

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.C. *Respondent*

and

Attorney General of Alberta, Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Canadian AIDS Society, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Canadian Aboriginal AIDS Network, Criminal Lawyers' Association of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, Association des avocats de la défense de Montréal and Institut national de santé publique du Québec *Interveners*

INDEXED AS: R. v. D.C.

2012 SCC 48

File No.: 34094.

2012: February 8; 2012: October 5.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Credibility — Sexual assault and aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Proof of realistic possibility of transmission of HIV — Whether trial judge could rely on doctor's note as confirmatory evidence of complainant's testimony that no condom had been used — Whether trial judge committed error on question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

D.C. was charged with sexual assault and aggravated assault. When she first engaged in vaginal intercourse

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.C. *Intimée*

et

Procureur général de l'Alberta, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Réseau canadien autochtone du sida, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association des avocats de la défense de Montréal et Institut national de santé publique du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. D.C.

2012 CSC 48

N° du greffe : 34094.

2012 : 8 février; 2012 : 5 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Agression sexuelle et voies de fait graves — Omission de révéler la séropositivité — Preuve d'une possibilité réaliste de transmission du VIH — Le juge du procès pouvait-il considérer la note d'un médecin comme un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom? — A-t-il commis une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

D.C. a été inculpée d'agression sexuelle et de voies de fait graves. Lors de sa première relation sexuelle

with the complainant, she had not disclosed to him the fact that she was HIV-positive. At the time, her viral load was undetectable. The critical issue in the trial was whether a condom had been used. The only evidence on the point was that of the complainant and D.C. The complainant testified no condom was used; D.C. testified a condom was used. The trial judge found that neither witness was credible. However, on the basis of a note of D.C.'s doctor made seven years earlier and referring to a broken condom, the judge concluded that D.C. had lied to her doctor, and inferred that no condom had been worn. He convicted D.C. The Court of Appeal concluded that the trial judge's reasoning as to whether a condom was used was a reasonable inference, but set aside the convictions on the ground that even without condom use, the requirement of a significant risk of serious bodily harm was not met, given the absence of detectable HIV copies in D.C.'s blood.

Held: The appeal should be dismissed.

As discussed in *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, in the case of HIV, a significant risk of serious bodily harm is found in the presence of a realistic possibility of transmission. On the facts of this case, condom use was required to preclude a realistic possibility of HIV transmission. Given the lack of credibility of the complainant, the trial judge needed evidence that a condom had not been used in order to convict. Here, he erred in law in relying on speculation as confirmatory evidence of the complainant's testimony that a condom had not been used. He could not rely on a series of speculative conclusions about a supposed lie and the motives for it, based on a note made seven years earlier that did not constitute independent evidence. It follows that the prosecution failed to prove D.C.'s guilt on the charges against her beyond a reasonable doubt.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to:** *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 686(1)(a)(ii).

vaginale avec le plaignant, elle ne lui avait pas révélé sa séropositivité. Sa charge virale était alors indétectable. Au procès, la question cruciale était celle de savoir si un condom avait été utilisé. Les seuls témoignages entendus sur ce point ont été ceux du plaignant et de D.C. Le premier a témoigné qu'ils n'avaient pas utilisé de condom; la seconde a affirmé le contraire. Selon le juge du procès, ni l'un ni l'autre n'étaient crédibles. Cependant, il a conclu sur la foi d'une note du médecin de D.C., rédigée sept ans auparavant et faisant mention d'une rupture de condom, que D.C. avait menti à son médecin. Il en a inféré que la relation n'avait pas été protégée et il a déclaré D.C. coupable. La Cour d'appel a conclu que le raisonnement du juge du procès sur l'utilisation d'un condom participait d'une inférence qu'il pouvait raisonnablement tirer, mais elle a annulé les déclarations de culpabilité au motif que, même si un condom n'avait pas été utilisé, l'exigence jurisprudentielle d'un risque important de lésions corporelles graves n'était pas remplie vu l'absence de copie détectable du VIH dans le sang de D.C.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Comme il est précisé dans l'arrêt *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, dans le cas du VIH, la possibilité réaliste de transmission crée un risque important de lésions corporelles graves. Au vu des faits de l'espèce, il y avait obligation d'utiliser le condom pour exclure la possibilité réaliste de transmission du VIH. Étant donné l'absence de crédibilité du plaignant, le juge du procès ne pouvait prononcer une déclaration de culpabilité que si l'inutilisation du condom était établie par ailleurs. En l'espèce, il a commis une erreur de droit en se fondant sur une conjecture comme s'il s'agissait d'un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant selon lequel aucun condom n'avait été utilisé. Il ne lui était pas loisible de s'appuyer sur une série de conclusions conjecturales concernant un prétendu mensonge et ce qui l'avait motivé, des conclusions tirées à partir d'une note rédigée sept ans auparavant qui ne constituait pas une preuve indépendante. La poursuite n'a donc pas établi hors de tout doute raisonnable la culpabilité de D.C. à l'égard des accusations qui pesaient contre elle.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêt mentionné :** *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)(c), 686(1)(a)(ii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Léger and Gagnon J.J.A.), 2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50, [2011] R.J.Q. 18, 81 C.R. (6th) 336, [2010] Q.J. No. 13599 (QL), 2010 CarswellQue 14778, SOQUIJ AZ-50700564, setting aside the convictions for sexual assault and aggravated assault entered by Bisson J.C.Q., 2008 QCCQ 629, [2008] J.Q. n° 994 (QL), 2008 CarswellQue 986, SOQUIJ AZ-50473926. Appeal dismissed.

