

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

G.F. and R.B. *Respondents*

and

Criminal Lawyers' Association of Ontario
Intervener

INDEXED AS: R. v. G.F.

2021 SCC 20

File No.: 38801.

2020: October 14; 2021: May 14.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Consent — Capacity to consent — Complainant testifying to incapacity to consent due to intoxication and to having expressed non-consent to sexual activity — Accused convicted of sexual assault at trial but Court of Appeal ordering new trial — Whether trial judge required to address consent and capacity to consent separately when both at issue — Whether trial judge's reasons sufficient — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3), 273.1.

F and B were charged with sexually assaulting the 16-year-old complainant during a camping trip. The issue at trial was whether the complainant, who had consumed alcohol, had consented to the sexual activity with F and B. The complainant and F both testified and presented diametrically opposed versions of events; B did not testify. The Crown argued that the complainant's evidence clearly established incapacity due to intoxication, and also that the complainant had not agreed to the sexual activity. F and B submitted that the complainant was not credible and that she had not been as intoxicated as she claimed, and that she had agreed to engage in the sexual activity. The trial

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

G.F. et R.B. *Intimés*

et

Criminal Lawyers' Association of Ontario
Intervenante

RÉPERTOIRÉ : R. c. G.F.

2021 CSC 20

N° du greffe : 38801.

2020 : 14 octobre; 2021 : 14 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Capacité à consentir — Témoignage de la plaignante portant qu'elle était incapable de consentir en raison de son état d'ébriété et qu'elle avait exprimé son non-consentement à l'activité sexuelle — Accusés déclarés coupables d'agression sexuelle au procès mais tenue d'un nouveau procès ordonnée par la Cour d'appel — Le juge du procès est-il tenu d'examiner les questions du consentement et de la capacité séparément lorsqu'elles sont toutes deux en cause? — Les motifs du juge du procès étaient-ils suffisants? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265(3), 273.1.

F et B ont été accusés d'avoir agressé sexuellement la plaignante, âgée de 16 ans, lors d'une fin de semaine de camping. La question au procès était de savoir si la plaignante, qui avait consommé de l'alcool, avait consenti à l'activité sexuelle avec F et B. La plaignante et F ont tous les deux témoigné et présenté des versions diamétralement opposées des faits; B n'a pas témoigné. La Couronne a fait valoir que le témoignage de la plaignante établissait clairement l'incapacité en raison de son état d'ébriété, et aussi que la plaignante n'avait pas donné son accord à l'activité sexuelle. F et B ont soutenu que la plaignante n'était pas crédible et qu'elle n'était pas dans un état d'ébriété aussi

judge accepted the complainant's evidence and convicted F and B of sexual assault.

F and B appealed. The Court of Appeal rejected the argument that the verdict was unreasonable, concluding that the complainant's evidence was not demonstrably incompatible with incapacity to consent. However, the Court of Appeal found that the trial judge failed to identify the relevant factors to consider when assessing whether intoxication deprived the complainant of her capacity to consent, and failed to consider the issue of consent first and separately from the issue of capacity. As a result, the Court of Appeal concluded that a new trial was necessary for both F and B.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed and the convictions restored.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: Consent is the foundational principle upon which Canada's sexual assault laws are based. Consent and the capacity to give consent are inextricably joined, as subjective consent to sexual activity requires both that the complainant be capable of consenting and does, in fact, consent. Trial judges are under no obligation to evaluate consent and capacity separately or in any particular order. In the present case, it was open to the trial judge to find both that the complainant was incapable of consenting and did not agree to the sexual activity in question, and he did not err in addressing these issues together in his reasons.

Where a complainant is incapable of consenting, there can be no finding of fact that the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question. In other words, the capacity to consent is a necessary — but not sufficient — precondition to the complainant's subjective consent. This is distinct from circumstances where a person may provide subjective consent that is not legally effective due to, for example, duress or fraud. Thus, when a trial engages both the issues of whether a complainant was capable of consenting and whether they did agree to the sexual activity in question, the trial judge is not necessarily required to address them separately or in any particular order as they both go to the complainant's subjective consent to sexual activity.

avancé qu'elle le prétendait, et qu'elle avait donné son accord à l'activité sexuelle. Le juge du procès a accepté le témoignage de la plaignante et déclaré F et B coupables d'agression sexuelle.

F et B ont interjeté appel. La Cour d'appel a rejeté l'argument selon lequel le verdict était déraisonnable, concluant que le témoignage de la plaignante n'était pas manifestement incompatible avec l'incapacité de consentir. Toutefois, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait omis de cerner les facteurs pertinents devant être pris en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer si l'ébriété a privé la plaignante de sa capacité à consentir, et qu'il n'avait pas examiné la question du consentement en premier lieu et séparément de la question de la capacité. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu qu'un nouveau procès était nécessaire autant pour F que pour B.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer : Le consentement est l'assise sur laquelle sont fondées les règles de droit canadiennes relatives aux agressions sexuelles. La capacité et le consentement sont inextricablement liés puisque le consentement subjectif à une activité sexuelle exige à la fois que la plaignante soit capable de consentir et qu'elle le fasse effectivement. Les juges présidant des procès n'ont aucune obligation d'évaluer ces deux questions séparément ou dans un ordre particulier. En l'espèce, le juge du procès pouvait conclure à la fois que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle n'avait pas donné son accord à l'activité sexuelle, et il n'a pas commis d'erreur en abordant ces questions ensemble dans ses motifs.

Lorsque la plaignante est incapable de consentir, il ne peut y avoir de conclusion de fait selon laquelle elle a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle. Autrement dit, la capacité de consentir est une condition préalable nécessaire — mais insuffisante — au consentement subjectif de la plaignante. Cela se distingue des circonstances où une personne peut donner un consentement subjectif qui n'est pas légalement valable, notamment en raison de la contrainte ou de la fraude. Par conséquent, lorsque le procès porte à la fois sur la question de savoir si la plaignante était capable de consentir et sur celle de savoir si elle a donné son accord à l'activité sexuelle, le juge du procès n'est pas nécessairement tenu de les examiner séparément ou dans un ordre particulier, car l'une comme l'autre porte sur le consentement subjectif de la plaignante à l'activité sexuelle.

There are two aspects to the overarching concept of consent. The first is subjective consent, which relates to the factual findings about whether the complainant subjectively and voluntarily agreed to the sexual activity in question, and the second requires that subjective consent also be effective as a matter of law. The *Criminal Code* sets out a series of factors that will vitiate subjective consent in ss. 265(3) and 273.1(2). However, these factors do not prevent subjective consent, but recognize that even if a complainant has permitted the sexual activity in question, there are circumstances in which subjective consent will be deemed of no force or effect. The distinction between preventing subjective consent and rendering it ineffective is important, and the proposition that incapacity vitiates rather than prevents subjective consent must be rejected for three reasons. First, subjective consent requires a complainant to formulate a conscious agreement in their own mind to engage in the sexual activity in question, and it follows, as a matter of logic, that the complainant must be capable of forming such an agreement. Second, incapacity as a vitiating factor would be inconsistent with the structure of the *Criminal Code*, as incapacity under s. 273.1(2)(b) deprives the complainant of the ability to formulate a subjective agreement. Third, capacity as a precondition to subjective consent provides certainty because it is inextricably linked to what subjective consent requires: contemporaneous voluntary agreement to the sexual activity in question.

