(c) of the *Code*, the trial judge concluded that there was also no evidence to show that the appellant had acted fraudulently.

The Court of Appeal unanimously allowed the Crown's appeal and remitted the matter for a new trial. On the issue of consent, Groberman J.A. (with Saunders J.A. concurring) held that the majority decision of the Court in *Hutchinson* allowed a person to limit their consent to sexual intercourse on the condition that their partner wear a condom. He held that sexual intercourse with a condom is a different physical act than sexual intercourse without a condom. The complainant had therefore not consented to the sexual activity in question under s. 273.1 of the *Criminal Code*. Bennett J.A. was instead of the view that the majority in *Hutchinson* clearly stated that the use of a condom was to be

determined under s. 265(3) of the *Code* - whether consent was vitiated by fraud. She therefore agreed with the trial judge that there was no evidence to suggest that the complainant had not voluntarily agreed to the sexual activity in question.

On the issue of fraud, Bennett J.A. (Saunders J.A. concurring in the alternative) ruled that the complainant's consent was vitiated by fraud as the appellant had been dishonest when he did not disclose that he had not worn a condom and that there had been deprivation. Groberman J.A. held that the trial judge did not err in holding that there was no evidence to support that the appellant had acted fraudulently.

39287 *Ross McKenzie Kirkpatrick c. Sa Majesté la Reine*
(C.-B.) (Criminelle) (Sur autorisation)

(ORDONNANCE DE NON-PUBLICATION DANS LE DOSSIER)

Droit criminel - Infractions - Agression sexuelle - Consentement - L'utilisation d'un condom ou de contraceptifs, ou des deux, fait-elle partie de l'activité sexuelle à laquelle une personne consent aux termes du par. 273.1(1) du *Code criminel*? - Le défaut d'une des parties d'aviser son partenaire sexuel de l'absence d'une condition ou d'une caractéristique de l'activité sexuelle à laquelle elles ont consenti constitue-t-il une preuve de fraude en vertu du par. 265(3) du *Code criminel*? - *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 273.1(1).

L'appelant, M. Kirkpatrick, a été accusé d'agression sexuelle. La plaignante a dit à l'appelant qu'elle insistait sur l'utilisation d'un condom pendant les rapports sexuels. Ils ont eu des rapports sexuels à deux reprises, mais la deuxième fois, à l'insu de la plaignante, l'appelant n'a pas porté de condom. La plaignante a témoigné qu'elle n'avait pas consenti à des rapports sexuels sans l'utilisation d'un condom, et qu'elle n'y aurait pas consenti si on le lui avait demandé.

Au procès, à la suite d'une requête en non-lieu qui a été accueillie, l'appelant a été acquitté d'agression sexuelle. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, le juge de première instance a conclu qu'aux termes de l'art. 273.1 du *Code criminel*, il n'y avait aucune preuve que la plaignante n'avait pas consenti à l'activité sexuelle en question. Se tournant vers l'al. 265(3)c) du *Code*, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait également aucune preuve permettant de conclure que l'appelant avait agi de manière frauduleuse.

La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité l'appel du ministère public et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. À l'égard de la question de consentement, le juge Groberman (avec l'accord de la juge Saunders) a conclu que la décision des juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Hutchinson* permettait à une personne de limiter son consentement à des rapports sexuels à la condition que son partenaire porte un condom. Il a conclu que le fait d'avoir des rapports sexuels avec condom est un acte physique différent de celui d'avoir des rapports sexuels sans condom. La plaignante n'avait donc pas consenti aux relations sexuelles en question aux termes de l'art. 273.1 du *Code criminel*. La juge Bennett était plutôt d'avis que les juges majoritaires dans l'arrêt *Hutchinson* ont clairement énoncé que l'utilisation d'un condom doit être examinée selon le par. 265(3) du *Code* - à savoir si la fraude avait vicié le consentement. Par conséquent, elle était d'accord avec le juge de première instance pour dire qu'il n'y avait pas de preuve tendant à démontrer que la plaignante n'avait pas volontairement acquiescé à l'activité sexuelle en question.

À l'égard de la question de la fraude, la juge Bennett (avec l'accord de la juge Saunders à titre subsidiaire) a statué que le consentement de la plaignante avait été vicié par la fraude puisque l'appelant avait été malhonnête en ne divulguant pas qu'il n'avait pas porté de condom, et qu'il y avait eu privation. Le juge Groberman a conclu que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en statuant qu'aucune preuve ne permettait de conclure que l'appelant avait agi de manière frauduleuse.