Caroline Fontaine and Magalie Cimon, for the appellant.

Christian Desrosiers, for the respondent.

Christine Rideout, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott and Ryan Peck, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network.

P. Andras Schreck and Candice Suter, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael A. Feder and Angela M. Juba, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

François Dadour, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas and François Côté, for the intervener Institut national de santé publique du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] This appeal, like the companion appeal, *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Léger et Gagnon), 2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 18, 270 C.C.C. (3d) 50, 81 C.R. (6th) 336, [2010] J.Q. n° 13599 (QL), 2010 CarswellQue 13482, SOQUIJ AZ-50700564, qui a annulé les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de voies de fait graves inscrites par le juge Bisson, 2008 QCCQ 629, [2008] J.Q. n° 994 (QL), 2008 CarswellQue 986, SOQUIJ AZ-50473926. Pourvoi rejeté.

Caroline Fontaine et Magalie Cimon, pour l'appelante.

Christian Desrosiers, pour l'intimée.

Christine Rideout, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott et Ryan Peck, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida.

P. Andras Schreck et Candice Suter, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael A. Feder et Angela M. Juba, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

François Dadour, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas et François Côté, pour l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] À l'instar du pourvoi connexe *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, le présent

raises the question of when an HIV-positive person's failure to disclose the condition to a sexual partner amounts to fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with the result that the sexual act constitutes the offence of aggravated sexual assault. In *Mabior*, I hold that the realistic possibility of transmission of HIV should be disclosed and that the failure to do so amounts to fraud.

[2] In this case, D.C.'s viral load was undetectable, and the trial judge found no condom protection was used on one occasion before HIV status was disclosed (2008 QCCQ 629 (CanLII)). The Court of Appeal set aside the convictions on the ground that even without condom use, the requirement of a significant risk of serious bodily harm in the prior jurisprudence was not met, given the absence of any detectable HIV copies in D.C.'s blood (2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50). This is contrary to the standard now proposed in *Mabior*. On the facts of this case, condom use was required to preclude a realistic possibility of HIV transmission.

[3] However, I would dismiss the appeal but set aside the conviction on the ground that the trial judge erred in law in relying on speculation as confirmatory evidence in order to convict. But for this error, the trial judge would have acquitted D.C. Accordingly, the conviction cannot stand: s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*.

II. The Facts

[4] D.C. learned that she was HIV-positive in 1991, after the death of her partner. She was treated with antiretrovirals, resulting in the undetectability of her viral load. In July of 2000, she met the complainant at a soccer match in which their sons were playing. In time, their relationship became intimate. Depending on whose account is believed,

pourvoi soulève la question de savoir dans quels cas l'omission d'une personne atteinte du SIDA de dévoiler sa séropositivité à un partenaire sexuel équivaut à une fraude viciant le consentement suivant l'al. 265(3)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, de sorte que l'acte sexuel constitue une agression sexuelle grave. Dans l'arrêt *Mabior*, je conclus qu'il y a obligation de révéler la possibilité réaliste de transmission du VIH et que l'omission de s'y conformer constitue une fraude.

[2] Dans la présente affaire, la charge virale était indétectable, et le juge du procès a conclu que D.C. avait eu une relation sexuelle non protégée à une occasion avec le plaignant avant de l'informer de son état de santé (2008 QCCQ 629 (CanLII)). La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité au motif que, même si le condom n'avait pas été utilisé, l'exigence jurisprudentielle d'un risque important de lésions corporelles graves n'était pas remplie vu l'absence de copie détectable du VIH dans le sang de D.C. (2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 18). Ce raisonnement va à l'encontre de la norme désormais préconisée dans l'arrêt *Mabior*. Au vu des faits de l'espèce, il y avait obligation d'utiliser le condom pour exclure la possibilité réaliste de transmission du VIH.

[3] Cependant, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'annuler les déclarations de culpabilité, mais pour le motif que le juge du procès a commis une erreur de droit en se fondant sur des hypothèses comme s'il s'agissait d'éléments de preuve corroborants pour déclarer l'accusée coupable. N'eût été cette erreur, le juge du procès aurait acquitté D.C. Par conséquent, les déclarations de culpabilité ne sauraient être confirmées : sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*.