As capacity is a precondition to subjective consent, the requirements for capacity are tied to the requirements for subjective consent. Capacity to consent requires that the complainant have an operating mind capable of understanding the physical act, its sexual nature, and the specific identity of their partner, and that they have a choice of whether or not to engage in the sexual activity in question.

The trial judge did not err in his treatment of consent. Both the complainant's capacity to consent and agreement to the sexual activity were at issue. It was open to the trial judge to accept the evidence of incapacity and the evidence that the complainant did not agree to the sexual activity. Both findings went to a lack of subjective consent and did not need to be reconciled with each other, nor approached in any particular order.

The trial judge's reasons were also sufficient. Trial reasons must be both factually and legally sufficient. Factual sufficiency is concerned with what the trial judge decided and why. Legal sufficiency requires that the aggrieved

Il y a deux aspects au concept global de consentement. Le premier aspect est le consentement subjectif, qui concerne les conclusions factuelles concernant la question de savoir si la plaignante a subjectivement et volontairement donné son accord à l'activité sexuelle, et le deuxième aspect exige que le consentement subjectif soit également valide en droit. Le *Code criminel* énonce aux par. 265(3) et 273.1(2) une série de facteurs qui vicieront le consentement subjectif. Toutefois, ces facteurs n'empêchent pas qu'il y ait consentement subjectif, mais dénotent plutôt que, même si la plaignante a permis l'activité sexuelle, il existe des circonstances où ce consentement subjectif sera réputé nul et sans effet. La distinction entre empêcher qu'il y ait consentement subjectif et le rendre invalide est importante, et l'argument voulant que l'incapacité vicie le consentement subjectif plutôt qu'elle ne l'empêche doit être rejeté pour trois raisons. Premièrement, le consentement subjectif exige que la plaignante formule en son for intérieur un accord volontaire à l'activité sexuelle, et il s'ensuit logiquement que la plaignante doit être capable de former un tel accord. Deuxièmement, l'incapacité en tant que facteur viciant le consentement serait incompatible avec la structure du *Code criminel*, puisque l'incapacité prévue à l'al. 273.1(2)(b) prive la plaignante de la capacité de formuler un accord subjectif. Troisièmement, la capacité en tant que condition préalable au consentement subjectif assure la certitude parce qu'elle est inextricablement liée à ce qu'exige le consentement subjectif : l'accord volontaire concomitant à l'activité sexuelle.

Vu que la capacité est une condition préalable au consentement subjectif, les exigences pour qu'il y ait capacité sont liées à celles pour qu'il y ait consentement subjectif. La capacité à consentir exige que la plaignante soit lucide et capable de comprendre l'acte physique, sa nature sexuelle et l'identité précise de son partenaire, et qu'elle a le choix de se livrer ou non à l'activité sexuelle.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans son analyse du consentement. Tant la capacité à consentir de la plaignante que son accord à l'activité sexuelle étaient en litige. Le juge du procès pouvait accepter la preuve de l'incapacité et celle de l'absence d'accord de la plaignante à l'activité sexuelle. Les deux conclusions se rapportaient à l'absence de consentement subjectif et n'avaient pas à être conciliées l'une avec l'autre, ni abordées dans un ordre particulier.

Les motifs du juge du procès étaient également suffisants. Les motifs de première instance doivent être suffisants autant sur le plan factuel que sur le plan juridique. Sur le plan des faits, les motifs doivent permettre de

party be able to meaningfully exercise their right of appeal. The task for appellate courts is not to finely parse the trial judge's reasons in a search for error, but rather to assess whether the reasons, read in context and as a whole, in light of the live issues at trial, explain what the trial judge decided and why they decided that way in a manner that permits effective appellate review.

Despite clear guidance in the 19 years since *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, appellate courts continue to scrutinize the text of trial reasons in a search for error, particularly in sexual assault cases, where safe convictions after fair trials are being overturned not on the basis of legal error but on the basis of parsing imperfect or summary expression on the part of the trial judge. To succeed on appeal, an appellant's burden is to demonstrate either error or the frustration of appellate review, and neither are demonstrated by merely pointing to ambiguous aspects of the trial decision. Where ambiguities in a trial judge's reasons are open to multiple interpretations, those that are consistent with the presumption of correct application must be preferred over those that suggest error, as it is only where ambiguities, in the context of the record as a whole, render the path taken by the trial judge unintelligible that appellate review is frustrated.

A trial judge's findings of credibility deserve particular deference. While the law requires some articulation of the reasons for those findings, it also recognizes that in our system of justice the trial judge is the fact finder and has the benefit of the intangible impact of conducting the trial. Frequently, particularly in a sexual assault case where the crime is often committed in private, there is little evidence beyond the testimony of the complainant and the accused, and articulating reasons for findings of credibility can be more challenging. Such findings must be assessed in light of the presumption of the correct application of the law, particularly regarding the relationship between credibility and reliability. Appellate courts should consider not whether the trial judge specifically used the words "credibility" and "reliability" but whether the trial judge turned their mind to the relevant factors that go to

comprendre ce que le juge du procès a décidé et pourquoi. Pour que les motifs puissent être considérés comme suffisants en droit, il faut que la partie lésée soit capable d'exercer valablement son droit d'appel. Les cours d'appel n'ont pas pour tâche de décortiquer avec finesse les motifs du juge du procès à la recherche d'une erreur, mais plutôt de se demander si les motifs, situés dans leur contexte et pris dans leur ensemble, à la lumière des questions en litige au procès, expliquent ce qu'a décidé le juge du procès et les raisons pour lesquelles il l'a fait d'une façon qui permet un examen efficace en appel.

Malgré les indications claires données par la Cour depuis que l'arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, a été rendu il y a 19 ans, les juridictions d'appel continuent de passer au peigne fin le texte des motifs de première instance à la recherche d'une erreur, particulièrement dans des affaires d'agression sexuelle, où des condamnations justifiées rendues à la suite de procès équitables sont annulées non pas sur le fondement d'une erreur juridique, mais sur le fondement d'une analyse détaillée de l'expression imparfaite ou sommaire de la part du juge du procès. Pour avoir gain de cause en appel, l'appellant doit établir l'existence d'une erreur ou d'une entrave à l'examen en appel, et le simple fait de souligner les aspects ambigus de la décision de première instance n'établit ni l'une ni l'autre. Lorsque des ambiguïtés dans les motifs du juge du procès se prêtent à de multiples interprétations, celles qui sont compatibles avec la présomption d'application correcte doivent être préférées à celles qui laissent entrevoir une erreur, car ce n'est que lorsque les ambiguïtés, examinées dans le contexte de l'ensemble du dossier, rendent intelligible le raisonnement du juge du procès qu'il y a entrave à l'examen en appel.

Les conclusions sur la crédibilité que rend un juge du procès commandent une déférence particulière. Bien que le droit exige que des motifs soient exprimés pour de telles conclusions, il reconnaît également que dans notre système de justice, le juge du procès est le juge des faits et bénéficie de l'avantage intangible que lui confère le fait de présider le procès. Souvent, particulièrement dans un cas d'agression sexuelle où le crime est habituellement commis en privé, il n'y a que peu d'éléments de preuve outre le témoignage de la plaignante et celui de l'accusé, et la formulation de motifs relatifs aux conclusions sur la crédibilité peut être plus difficile. De telles conclusions doivent être appréciées en fonction de la présomption d'application correcte du droit, surtout en ce qui concerne le rapport entre fiabilité et crédibilité. Les juridictions d'appel devraient non pas prendre en considération le

the believability of the evidence in the factual context of the case, including truthfulness and accuracy concerns.