II. Les faits

[4] En 1991, après le décès de son conjoint, D.C. a appris qu'elle était atteinte du sida. Elle a suivi un traitement aux antirétroviraux, ce qui a rendu sa charge virale indétectable. En juillet 2000, elle a rencontré le plaignant lors d'un match de soccer auquel leurs fils participaient. Avec le temps, leur relation est devenue intime. Ils ont eu une ou

they had sex on one or more occasions before D.C. disclosed her HIV status to the complainant. And depending on who was believed, a condom was or was not used; the complainant said no condom was used; D.C. said a condom was used.

[5] Upon learning that D.C. had HIV, the complainant broke off the relationship, but renewed it of his own initiative a few weeks later. They moved in together and lived as a family for four years. During this time, they had protected and unprotected sexual relations. The complainant has never contracted HIV.

[6] In December 2004, D.C., who had been briefly hospitalized, decided to end the relationship. She asked the complainant to leave the house. He refused. A few days later, D.C., accompanied by her son, went to the family home to remove her belongings. The encounter was violent. The complainant assaulted D.C. and her son. He was charged and convicted of assault.

[7] On February 11, 2005, the complainant filed complaints with the police. The Crown laid charges of sexual assault and aggravated assault against D.C., on the ground that when the complainant and D.C. first had sex four years earlier, D.C. had not disclosed the fact that she was HIV-positive.

III. The Trial Judgment, 2008 QCCQ 629 (CanLII)

[8] The trial judge, after a long and detailed assessment of the evidence, concluded that neither the complainant nor D.C. were credible witnesses.

[9] The trial judge found that there was one sexual encounter before disclosure, accepting D.C.'s evidence in preference to the complainant's on this point.

[10] The trial judge then addressed the requirement in *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, of a "significant risk of serious bodily harm" for there

plusieurs relations sexuelles avant que D.C. ne révèle sa séropositivité au plaignant, selon que l'on ajoute foi à la version des faits de l'un ou de l'autre. Il y a alors eu ou non usage du condom, toujours selon la version à laquelle on prête foi : le plaignant soutient que la ou les relations n'ont pas été protégées, et D.C. affirme le contraire.

[5] Après avoir appris que D.C. était séropositive, le plaignant l'a quittée, mais il a renoué avec elle de sa propre initiative quelques semaines plus tard. Ils ont emménagé ensemble, puis mené une vie de famille pendant quatre ans. Pendant cette période, leurs relations sexuelles ont parfois été protégées, parfois non. Le plaignant n'a jamais contracté le VIH.

[6] En décembre 2004, après avoir été brièvement hospitalisée, D.C. a décidé de mettre fin à la relation. Elle a demandé au plaignant de quitter le domicile, mais il a refusé. Quelques jours plus tard, D.C. s'est rendue au domicile familial en compagnie de son fils pour prendre ses effets personnels. La rencontre a pris une tournure violente. Le plaignant a agressé D.C. et son fils. Inculpé de voies de fait, il a été déclaré coupable de l'infraction.

[7] Le 11 février 2005, le plaignant a porté plainte à la police. Le ministère public a inculpé D.C. d'agression sexuelle et de voies de fait graves au motif que, lors de sa première relation sexuelle avec le plaignant quatre ans plus tôt, elle ne lui avait pas révélé sa séropositivité.

III. Le jugement de première instance, 2008 QCCQ 629 (CanLII)

[8] À l'issue d'un examen long et détaillé de la preuve, le juge du procès conclut que ni le plaignant ni D.C. ne sont des témoins crédibles.

[9] Il arrive à la conclusion qu'il n'y a eu qu'une seule relation sexuelle avant que D.C. ne dévoile sa séropositivité, préférant le témoignage de D.C. sur ce point à celui du plaignant.

[10] Il se penche ensuite sur l'exigence — établie par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 — d'un « risque important de lésions

to be sexual assault from non-disclosure of HIV status. The evidence was that engaging in vaginal intercourse carried with it a basic infection risk of 0.1% — similar to the basic infection risk for Mr. Mabior — according to medical experts (para. 179). The trial judge correctly concluded that two facts were relevant to preclude a realistic possibility of transmission: (1) D.C.'s undetectable viral load; and (2) whether a condom was used.

[11] The critical issue in the trial was whether a condom had been used on the single occasion of pre-disclosure sex. The evidence on this conflicted. The complainant testified for the prosecution that no condom had been used. D.C., however, testified that a condom had been used.

[12] The only evidence called by the prosecution on the issue of whether a condom was used on the pre-disclosure sexual contact was that of the complainant. The trial judge concluded that he could not accept the evidence of the complainant generally. More particularly, he found that the complainant's evidence, on its own, did not establish failure to use a condom on the relevant occasion. He found the credibility of the complainant to be undermined by the following:

- His behaviour during the long period that followed the initial sexual encounter, including sexual encounters during the four-year period of cohabitation with full knowledge of D.C.'s condition, waiting four years to make a complaint, and the aura of vengeance that surrounded the making of the complaints (paras. 152-54);
- The manner in which he gave his evidence (para. 152);
- The fact that he was mistaken as to the place of the pre-disclosure sexual encounter(s) (para. 155);

corporelles graves » pour qu'il y ait perpétration d'une agression sexuelle du fait de l'omission de révéler sa séropositivité. Selon la preuve, la relation sexuelle vaginale non protégée présente un risque de transmission de 0,1 %, un risque de base qui s'apparente à celui en cause dans l'affaire *Mabior*, au dire des experts médicaux (par. 179). Le juge du procès conclut à juste titre que deux éléments sont pertinents pour déterminer s'il y a une possibilité réaliste de transmission : (1) la charge virale indétectable de D.C. et (2) l'utilisation ou l'inutilisation du condom.

[11] Lors du procès, la question cruciale était celle de savoir si les parties avaient eu recours au condom lors de la seule relation sexuelle qu'ils avaient eue avant que D.C. n'informe le plaignant de sa séropositivité. La preuve sur ce point était contradictoire. Appelé à témoigner pour le compte de la poursuite, le plaignant a dit que la relation n'avait pas été protégée; D.C. a affirmé le contraire.

[12] Le seul témoignage présenté par la poursuite quant à savoir s'il y avait eu ou non usage du condom lors de la relation sexuelle antérieure au dévoilement de la séropositivité de D.C. était celui du plaignant. Le juge du procès dit ne pas pouvoir ajouter foi au témoignage du plaignant en général. Il conclut plus particulièrement que ce témoignage ne suffit pas, à lui seul, pour établir l'omission d'utiliser le condom lors de la relation sexuelle en cause. Selon lui, la crédibilité du plaignant est minée par ce qui suit :

- son comportement pendant la longue période qui a suivi la première relation sexuelle, notamment son activité sexuelle avec D.C. lors des quatre ans de cohabitation (et ce, en connaissant très bien son état de santé), les quatre années écoulées avant qu'il ne porte plainte, de même que l'esprit de vengeance qui l'animait (par. 152-154);
- la manière dont il a témoigné (par. 152);
- le fait qu'il s'est trompé sur l'endroit où il aurait eu une ou plusieurs relations sexuelles avec D.C. avant qu'elle ne lui révèle sa séropositivité (par. 155);

- Lack of precision as to the number of pre-disclosure sexual encounters (para. 155);
- Inconsistencies with the evidence of Dr. Klein, D.C.'s physician at the time; he stated that he discussed with Dr. Klein the unprotected relations he had had with D.C., but Dr. Klein had no memory or notes of such discussions, leading the trial judge to conclude they had not taken place (para. 156);
- The fact that he referred to having met Dr. Klein at all the medical appointments, but that Dr. Klein did not mention this in her evidence (para. 157);
- His denial that he told the police officer: (1) that his partner had HIV and had infected him; (2) that he did not use a condom because he did not like to do so; and (3) that he continued to have unprotected sexual relations with D.C. after she disclosed her condition. On these points, the trial judge said he had no reason to reject the testimony of the police officer (para. 158).
- l'imprécision du nombre de relations sexuelles qu'il a prétendu avoir eues avec D.C. avant qu'elle ne l'informe de son état de santé (par. 155);
- l'incompatibilité de son témoignage avec celui de la D^{re} Klein, le médecin de D.C. : il a dit avoir discuté avec elle de ses relations sexuelles non protégées avec D.C., alors qu'elle n'en avait aucun souvenir et ne l'avait pas inscrit à son dossier (le juge en conclut que les échanges allégués n'ont pas eu lieu) (par. 156);
- le fait qu'il a dit avoir rencontré la D^{re} Klein à tous les rendez-vous, alors que la D^{re} Klein n'en a pas fait mention dans son témoignage (par. 157);
- son refus de reconnaître avoir dit au policier (1) que sa conjointe était porteuse du VIH et qu'elle le lui avait transmis, (2) qu'il n'utilisait pas de condom parce qu'il n'aimait pas ça et (3) qu'il avait continué à avoir des relations sexuelles non protégées avec D.C. après qu'elle lui eut révélé son état de santé (le juge dit n'avoir aucun motif de rejeter le témoignage du policier sur ces points) (par. 158).

[13] The trial judge went on to hold that while the credibility of the complainant was tainted by these considerations, there was independent proof that permitted him to infer that a condom had not been used. This evidence, he said, confirmed the complainant's evidence that a condom had not been used on the single occasion of pre-disclosure sex (para. 159).

[14] According to the trial judge, the medical note written by Dr. Klein and the inferences he drew from it amounted to [TRANSLATION] "independent evidence" confirming the complainant's evidence of unprotected sex (para. 159). Dr. Klein had no independent recollection of her conversation with D.C., only what was mentioned in her note: "Sex c new partner — condom broke — consl to disclo".