In the present case, the Court of Appeal did not conduct a functional and contextual reading of the trial judge's reasons, but rather assessed those reasons removed from the context of the live issues at trial. The trial judge's reasons should not be read as equating any degree of intoxication with incapacity, as what was at issue was the extreme degree of intoxication to which the complainant testified. Similarly, the trial judge's blending of consent and capacity reveals neither an error in law nor insufficient reasons. Capacity was not the only issue at trial, and the trial judge's reasons can be read as finding both that the complainant was incapable of consenting and that she did not agree to the sexual activity. These findings are not legally contradictory and both were available on the evidence.

Per Brown and Rowe JJ.: There is agreement with the majority that capacity to consent should be understood as a precondition to consent under s. 273.1 of the *Criminal Code*, and that it is possible to find that a complainant lacked capacity to consent while being capable of withholding consent. There is also agreement with much of the majority's recounting of the law regarding appellate review for sufficiency of reasons, but disagreement as to the sufficiency of the trial judge's reasons in this case with respect to the complainant's capacity to consent. However, the evidence that the complainant did not consent is overwhelming and the curative proviso should apply.

While a trial judge's reasons need not be letter-perfect, scrutiny of a trial judge's reasons is not inconsistent with the guidance in *Sheppard*. An appellate reviewer's role is not discharged by giving trial reasons for judgment a once-over-lightly perusal, but by reading and considering a trial judgment in order to assess whether, in light of the evidence and arguments at trial, it shows that the trial judge discerned and decided the live issues so as to explain the verdict to the accused, provide public accountability, and permit meaningful appellate review. It is inaccurate to say that reasons are sufficient even where ambiguities therein leave open the possibility that the judge may or might

fait que le juge du procès a expressément utilisé les mots « crédibilité » et « fiabilité », mais plutôt se demander s'il s'est penché sur les facteurs pertinents qui se rapportent à la vraisemblance de la preuve dans le contexte factuel de l'affaire, notamment les préoccupations concernant la véracité et l'exactitude.

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas examiné les motifs du juge du procès en fonction d'une interprétation fonctionnelle et contextuelle, mais les a plutôt appréciés sans tenir compte du contexte des questions en litige au procès. Les motifs du juge du procès ne devraient pas être interprétés comme assimilant tout degré d'ébriété à l'incapacité, car c'était plutôt le degré extrême d'ébriété que la plaignante a invoqué lors de son témoignage qui était en cause. De même, le fait que le juge du procès ait fusionné le consentement et la capacité ne révèle ni erreur de droit ni insuffisance des motifs. La capacité n'était pas la seule question en litige au procès, et les motifs du juge du procès peuvent être interprétés comme concluant à la fois que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle n'a pas donné son accord à l'activité sexuelle. Ces conclusions ne sont pas contradictoires en droit et le juge du procès pouvait les tirer toutes les deux au vu de la preuve.

Les juges Brown et Rowe : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la capacité à consentir devrait être considérée comme une condition préalable au consentement au sens de l'art. 273.1 du *Code criminel*, et qu'il est possible de conclure qu'une plaignante n'avait pas la capacité de consentir tout en étant capable de refuser de consentir. Il y a aussi accord avec une bonne part de la recension que font les juges majoritaires des règles de droit applicables à l'examen en appel de la suffisance des motifs, mais désaccord quant à la suffisance des motifs du juge du procès en l'espèce en ce qui a trait à la capacité de consentir de la plaignante. Toutefois, la preuve démontrant que la plaignante n'a pas consenti est accablante et la disposition réparatrice devrait s'appliquer.

Bien que les motifs du juge du procès n'aient pas à être parfaits, l'examen rigoureux de ceux-ci n'est pas incompatible avec les balises établies dans l'arrêt *Sheppard*. Une cour d'appel ne s'acquittera pas de son rôle en parcourant en diagonale les motifs du jugement de première instance, mais plutôt en les lisant et les examinant afin de constater si, eu égard à la preuve et aux arguments présentés au procès, le juge du procès a ou non discerné et tranché les points litigieux de manière à expliquer le verdict à l'accusé, à rendre compte au public et à permettre un examen valable en appel. Il est inexact d'affirmer que les motifs sont suffisants même lorsque les ambiguïtés qui s'y

have erred, and the presumption that trial judges know the law does not negate the appellate reviewer's duty to insist upon reasons for judgment that, read together with the record, show that the law was correctly applied in a particular case.

In this case, the trial judge's reasons make clear that he convicted on the basis of incapacity alone, but they do not disclose what standard he applied in deciding that the complainant was incapable of consenting. While a finding of incapacity was available on the evidence, the evidence could also support the conclusion that the complainant had the cognitive capacity to consent throughout the interaction, and it was crucial that the trial judge satisfy himself that the complainant was intoxicated to the point that she could not provide consent in order to convict F and B on that basis. However, in light of the overwhelming evidence that the complainant did not consent, no other verdict was possible.

Per Côté J. (dissenting): There is agreement with Brown and Rowe JJ. on the law regarding appellate review for sufficiency of reasons, and that the trial judge erred in convicting F and B on the basis of the complainant's incapacity to consent without explaining both the standard by which he decided incapacity as well as its application to the complainant's evidence. However, given that credibility was the central issue at trial and the Crown's case is not otherwise staggering, this is not an appropriate case in which to apply the curative proviso. The appeal should therefore be dismissed, and the Court of Appeal's order for a new trial upheld.

Section 273.1(2)(b) of the *Criminal Code* plainly shows that incapacity is a circumstance that may vitiate a complainant's apparent consent. While the proper framework for analyzing consent to sexual activity was succinctly set out in *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, it is the *Criminal Code* which establishes the requirement of a two-step analysis of consent to sexual activity. The first step in the statutory framework is to determine whether the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question (s. 273.1(1)), or whether a reasonable doubt is raised in this regard. If so, the court should then turn to the second step and consider whether this agreement was obtained in circumstances vitiating

trouvent laissent place à la possibilité que le juge a peut-être commis une erreur, et la présomption selon laquelle le juge du procès connaît le droit n'écarte pas l'obligation du tribunal chargé de l'examen en appel d'exiger que les motifs de première instance, lus conjointement avec le dossier, montrent que le droit a été correctement appliqué dans un cas donné.

En l'espèce, les motifs du juge du procès montrent clairement qu'il a prononcé une déclaration de culpabilité sur le seul fondement de l'incapacité, mais ils ne précisent pas quelle norme il a appliquée pour décider que la plaignante était incapable de consentir. Bien qu'une conclusion d'incapacité était possible au vu de la preuve, celle-ci pourrait aussi fonder la conclusion selon laquelle la plaignante avait la capacité cognitive de consentir tout au long de l'interaction, et le juge du procès devait absolument être convaincu que la plaignante était en état d'ébriété à un point tel qu'il lui était impossible de donner un consentement afin de déclarer F et B coupables sur ce fondement. Toutefois, compte tenu de la preuve accablante démontrant que la plaignante n'a pas consenti, aucun autre verdict n'était possible.

La juge Côté (dissidente) : Il y a accord avec les juges Brown et Rowe quant aux règles de droit applicables à l'examen en appel de la suffisance des motifs, et quant au fait que le juge du procès a erré en déclarant F et B coupables au motif que la plaignante était incapable de consentir, sans expliquer quelle norme l'a mené à conclure à cette incapacité ni de quelle façon cette norme s'appliquait au témoignage de la plaignante. Toutefois, puisque la crédibilité était la question centrale du procès et que la preuve à charge n'était pas par ailleurs accablante, il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice. Le pourvoi devrait donc être rejeté, et l'ordonnance de la Cour d'appel exigeant la tenue d'un nouveau procès devrait être confirmée.