[13] Le juge du procès ajoute que même si ces considérations minent la crédibilité du plaignant, un élément de preuve indépendant lui permet d'inférer l'absence de protection au moyen d'un condom. Il estime que cet élément de preuve corrobore le témoignage du plaignant selon lequel le condom n'a pas été utilisé lors de la seule relation sexuelle antérieure à la révélation de sa séropositivité par D.C. (par. 159).

[14] De l'avis du juge du procès, la note de la D^{re} Klein et les inférences qu'il en tire forment un « élément de preuve indépendant » qui confirme le témoignage du plaignant voulant qu'il y ait eu des rapports sexuels non protégés (par. 159). La D^{re} Klein n'avait aucun souvenir personnel de sa conversation avec D.C.; elle n'a pu faire état que du contenu de sa note au dossier : [TRADUCTION] « Rapp. sex. avec nouv. partenaire — rupture de condom — recomm. de révéler ».

[15] From this, the trial judge drew a series of inferences. He took for granted that D.C. told Dr. Klein a condom was worn but had broken (para. 160). He inferred this was a lie by assuming she wanted to camouflage from her doctor the fact that she had unprotected sex (para. 168). From this inference of a lie, the trial judge drew a further inference that no condom had been used, confirming the complainant's evidence on that point (para. 171). On this basis, the trial judge concluded the prosecution had established beyond a reasonable doubt that D.C. was guilty of sexual assault and aggravated assault.

IV. The Court of Appeal, 2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50

[16] One of D.C.'s main grounds of appeal was that the trial judge had erred in inferring that a condom was not used on the basis of Dr. Klein's evidence, because (a) the evidence was privileged; (b) D.C. had been improperly cross-examined on the note; and (c) the judge erred in characterizing the evidence as "independent evidence" that a condom had not been used, and the judge's inferences from it amounted to speculation.

[17] I agree with the Court of Appeal that the first two submissions in support of this ground of appeal are without merit. However, with respect, I cannot agree that the third should be dismissed.

[18] On the third argument, the Court of Appeal correctly concluded that Dr. Klein's note that D.C. had spoken of a broken condom was not independent evidence, and that the trial judge had erred in treating it as such. The Court of Appeal stated:

[TRANSLATION] Regarding the medical visit on August 31, 2000, Dr. Klein testified from her patient file. She had no memory of [D.C.'s] remarks. This is not, in my opinion, independent evidence. The notes put in the medical file do nothing more than convey, in abridged form, [D.C.'s] remarks of August 31, 2000,

[15] Le juge du procès tire dès lors une série d'inférences. Il tient pour acquis que D.C. a dit à la D^{re} Klein qu'un condom avait été utilisé, mais qu'il s'était rompu (par. 160). Il tire une inférence de cette prétendue affirmation de D.C., à savoir qu'elle a menti au sujet de l'utilisation du condom afin de dissimuler son imprudence à son médecin (par. 168). De cette inférence, le juge tire une inférence supplémentaire, à savoir qu'aucun condom n'a été utilisé. Cette inférence confirme le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom (par. 171). Le juge arrive ainsi à la conclusion que la poursuite a démontré hors de tout doute raisonnable que D.C. était coupable d'agression sexuelle et de voies de fait graves.

IV. La Cour d'appel, 2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 181

[16] En appel, D.C. a notamment fait valoir que le juge du procès avait eu tort de conclure à l'inutilisation du condom sur la foi du témoignage de la D^{re} Klein, car a) il s'agissait d'un élément de preuve visé par le privilège de la confidentialité, b) D.C. avait été contre-interrogée de manière irrégulière relativement à la note du médecin et c) le juge avait conclu à tort qu'un « élément de preuve indépendant » établissait l'inutilisation du condom, et les inférences qu'il en avaient tirées relevaient de la conjecture.

[17] Je conviens avec la Cour d'appel que les deux premières prétentions formulées dans le cadre de ce moyen d'appel sont sans fondement. Mais, en tout respect, je ne puis souscrire à son avis qu'il faut également rejeter la troisième prétention.

[18] En ce qui concerne cette troisième prétention, la Cour d'appel conclut à bon droit que la note de la D^{re} Klein faisant état de la rupture de condom signalée par D.C. ne constitue pas un élément de preuve indépendant, et que le juge du procès a eu tort de la considérer comme tel. Voici ce que dit la Cour d'appel à ce sujet :

Concernant la visite médicale du 31 août 2000, la D^{re} Klein témoigne à partir du dossier de sa patiente. Elle n'a aucun souvenir des propos tenus par [D.C.]. Il ne s'agit pas, selon moi, d'une preuve indépendante. Les notes consignées au dossier médical ne font que traduire, en forme très abrégée, les propos tenus par [D.C.]

seven years before the trial and four years before the charges. [para. 52, *per* Chamberland J.A.]

[19] However, having concluded that Dr. Klein's evidence was not independent evidence, the Court of Appeal went on:

[TRANSLATION] Regardless of the exact characterization of this evidence, however, the trial judge infers from the lie he attributes to [D.C.] that her first sexual encounter with the complainant was unprotected, thus confirming the complainant's version. [para. 53]

The question, the court said, was whether this was a reasonable inference or mere speculation. It concluded that the trial judge's reasoning was a reasonable inference to draw from [TRANSLATION] "what he considered to be [D.C.'s] lie to her doctor".

[TRANSLATION] From the moment the judge, who had the opportunity to hear and assess [D.C.'s] testimony regarding the visit to Dr. Klein, concluded that [D.C.] had lied regarding the use of a condom, he was perfectly free to infer that a condom had not been used. [para. 56]

This was a factual inference, the court concluded, not speculation.

[20] However, the Court of Appeal went on to state that when the judge tried to explain why D.C. had lied to her doctor — that she wanted to camouflage her omission by reassuring her doctor — he was speculating.

[TRANSLATION] People lie for all manner of reasons. Why accept this explanation rather than another? I believe that, on this point, the judge was speculating. But the fact that this part of the trial judge's reasoning constitutes conjecture does not affect the validity of the inference of fact drawn from [D.C.'s] lie to her doctor concerning the use of a condom. [para. 60]

V. The Problem

[21] The trial judge found both the complainant and D.C. to lack credibility, but convicted D.C. on the basis that there was independent evidence confirming the complainant's evidence that no condom was worn on the incident of pre-disclosure sex. The central problem is that, as explained below, there was no evidence, independent or otherwise,

le 31 août 2000, sept ans avant le procès et quatre ans avant les accusations. [par. 52, le juge Chamberland]

[19] Cependant, après avoir conclu que le témoignage de la D^{re} Klein n'équivalait pas à une preuve indépendante, elle ajoute :

Mais peu importe la qualification exacte de cette preuve, le juge tire du mensonge qu'il impute à [D.C.] la conclusion que sa première relation sexuelle avec le plaignant était non protégée, ce qui confirme ce que disait le plaignant. [par. 53]

Selon la Cour d'appel, la question est celle de savoir s'il s'agit d'une inférence raisonnable ou d'une simple conjecture. Elle conclut que le raisonnement du juge du procès participe d'une inférence qu'il pouvait raisonnablement tirer de « ce qu'il considère être le mensonge de [D.C.] à son médecin ».

À partir du moment où le juge conclut que [D.C.] — dont il a eu le loisir d'entendre et d'apprécier le témoignage concernant cette visite à la D^{re} Klein — mentait quant à l'utilisation du condom, il lui était tout à fait loisible d'inférer qu'il n'y avait pas eu utilisation du condom. [par. 56]

Il s'agit selon elle d'une inférence factuelle, non d'une conjecture.

[20] La Cour d'appel ajoute toutefois que le juge recourt à une conjecture pour expliquer le mensonge de D.C. à son médecin : elle aurait voulu dissimuler son omission en rassurant son médecin.

Les gens mentent pour toutes sortes de raisons. Pourquoi retenir cette explication plutôt qu'une autre? Ici, je crois que le juge spéculé. Mais le fait que ce volet du raisonnement du juge de première instance constitue une spéculation n'affecte en rien la validité de l'inférence factuelle qu'il tir[e] du mensonge de [D.C.] à son médecin concernant l'utilisation du condom. [par. 60]

V. L'erreur du juge du procès

[21] Même s'il estime que le plaignant et D.C. manquent tous deux de crédibilité, le juge du procès déclare cette dernière coupable au motif qu'un élément de preuve indépendant confirme le témoignage du plaignant selon lequel il n'a pas enfilé de condom lors de la relation sexuelle antérieure à la révélation de la séropositivité de D.C. Comme je

capable of corroborating the complainant's contention that a condom was not used on the first sexual encounter.

[22] The evidence relied on by the trial judge as confirmation that no condom was worn was based on inferences from a note in the respondent D.C.'s doctor's records. For the following reasons, I conclude that the note and inferences are not evidence capable of confirming the complainant's otherwise unsatisfactory evidence. As a consequence, the verdict must be set aside.

[23] First, as discussed, the note did not confirm that a condom had not been worn on the critical occasion. Rather, it said one had been worn, but broke.

[24] Second, the note is of dubious evidentiary quality. It was made in the course of a client interview, seven years earlier. Dr. Klein had no independent recollection of its contents. The note is cryptic: "Sex c new partner — condom broke — consl to disclø". The possibility of miscommunication or inaccurate transcription cannot be discounted. (The conversation was in French, but Dr. Klein's first language was English.)