Selon l'alinéa 273.1(2)b) du *Code criminel*, l'incapacité est une circonstance qui peut vicier le consentement apparent de la plaignante. Bien que le cadre à adopter pour l'analyse du consentement à l'activité sexuelle ait été succinctement énoncé dans l'arrêt *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, c'est le *Code criminel* qui requiert une analyse en deux étapes pour établir l'existence du consentement à l'activité sexuelle. La première étape du cadre d'analyse législatif consiste à établir si la plaignante a volontairement donné son accord à l'activité sexuelle (par. 273.1(1)), ou si un doute raisonnable est soulevé à cet égard. Dans l'affirmative, le tribunal doit alors passer à la seconde étape et vérifier si cet accord a

consent (ss. 265(3) and 273.1(2)). In the instant case, the trial judge did not do so, which is an error of law.

While trial judges are presumed to know the basic legal principles with which they engage on a regular basis, there must be an intelligible foundation for their verdicts. The trial judge's statement in the present case that s. 273.1(2)(b) applies in instances where a complainant is intoxicated suggests that his view was that any level of intoxication is sufficient to vitiate consent, and it is not clear that this belief did not constitute the basis for his conclusion that there was no consent. Although findings of incapacity or non-consent are not tainted by error simply because of the order in which they are made, the absence of analysis to substantiate the trial judge's conclusory statement does not provide the basis for meaningful appellate review. Furthermore, the trial judge's error cannot be said to be so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial that any reasonable judge could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made. The complainant's incapacity was a live issue at trial, and acceptance of her evidence as credible is insufficient to ground a conviction. Accordingly, the curative proviso should not be applied.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Explained: *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; **considered:** *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; **referred to:** *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 260 O.A.C. 161; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Paice*, 2005 SCC 22, [2005] 1 S.C.R. 339; *Saint-Laurent v. Héту*, [1994] R.J.Q. 69; *R. v. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299; *R. v. Snelgrove*, 2019 SCC 16, [2019] 2 S.C.R. 98; *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237; *R. v. Daigle* (1997), 127 C.C.C. (3d) 130, aff'd [1998] 1 S.C.R. 1220; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397; *R. v. Vuradin*, 2013

été obtenu dans des circonstances viciant ce consentement (par. 265(3) et 273.1(2)). En l'espèce, le juge du procès n'a pas suivi cette démarche, commettant ainsi une erreur de droit.

Même s'il faut présumer que les juges de première instance connaissent les principales règles de droit qu'ils appliquent de façon régulière, leurs verdicts doivent reposer sur un fondement intelligible. L'affirmation du juge du procès en l'espèce portant que l'al. 273.1(2)(b) s'applique aux cas où la plaignante est en état d'ébriété donne à penser que n'importe quel degré d'ébriété suffirait à vicier le consentement, et on ne peut exclure que le juge du procès se soit fondé sur cette croyance pour conclure à l'absence de consentement. Bien qu'il ne soit pas erroné d'énoncer dans un ordre plutôt qu'un autre les conclusions d'incapacité ou de non-consentement, l'absence d'analyse visant à appuyer l'affirmation conclusive du juge du procès ne peut servir de fondement à un véritable examen en appel. De plus, on ne saurait dire que l'erreur du juge du procès est si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès ou si manifestement dépourvue d'un effet préjudiciable qu'un juge raisonnable n'aurait pu rendre un verdict différent si l'erreur n'avait pas été commise. L'incapacité de la plaignante était une question en litige au procès, et l'acceptation de son témoignage comme étant crédible ne suffit pas à fonder une déclaration de culpabilité. Par conséquent, la disposition réparatrice ne devrait pas être appliquée.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt expliqué : *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; **arrêt examiné :** *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; **arrêts mentionnés :** *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 260 O.A.C. 161; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Paice*, 2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339; *Saint-Laurent c. Héту*, [1994] R.J.Q. 69; *R. c. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299; *R. c. Snelgrove*, 2019 CSC 16, [2019] 2 R.C.S. 98; *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237; *R. c. Daigle* (1997), 127 C.C.C. (3d) 130, conf. par [1998] 1 R.C.S. 1220; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008]

SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639; *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000; *R. v. Chung*, 2020 SCC 8, [2020] 1 S.C.R. 405; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *R. v. Langan*, 2020 SCC 33, [2020] 3 S.C.R. 499, rev'g 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d) 516; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. v. Kishayinew*, 2020 SCC 34, [2020] 3 S.C.R. 502, rev'g 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560; *R. v. Slatter*, 2020 SCC 36, [2020] 3 S.C.R. 592, rev'g 2019 ONCA 807, 148 O.R. (3d) 81; *R. v. H.C.*, 2009 ONCA 56, 244 O.A.C. 288; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Mehari*, 2020 SCC 40, [2020] 3 S.C.R. 782; *R. v. Howe* (2005), 192 C.C.C. (3d) 480; *R. v. Kiss*, 2018 ONCA 184; *R. v. Wanihadie*, 2019 ABCA 402, 99 Alta. L.R. (6th) 56; *R. v. J.M.S.*, 2020 NSCA 71; *R. v. C.A.M.*, 2017 MBCA 70, 354 C.C.C. (3d) 100; *R. v. K.P.*, 2019 NLCA 37, 376 C.C.C. (3d) 460; *R. v. Aird (A.)*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183; *R. v. Gravesande*, 2015 ONCA 774, 128 O.R. (3d) 111; *R. v. Willis*, 2019 NSCA 64, 379 C.C.C. (3d) 30; *R. v. Roth*, 2020 BCCA 240, 66 C.R. (7th) 107.

By Brown and Rowe JJ.

Referred to: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330.

By Côté J. (dissenting)

R. v. L.K.W. (1999), 126 O.A.C. 39; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Perkins (T.)*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149; *R. v. Raghunauth (G.)* (2005), 203 O.A.C. 54.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 273.1, 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Benedet, Janine, and Isabel Grant. "Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities: Consent, Capacity, and Mistaken Belief" (2007), 52 *McGill L.J.* 243.

3 R.C.S. 3; *R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639; *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000; *R. c. Chung*, 2020 CSC 8, [2020] 1 R.C.S. 405; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *R. c. Langan*, 2020 CSC 33, [2020] 3 R.C.S. 499, inf. 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d) 516; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5; *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. c. Kishayinew*, 2020 CSC 34, [2020] 3 R.C.S. 502, inf. 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560; *R. c. Slatter*, 2020 CSC 36, [2020] 3 R.C.S. 592, inf. 2019 ONCA 807, 148 O.R. (3d) 81; *R. c. H.C.*, 2009 ONCA 56, 244 O.A.C. 288; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Mehari*, 2020 CSC 40, [2020] 3 R.C.S. 782; *R. c. Howe* (2005), 192 C.C.C. (3d) 480; *R. c. Kiss*, 2018 ONCA 184; *R. c. Wanihadie*, 2019 ABCA 402, 99 Alta. L.R. (6th) 56; *R. c. J.M.S.*, 2020 NSCA 71; *R. c. C.A.M.*, 2017 MBCA 70, 354 C.C.C. (3d) 100; *R. c. K.P.*, 2019 NLCA 37, 376 C.C.C. (3d) 460; *R. c. Aird (A.)*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183; *R. c. Gravesande*, 2015 ONCA 774, 128 O.R. (3d) 111; *R. c. Willis*, 2019 NSCA 64, 379 C.C.C. (3d) 30; *R. c. Roth*, 2020 BCCA 240, 66 C.R. (7th) 107.