[25] Third, the trial judge's inference from the note that D.C. lied to her doctor is speculative. He took as true that D.C. had told Dr. Klein that a condom was worn but had broken. D.C. testified that she expressed her fear that the condom might have broken to Dr. Klein. The trial judge rejected her explanation for "condom broke" in the note as inadequate. But that does not establish that D.C. also lied to Dr. Klein with respect to the use of a condom, on which both her testimony and the medical note are consistent. The trial judge's conclusion that D.C. lied to Dr. Klein regarding the use of a condom lacks an evidentiary basis and, as such, is speculative.

l'explique ci-après, l'erreur fondamentale du juge du procès tient à ce qu'aucune preuve indépendante ni aucune autre preuve n'est susceptible de corroborer la prétention du plaignant, à savoir que la première relation sexuelle n'a pas été protégée.

[22] Selon le juge du procès, une série d'inférences tirées d'une note versée au dossier du médecin de D.C. confirme l'inutilisation du condom. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ni cette note ni ces inférences ne sont des éléments de preuve de nature à confirmer le témoignage par ailleurs non convaincant du plaignant. Le verdict doit donc être annulé.

[23] Premièrement, je le répète, la note ne confirme pas l'inutilisation du condom lors de la relation sexuelle en cause. Elle dit plutôt qu'un condom a été utilisé, mais qu'il s'est rompu.

[24] Deuxièmement, la valeur probante de la note est douteuse. Elle a été rédigée sept ans auparavant lors d'un entretien avec une patiente. La D^{re} Klein n'a pas de souvenir personnel de son contenu. La note est succincte : [TRADUCTION] « Rapp. sex. avec nouv. partenaire — rupture de condom — recomm. de révéler ». On ne peut écarter la possibilité d'un malentendu ou d'une transcription inexacte. (La consultation s'est déroulée en français, mais la langue première de la D^{re} Klein est l'anglais.)

[25] Troisièmement, l'inférence selon laquelle D.C. a menti à son médecin relève de la conjecture. Le juge du procès tient pour avéré que D.C. a dit à la D^{re} Klein qu'un condom avait été utilisé, mais qu'il s'était rompu. D.C. a dit avoir fait part à la D^{re} Klein de sa crainte qu'il n'y ait eu rupture du condom. Le juge du procès rejette son explication de la mention [TRADUCTION] « rupture de condom » dans la note, car il la juge insatisfaisante. Or, cela ne prouve pas que D.C. a aussi menti à la D^{re} Klein en ce qui concerne l'utilisation d'un condom, point sur lequel il y a concordance entre son témoignage et la note du médecin. La conclusion du juge du procès voulant que D.C. ait menti à la D^{re} Klein au sujet de l'utilisation du condom n'est pas étayée par la preuve et tient donc de la conjecture.

[26] Fourth, the trial judge's further inference that D.C. "lied" to conceal from her doctor the fact she had had unprotected sex was speculative. Having concluded that D.C. lied to her doctor, the trial judge asked, [TRANSLATION] "Why did she not tell her doctor the truth?" He then answered: "The only inference that can be drawn is that she wanted to hide from her doctor the carelessness she had shown in having unprotected sexual relations with a new partner, the complainant" (paras. 167-68). As the Court of Appeal pointed out, people may lie for many reasons. To fix on one possibility among others is speculative.

[27] The Court of Appeal concluded that the speculative nature of the trial judge's finding that D.C. lied to her doctor to hide the fact that she had had unprotected sex with the complainant did not matter. The court said, at para. 60: [TRANSLATION] "But the fact that this part of the trial judge's reasoning constitutes conjecture does not affect the validity of the inference of fact drawn from [D.C.'s] lie to her doctor concerning the use of a condom". With respect, it did matter. There is a distinction between speculation and evidence.

[28] In brief, the trial judge needed evidence confirming that a condom had not been used in order to convict, given the lack of credibility of the complainant. He purported to find that evidence in a conclusion that D.C. lied to her doctor to hide the fact that a condom had not been used. But when his reasoning is deconstructed, what emerges is not evidence, but a series of speculative conclusions about a supposed lie and the motives for it based on a note made seven years earlier that did not constitute independent evidence. The tissue of speculation on which the trial judge relied was not independent evidence confirming the testimony of the complainant, which the trial judge would otherwise have rejected.

[26] Quatrièmement, l'autre inférence du juge du procès — à savoir que D.C. a « menti » à son médecin pour lui cacher le fait qu'elle avait eu une relation sexuelle non protégée — relève de la conjecture. Après avoir conclu que D.C. avait ainsi menti, il demande : « Pourquoi ne pas dire la vérité à son médecin? » Ce à quoi il répond : « La seule inférence qu'il est possible de tirer est qu'elle a voulu cacher à son médecin son incurie d'avoir eu une relation sexuelle non protégée avec son nouveau partenaire, le plaignant » (par. 167-168). Comme le souligne la Cour d'appel, les gens mentent pour toutes sortes de raisons. C'est conjecturer que de retenir une possibilité plutôt qu'une autre.