Citée par les juges Brown et Rowe

Arrêts mentionnés : *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. L.K.W. (1999), 126 O.A.C. 39; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Perkins (T.)*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149; *R. c. Raghunauth (G.)* (2005), 203 O.A.C. 54.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265, 273.1, 686(1)(b)(iii).

Doctrine et autres documents cités

Benedet, Janine, and Isabel Grant. « Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities : Consent, Capacity, and Mistaken Belief » (2007), 52 *R.D. McGill* 243.

Black's Law Dictionary, 11th ed. by Bryan A. Garner. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019, "credibility".

Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2019).

McWilliams' Canadian Criminal Evidence, vol. 3, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2020, release 4).

Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Watt, Pardu and Nordheimer JJ.A.), 2019 ONCA 493, 146 O.R. (3d) 289, 378 C.C.C. (3d) 518, 55 C.R. (7th) 437, [2019] O.J. No. 3106 (QL), 2019 CarswellOnt 9555 (WL Can.), setting aside the convictions for sexual assault entered by Koke J., 2016 ONSC 3465, [2016] O.J. No. 4256 (QL), 2016 CarswellOnt 12943 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Philippe Cowle, for the appellant.

Alison Craig and Riaz Sayani, for the respondents.

Peter Sankoff, for the intervener.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — Consent is the foundational principle upon which Canada's sexual assault laws are based. For decades, this Court has recognized that "control over who touches one's body, and how, lies at the core of human dignity and autonomy": *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 28. As such, the contours of consent are carefully delineated and jealously guarded. It is now indisputable that consent is a subjective state of mind, entirely personal to the complainant. There is no room for implied consent in Canada, and the range of mistaken beliefs an accused may lawfully

Black's Law Dictionary, 11th ed. by Bryan A. Garner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2019, « *credibility* ».

Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions*, 4th ed., Vancouver, Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2019).

McWilliams' Canadian Criminal Evidence, vol. 3, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2020, release 4).

Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Watt, Pardu et Nordheimer), 2019 ONCA 493, 146 O.R. (3d) 289, 378 C.C.C. (3d) 518, 55 C.R. (7th) 437, [2019] O.J. No. 3106 (QL), 2019 CarswellOnt 9555 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle inscrites par le juge Koke, 2016 ONSC 3465, [2016] O.J. No. 4256 (QL), 2016 CarswellOnt 12943 (WL Can.), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Philippe Cowle, pour l'appelante.

Alison Craig et Riaz Sayani, pour les intimés.

Peter Sankoff, pour l'intervenante.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le consentement est l'assise sur laquelle sont fondées les règles de droit canadiennes relatives aux agressions sexuelles. Depuis des décennies, la Cour reconnaît que « [l]e pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain » : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 28. Par conséquent, le consentement est soigneusement circonscrit et ses contours sont jalousement protégés. Il est maintenant incontestable que le consentement est un état d'esprit subjectif, entièrement personnel

hold about the complainant's consent are tightly restricted by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] This appeal provides the Court with an opportunity to clarify the relationship between consent and the capacity to give consent. In my view, capacity and consent are inextricably joined. Subjective consent to sexual activity requires both that the complainant be capable of consenting and does, in fact, consent.

[3] The respondents take a different view, and argue that incapacity is a vitiating factor that renders subjective consent of no force or effect. Accordingly, they argue that the trial judge erred by blending his assessments of consent and capacity and by failing to assess subjective consent first and separately from the capacity to consent.

[4] I do not agree. Only if subjective consent exists, or if there is a reasonable doubt as to subjective consent, does a trier of fact need to go further and ask whether that consent is otherwise vitiated. Vitiating was not at issue in this case; the only live issue was whether the complainant subjectively consented. The Crown argued that subjective consent was absent for two reasons: the complainant was incapable of consenting and she did not agree to the sexual activity in question. The trial judge was under no obligation to evaluate these two issues separately or in any particular order.

[5] Nor did the trial judge err by failing to review the jurisprudence on when intoxication results in incapacity to consent. In the Court of Appeal's view,

à la plaignante¹. Le consentement implicite n'a pas sa place au Canada, et l'éventail des croyances erronées qu'un accusé peut légalement avoir au sujet du consentement de la plaignante est strictement limité par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[2] Le présent pourvoi donne à la Cour l'occasion de préciser le rapport entre le consentement et la capacité de donner un consentement. À mon avis, la capacité et le consentement sont inextricablement liés. Le consentement subjectif à une activité sexuelle exige à la fois que la plaignante soit capable de consentir et qu'elle le fasse effectivement.

[3] Les intimés sont d'un autre avis, et soutiennent que l'incapacité est un facteur viciant le consentement subjectif qui le rend nul et sans effet. Ils font donc valoir que le juge du procès a commis une erreur en fusionnant son évaluation du consentement et celle de la capacité et en omettant d'évaluer le consentement subjectif en premier lieu et séparément de la capacité à consentir.

[4] Je ne suis pas de cet avis. Ce n'est que dans le cas où il y a eu consentement subjectif, ou s'il existe un doute raisonnable concernant celui-ci, que le juge des faits doit pousser plus loin l'analyse et se demander si le consentement a été par ailleurs vicié. La question du vice du consentement n'était pas en cause dans la présente affaire; la seule question à trancher était de savoir si la plaignante avait subjectivement consenti. La Couronne a soutenu qu'il n'y avait pas eu consentement subjectif pour deux raisons : la plaignante était incapable de consentir et elle n'a pas donné son accord à l'activité sexuelle. Le juge du procès n'avait aucune obligation d'évaluer ces deux questions séparément ou dans un ordre particulier.

[5] Le juge du procès n'a pas non plus commis une erreur en omettant d'examiner la jurisprudence portant sur les situations où l'état d'ébriété donne

¹ L'article 273.1 du *Code criminel* emploie la forme masculine du mot « plaignant » pour décrire la personne qui serait victime d'une agression sexuelle. Toutefois, cette infraction est hautement genrée, la plupart des victimes étant des femmes. Pour cette raison, et puisque la plaignante dans le dossier est une femme, j'utiliserai la forme féminine « plaignante » dans le présent jugement.

the trial judge's reasons could be read as equating *any* degree of intoxication with incapacity to consent. Obviously, such an equation would be an error in law. However, in the context of this trial, no such reading was available. Given that the trial judge accepted the complainant's testimony of her extreme intoxication, "any degree of intoxication" was not a live issue. This Court has consistently reiterated the importance of a functional and contextual reading of the trial judge's reasons. The duty of the appellate court is to determine whether the aggrieved party understands what the trial judge decided and why, and whether the reasons permit appellate review. In this case, the trial judge's reasons were sufficient to satisfy this purpose. I would also take this opportunity to discourage the technical search for error and to re-affirm the importance of approaching a trial judge's reasons with sensitivity to the trial judge's role and advantage in making findings of fact and credibility.

[6] I would therefore allow the Crown's appeal and restore the convictions.

I. Background

[7] The complainant, 16 years old at the time, went on a camping trip for the 2013 Canada Day weekend with her family and her mother's co-workers. Two of those co-workers were G.F. and R.B., common-law spouses and the respondents in this case.

[8] On the final night of the camping trip, the respondents engaged in sexual activity with the complainant. The issue at trial was whether this sexual activity was consensual. The complainant and G.F. both testified and presented diametrically opposed versions of events. R.B. did not testify.

[9] The complainant testified that she drank heavily throughout the night, consuming between 8 and 10 shots in total. Almost all of this alcohol was

lieu à une incapacité de consentir. De l'avis de la Cour d'appel, les motifs du juge du procès pouvaient être interprétés comme assimilant *tout* degré d'ébriété à l'incapacité de consentir. Évidemment, cela constituerait une erreur de droit. Cependant, dans le contexte du présent procès, une telle interprétation n'était pas possible. Étant donné que le juge du procès a accepté le témoignage de la plaignante concernant son état d'ébriété extrême, la question de « tout degré d'ébriété » n'était pas en litige. La Cour a toujours répété l'importance d'une interprétation fonctionnelle et contextuelle des motifs du juge du procès. Il incombe aux juridictions d'appel d'établir si la partie lésée comprend ce que le juge du procès a décidé et pourquoi, et si les motifs permettent l'examen en appel. En l'espèce, les motifs du juge du procès étaient suffisants pour répondre à cette fin. Je profiterais également de l'occasion pour décourager la recherche technique d'erreurs et pour réaffirmer l'importance d'aborder les motifs du juge du procès en tenant compte de son rôle et de sa position avantageuse pour tirer des conclusions sur les faits et la crédibilité.

[6] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de la Couronne et de rétablir les déclarations de culpabilité.

I. Contexte

[7] La plaignante, âgée de 16 ans à l'époque, a pris part à une fin de semaine de camping lors de la fête du Canada en 2013, avec sa famille et des collègues de travail de sa mère. Deux de ces collègues étaient G.F. et R.B., conjoints de fait et intimés dans la présente affaire.

[8] Lors de la dernière nuit de cette fin de semaine, les intimés ont eu des rapports sexuels avec la plaignante. La question au procès était de savoir si ceux-ci étaient consensuels. La plaignante et G.F. ont tous les deux témoigné et présenté des versions diamétralement opposées des faits. R.B. n'a pas témoigné.

[9] Lors de son témoignage, la plaignante a affirmé avoir bu beaucoup d'alcool tout au long de la soirée, soit de 8 à 10 consommations au total.

provided by G.F. She testified that G.F. gave her alcohol while the group was sitting around a campfire. She felt nauseous and went to lay down in the respondents' trailer, where G.F. continued to give her more alcohol. She vomited repeatedly and the last thing she remembered before the assault was playing with her phone until she eventually passed out or fell asleep. She was woken up when she felt her pants and underwear being pulled down. She heard G.F. tell R.B. to perform cunnilingus on her, which R.B. did while G.F. held her down. G.F. then inserted his penis into the complainant's vagina and directed the complainant to perform cunnilingus on R.B., which she did not do. The complainant testified that she felt dizzy, intoxicated, scared, and repeatedly told the respondents to stop. G.F. told her to "be quiet". She did not call for help because she was sick, confused, and felt out of control. She testified that she did not feel able to make a choice of whether or not to participate. She tried to push away for a bit but got tired and then "just went along with it". Eventually, she passed out again. She disclosed the assault to her aunt the next day.

[10] In contrast, G.F. testified that the complainant was not very intoxicated. He said he gave the complainant a beer and two half-ounce shots of alcohol by the fire but nothing in the trailer. He agreed that the complainant vomited but said that she told him she felt "fine" afterwards. He went fishing and then returned later that night to find the complainant lying in bed naked next to R.B. He asked the complainant to leave but the complainant said she wanted to stay. He testified that the complainant and R.B. began to kiss and that the complainant allowed him to rub her thigh. The three of them then participated in consensual oral and vaginal intercourse. G.F. testified that he asked for and received assurances, at least seven times, that the complainant was consenting to the sexual activity.

La quasi-totalité de cet alcool a été fourni par G.F. La plaignante a dit que G.F. lui donnait de l'alcool pendant que le groupe était assis autour d'un feu de camp. Elle avait la nausée et est allée s'étendre dans la roulotte des intimés, où G.F. a continué de lui donner de l'alcool. Elle a vomi à plusieurs reprises et la dernière chose qu'elle se rappelle avoir faite avant l'agression est d'avoir joué sur son téléphone jusqu'à ce qu'elle finisse par s'évanouir ou s'endormir. Elle s'est réveillée lorsqu'elle a senti que quelqu'un lui retirait ses pantalons et ses sous-vêtements. Elle a entendu G.F. dire à R.B. de lui faire un cunnilingus, ce que R.B. a fait alors que G.F. maintenait la plaignante en place. G.F. a ensuite introduit son pénis dans le vagin de la plaignante et a dit à celle-ci de faire un cunnilingus à R.B., ce qu'elle n'a pas fait. La plaignante a affirmé qu'elle se sentait étourdie, en état d'ébriété, effrayée, et a dit à plusieurs reprises aux intimés d'arrêter. G.F. lui a dit de [TRADUCTION] « se taire ». Elle n'a pas cherché à obtenir de l'aide parce qu'elle était malade, confuse et qu'elle sentait qu'elle n'avait plus aucun contrôle sur elle-même. Elle a affirmé qu'elle ne se sentait pas capable de décider de participer ou non. Elle a tenté de les repousser pendant un certain temps, mais s'est lassée et « s'est juste laissée faire ». Elle a fini par perdre connaissance encore une fois. Elle a révélé l'agression à sa tante le lendemain.

[10] En revanche, G.F. a affirmé lors de son témoignage que la plaignante n'était pas dans un état d'ébriété avancé. Il a dit qu'il lui avait donné une bière et deux demi-onces d'alcool quand ils étaient au bord du feu, mais rien dans la roulotte. Il a reconnu que la plaignante avait vomi, mais a affirmé qu'elle lui avait dit qu'elle se sentait [TRADUCTION] « bien » après. Il est allé pêcher et lorsqu'il est revenu plus tard ce soir-là, il a trouvé la plaignante nue dans le lit à côté de R.B. Il a demandé à la plaignante de partir, mais elle a dit vouloir rester. Il a affirmé que la plaignante et R.B. ont commencé à s'embrasser et que la plaignante lui avait permis de frotter sa cuisse. Ils ont ensuite pris part tous les trois à des relations sexuelles consensuelles orales et vaginales. G.F. a affirmé qu'il avait demandé au moins sept fois à la plaignante de lui confirmer qu'elle consentait bel et bien à l'activité sexuelle, ce qu'elle a fait.

[11] In sum, the complainant's testimony portrayed an extremely intoxicated 16-year-old who awoke to sexual acts being performed on her, who resisted but then acquiesced, thinking she did not have any choice in the matter. G.F. described the complainant as a sober, active, and enthusiastic participant.

A. *Trial Decision, 2016 ONSC 3465 (per Koke J.)*

[12] The trial Crown invited the trial judge to treat this as a case of credibility. He argued that the trial judge did not need to “delve into degrees of intoxication versus sobriety” because he was presented with a stark choice: accept the complainant's evidence, which would clearly establish incapacity, or accept G.F.'s evidence, which would clearly establish capacity. He also argued that the complainant did not agree to the sexual activity.

[13] The respondents argued that the complainant was not credible. They submitted that the complainant was not as intoxicated as she claimed and certainly not so intoxicated as to be incapable of consenting. Most of their submissions, however, focused on the argument that the complainant agreed to engage in the sexual activity.