[27] Selon la Cour d'appel, la nature conjecturale de la conclusion du juge du procès selon laquelle D.C. a menti à son médecin pour dissimuler le fait qu'elle avait eu une relation sexuelle non protégée avec le plaignant importe peu. Elle affirme ce qui suit au par. 60 de ses motifs : « Mais le fait que ce volet du raisonnement du juge de première instance constitue une spéculation n'affecte en rien la validité de l'inférence factuelle qu'il tir[e] du mensonge de [D.C.] à son médecin concernant l'utilisation du condom ». En tout respect, la nature conjecturale de cette conclusion importe, car il faut distinguer entre conjecture et preuve.

[28] En résumé, vu l'absence de crédibilité du plaignant, le juge du procès ne pouvait rendre un verdict de culpabilité que s'il disposait d'une preuve confirmant l'inutilisation du condom. Il a tenté d'ériger en élément de preuve son inférence suivant laquelle D.C. a menti à son médecin pour dissimuler son omission d'utiliser un condom. Mais une fois son raisonnement décortiqué, il en ressort non pas une preuve, mais une série de conclusions conjecturales concernant un prétendu mensonge et ce qui l'aurait motivé. Ces conclusions sont tirées à partir d'une note rédigée sept ans auparavant qui ne constitue pas une preuve indépendante. L'échafaudage de conjectures sur lequel se fonde le juge du procès n'équivaut pas à un élément de preuve indépendant qui corrobore le témoignage du plaignant. Sans ces conjectures, le juge du procès aurait rejeté ce témoignage.

VI. Disposition

[29] To convict, it was necessary to establish beyond a reasonable doubt that D.C. failed to disclose her HIV status to the complainant, where there was a significant risk of serious bodily harm. As discussed in *Mabior*, a significant risk of serious bodily harm, in the case of HIV, is found in the presence of a realistic possibility of transmission and is negated by both low viral load and condom protection. Here low — indeed undetectable — viral load was established. The critical issue on the trial was therefore whether a condom was used on the single pre-disclosure act of sexual intercourse between the complainant and D.C.

[30] The only evidence on the point was that of the complainant and D.C. The complainant testified no condom was used; D.C. testified a condom was used. The trial judge found that neither witness was credible. If the matter had ended there, D.C. would have been acquitted, since the prosecution bears the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. However, as discussed above, the trial judge went on to find independent evidence confirming the complainant's testimony that no condom was used, in the note of D.C.'s doctor referring to a broken condom. He concluded from this note that D.C. had lied to her doctor, and went on to infer from the "lie" that no condom had been worn. The speculative edifice the trial judge built on a single hearsay note made seven years before the trial does not constitute evidence that no condom was used. It follows, on the trial judge's analysis, that the prosecution failed to prove D.C.'s guilt on the charges against her beyond a reasonable doubt. Accordingly, the verdict must be set aside.

[31] I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

VI. Dispositif

[29] Pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, il fallait établir hors de tout doute raisonnable que D.C. n'avait pas informé le plaignant de sa séropositivité alors qu'elle lui faisait courir un risque important de lésions corporelles graves. Comme nous le précisons dans l'arrêt *Mabior*, la possibilité réaliste de transmettre le VIH crée un risque important de lésions corporelles graves. Ce risque est écarté à la fois par une faible charge virale et par l'usage du condom. Une charge virale faible — voire indétectable — a été établie en l'espèce. La question cruciale qui se posait au procès était donc celle de savoir si le plaignant et D.C. avaient utilisé un condom lors de l'unique relation sexuelle qu'ils avaient eue avant que D.C. n'informe le plaignant de sa séropositivité.

[30] Les seuls témoignages entendus sur ce point sont ceux du plaignant et de D.C. Le premier a prétendu qu'ils n'avaient pas utilisé de condom, tandis que la seconde a affirmé le contraire. Le juge du procès a conclu que ni l'un ni l'autre n'étaient crédibles. Si les choses en étaient restées là, D.C. aurait été acquittée, car il incombait à la poursuite d'établir sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cependant, je le rappelle, le juge du procès a ensuite vu dans la note du médecin de D.C. faisant mention d'une rupture de condom un élément de preuve indépendant qui confirmait le témoignage du plaignant selon lequel la relation n'avait pas été protégée. Il en a conclu que D.C. avait menti à son médecin, inférant en outre de ce « mensonge » l'inutilisation du condom. Les conjectures que le juge du procès échauffe à partir d'une seule note qui constitue du ouï-dire et qui a été rédigée sept ans plus tôt ne prouvent pas l'inutilisation du condom. Au vu de l'analyse du juge du procès, la poursuite n'a donc pas établi hors de tout doute raisonnable la culpabilité de D.C. à l'égard des accusations qui pesaient contre elle. Par conséquent, le verdict doit être annulé.

[31] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network: Cooper & Sandler, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Institut national de santé publique du Québec: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida : Cooper & Sandler, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.