[14] The trial judge accepted the complainant's evidence and convicted the respondents, finding that the complainant “did not consent to the sexual activity”: para. 52 (CanLII). He found the complainant's evidence to be internally consistent and corroborated by other evidence. In contrast, he found that G.F.'s evidence was “riddled with inconsistencies”: para. 54. After explaining these inconsistencies and rejecting other defence arguments, the trial judge concluded his decision, at paras. 71-73:

[R.B.] did not testify. I find [G.F.'s] evidence to be unbelievable. It does not leave me with reasonable doubt as to his or [R.B.'s] guilt and in my view, the balance of the evidence at trial convincingly supports the conclusion

[11] En résumé, le témoignage de la plaignante dépeignait une fille de 16 ans en état d'ébriété extrêmement avancé qui s'est réveillée alors qu'elle faisait l'objet d'actes sexuels, qui a résisté mais ensuite acquiescé, pensant qu'elle n'avait pas le choix. G.F. a décrit la plaignante comme étant une participante sobre, active et enthousiaste.

A. *Décision de première instance, 2016 ONSC 3465 (le juge Koke)*

[12] L'avocat de la Couronne a invité le juge du procès à considérer la présente affaire comme une affaire de crédibilité. Il a soutenu que le juge du procès n'avait pas à [TRADUCTION] « approfondir la question des degrés d'ébriété par opposition à la sobriété » parce qu'il faisait face à deux options tranchées : accepter le témoignage de la plaignante, qui établirait clairement l'incapacité, ou accepter le témoignage de G.F., qui établirait clairement la capacité. Il a aussi fait valoir que la plaignante n'avait pas donné son accord à l'activité sexuelle.

[13] Les intimés ont soutenu que la plaignante n'était pas crédible. Selon eux, elle n'était pas dans un état d'ébriété aussi avancé qu'elle le prétendait et certainement pas au point d'être incapable de consentir. Toutefois, la plupart de leurs observations étaient axées sur l'argument que la plaignante avait donné son accord à l'activité sexuelle.

[14] Le juge du procès a accepté le témoignage de la plaignante et déclaré les intimés coupables, concluant que la plaignante [TRADUCTION] « n'avait pas consenti à l'activité sexuelle » : par. 52 (CanLII). Il a conclu que le témoignage de la plaignante était intrinsèquement cohérent et corroboré par d'autres éléments de preuve. En revanche, il a conclu que le témoignage de G.F. était « truffé d'incohérences » : par. 54. Après avoir expliqué ces incohérences et rejeté les autres prétentions de la défense, le juge du procès a conclu sa décision, aux par. 71-73 :

[TRADUCTION] [R.B.] n'a pas témoigné. Je conclus que le témoignage de [G.F.] n'est pas digne de foi. Je n'ai pas de doute raisonnable quant à sa culpabilité ou celle de [R.B.] et à mon avis, le reste de la preuve présentée

that [G.F.] and [R.B.] forced [the complainant] into having non-consensual sex.

Section 273.1(2)(b) of the Criminal Code indicates that no consent is obtained where the complainant is incapable of consenting to the activity. This applies in instances where a complainant is intoxicated.

Accordingly, I find the two accused guilty of sexual assault as charged.

B. Appeal Decision, 2019 ONCA 493, 146 O.R. (3d) 289 (per Pardu J.A., Watt and Nordheimer J.J.A. concurring)

[15] G.F. and R.B. appealed to the Court of Appeal for Ontario. G.F.'s factum argued that the verdict was unreasonable because the complainant's awareness and memory of the sexual activity demonstrated that she was capable of consenting. R.B.'s factum raised further grounds of appeal: that the trial judge erred in not declaring a mistrial; and that the trial judge unevenly scrutinized the evidence.

[16] The Court of Appeal rejected G.F.'s argument that the verdict was unreasonable, concluding that the complainant's awareness and memory were not "demonstrably incompatible with incapacity to consent" (para. 25) and that the trial judge properly considered this evidence. However, it found that a new trial was required for related reasons.

[17] The Court of Appeal found two related errors in the trial judge's reasons. First, he failed to identify the relevant factors to consider when assessing whether intoxication deprived the complainant of her capacity to consent. As such, his reasons "may be read as equating any degree of impairment by alcohol with incapacity": para. 2. Second, the trial judge failed to consider the issue of consent first and separately from the issue of capacity.

au procès appuie de façon convaincante la conclusion que [G.F.] et [R.B.] ont forcé [la plaignante] à avoir des relations sexuelles non consensuelles.

L'alinéa 273.1(2)b) du Code criminel indique qu'il n'y a pas consentement de la plaignante lorsque celle-ci est incapable de le former. Cela s'applique aux cas où la plaignante est en état d'ébriété.

En conséquence, je déclare les deux accusés coupables de l'agression sexuelle qui leur est reprochée.

B. Décision d'appel, 2019 ONCA 493, 146 O.R. (3d) 289 (la juge Pardu, avec l'appui des juges Watt et Nordheimer)

[15] G.F. et R.B. ont interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario. Dans son mémoire, G.F. faisait valoir que le verdict était déraisonnable car le fait que la plaignante était consciente et se souvenait de l'activité sexuelle démontrait qu'elle était capable de consentir. Le mémoire de R.B. soulevait des moyens d'appel additionnels : celui selon lequel le juge du procès avait commis une erreur en n'ordonnant pas l'annulation du procès, et celui selon lequel le juge du procès avait examiné la preuve de façon inégale.

[16] La Cour d'appel a rejeté l'argument de G.F. selon lequel le verdict était déraisonnable, concluant que le fait que la plaignante était consciente et se souvenait de l'activité sexuelle n'était pas [TRADUCTION] « manifestement incompatible avec l'incapacité de consentir » (par. 25) et que le juge du procès avait dûment tenu compte de cette preuve. Cependant, elle a conclu qu'un nouveau procès était nécessaire pour des raisons connexes.

[17] La Cour d'appel a conclu qu'il y avait deux erreurs connexes dans les motifs du juge du procès. D'abord, il a omis de cerner les facteurs pertinents devant être pris en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer si l'ébriété a privé la plaignante de sa capacité à consentir. Ainsi, ses motifs [TRADUCTION] « peuvent être interprétés comme assimilant tout degré d'ivresse à l'incapacité » : par. 2. Ensuite, le juge du procès n'a pas examiné la question du consentement en premier lieu et séparément de la question de la capacité.

[18] The Court of Appeal held that when both consent and incapacity to consent are at issue, the trial judge should first consider whether the complainant did not provide consent. Only if the complainant did consent or if there is a reasonable doubt about the lack of consent is the trial judge required to ask whether that consent was vitiated by incapacity. The Court of Appeal viewed this Court's decision in *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, as mandating this two-step process.

[19] The Court of Appeal found that the trial judge failed to follow this two-step process and that it was unclear whether he considered the issue of consent separately from the issue of capacity at all. As a result, the Court of Appeal concluded that a new trial was necessary for both G.F. and R.B. The Court did not address R.B.'s other grounds of appeal.

II. Analysis

[20] This appeal raises four issues:

1. Did the trial judge err in his assessment of consent and capacity?
2. Were the trial judge's reasons sufficient?
3. Did the Court of Appeal breach the rules of natural justice?
4. Do R.B.'s other arguments demonstrate any error?

A. *Did the Trial Judge Err in his Assessment of Consent and Capacity?*

[21] The first and primary issue in this case concerns the relationship between consent and capacity and whether it was an error for the trial judge to address these concepts together throughout his reasons.

[18] La Cour d'appel a conclu que lorsque la question du consentement et celle de l'incapacité à consentir sont toutes les deux en cause, le juge du procès doit d'abord se demander si la plaignante n'a pas donné de consentement. Ce n'est que si la plaignante a consenti ou s'il y a un doute raisonnable quant à l'absence de consentement que le juge du procès est tenu de se demander si le consentement était vicié par l'incapacité. La Cour d'appel estimait que l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, exigeait une telle analyse en deux étapes.

[19] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'avait pas suivi cette analyse en deux étapes et qu'il n'était pas clair si celui-ci avait même examiné la question du consentement séparément de celle de la capacité. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu qu'un nouveau procès était nécessaire autant pour G.F. que pour R.B. La Cour ne s'est pas penchée sur les autres moyens d'appel de R.B.

II. Analyse

[20] Le présent pourvoi soulève quatre questions :

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son appréciation du consentement et de la capacité?
2. Les motifs du juge du procès étaient-ils suffisants?
3. La Cour d'appel a-t-elle manqué aux règles de justice naturelle?
4. Les autres arguments de R.B. démontrent-ils une erreur?

A. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son appréciation du consentement et de la capacité?*

[21] La première et principale question en l'espèce concerne le rapport entre le consentement et la capacité; il s'agit de savoir si le juge du procès a commis une erreur en examinant ces concepts ensemble dans ses motifs.

[22] At issue at trial was whether the complainant consented to the sexual activity. The trial Crown argued that consent was absent because the complainant both did not consent and was incapable of consenting. Acceptance of either argument would establish the absence of consent and therefore the *actus reus* of sexual assault. Before this Court, the Crown submits that the trial judge did not, therefore, err by addressing consent and capacity together throughout his reasons.

[23] The respondents, however, argue that incapacity *vitiates* the complainant's voluntary agreement to the sexual activity in question. As such, the trial judge needed to engage in the two-step process set out by *Hutchinson*, first determining if the complainant actually consented, and only then proceeding to consider whether that consent was vitiated by incapacity. The respondents argue that, by blending his assessments of consent and capacity throughout his reasons, the trial judge erred in failing to follow this two-step process.

[24] I cannot agree. In my view, where the complainant is incapable of consenting, there can be no finding of fact that the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question. In other words, the capacity to consent is a necessary — but not sufficient — precondition to the complainant's subjective consent. As I shall explain, this is distinct from circumstances where a person may provide subjective consent that is not legally effective, due to, for example, duress or fraud. Thus, when a trial engages both the issues of whether the complainant was capable of consenting and whether the complainant did agree to the sexual activity in question, the trial judge is not necessarily required to address them separately or in any particular order as they both go to the complainant's subjective consent to sexual activity.

(1) The Role of Consent in the Offence of Sexual Assault

[25] The *actus reus* of sexual assault requires the Crown to establish three things: (i) touching; (ii) of

[22] L'enjeu du procès portait sur la question de savoir si la plaignante a consenti à l'activité sexuelle. La Couronne a soutenu qu'il n'y avait pas eu consentement parce que la plaignante n'avait pas consenti et était incapable de le faire. L'acceptation de l'un de ces arguments établirait l'absence de consentement et donc l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Devant notre Cour, la Couronne fait valoir que le juge du procès n'a pas, par conséquent, commis d'erreur en analysant le consentement et la capacité ensemble dans ses motifs.

[23] Les intimés, toutefois, soutiennent que l'incapacité *vicie* l'accord volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle. Par conséquent, le juge du procès devait procéder à l'analyse en deux étapes énoncée dans l'arrêt *Hutchinson*, d'abord en établissant si la plaignante avait effectivement consenti et en se demandant ensuite, et seulement à ce moment, si ce consentement était vicié par l'incapacité. Selon les intimés, en fusionnant son appréciation du consentement et celle de la capacité dans ses motifs, le juge du procès a commis une erreur car il a omis d'effectuer cette analyse en deux étapes.

[24] Je ne suis pas de cet avis. Selon moi, lorsque la plaignante est incapable de consentir, il ne peut y avoir de conclusion de fait selon laquelle elle a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle. Autrement dit, la capacité de consentir est une condition préalable nécessaire — mais insuffisante — au consentement subjectif de la plaignante. Comme je l'expliquerai, cela se distingue des circonstances où une personne peut donner un consentement subjectif qui n'est pas légalement valable, notamment en raison de la contrainte ou de la fraude. Par conséquent, lorsque le procès porte à la fois sur la question de savoir si la plaignante était capable de consentir et sur celle de savoir si elle a donné son accord à l'activité sexuelle, le juge du procès n'est pas nécessairement tenu de les examiner séparément ou dans un ordre particulier, car l'une comme l'autre porte sur le consentement subjectif de la plaignante à l'activité sexuelle.

(1) Le rôle du consentement dans l'infraction d'agression sexuelle

[25] L'*actus reus* de l'agression sexuelle exige que la Couronne établisse trois éléments : i) les

an objectively sexual nature; (iii) to which the complainant did not consent: *Ewanchuk*, at para. 25; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293. The first two elements are determined objectively, while the third element is subjective and determined by reference to the complainant's internal state of mind towards the touching: *Ewanchuk*, at paras. 25-26. At the *mens rea* stage, the Crown must show that (i) the accused intentionally touched the complainant; and (ii) the accused knew that the complainant was not consenting, or was reckless or wilfully blind as to the absence of consent: *Ewanchuk*, at para. 42. The accused's perception of consent is examined as part of the *mens rea*, including the defence of honest but mistaken belief in communicated consent: *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 90.

[26] This appeal concerns the third element of the *actus reus*, requiring the absence of consent.

[27] Parliament has provided a broad definition of consent for the purposes of sexual assault, sexual assault with a weapon or causing bodily harm, and aggravated sexual assault in s. 273.1(1) of the *Criminal Code*:

Meaning of consent

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), **consent** means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

[28] This definition is subject to two other provisions in the *Criminal Code*, ss. 273.1(2) and 265(3):

No consent obtained

273.1 (2) For the purpose of subsection (1), no consent is obtained if

- (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

attouchements; ii) d'une nature objectivement sexuelle; iii) auxquels la plaignante n'a pas consenti : *Ewanchuk*, par. 25; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293. Les deux premiers éléments sont établis objectivement, tandis que le troisième est subjectif et déterminé par rapport à l'état d'esprit dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements : *Ewanchuk*, par. 25-26. À l'étape de la *mens rea*, la Couronne doit prouver que i) l'accusé avait l'intention de se livrer à des attouchements sur la plaignante; et ii) l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas, ou il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non, ou a fait preuve d'aveuglement volontaire à cet égard : *Ewanchuk*, par. 42. La perception qu'avait l'accusé du consentement est examinée dans le cadre de la *mens rea*, notamment la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué : *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 90.

[26] Le présent pourvoi porte sur le troisième élément de l'*actus reus*, qui exige l'absence de consentement.

[27] Le législateur a prévu une définition générale du consentement en matière d'agression sexuelle, d'agression sexuelle armée ou causant des lésions corporelles et d'agression sexuelle grave, au par. 273.1(1) du *Code criminel* :

Définition de consentement

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le **consentement** consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.

[28] Cette définition est assujettie à deux autres dispositions du *Code criminel*, les par. 273.1(2) et 265(3) :

Restriction de la notion de consentement

273.1 (2) Pour l'application du paragraphe (1), il n'y a pas de consentement du plaignant dans les circonstances suivantes :

- a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

(a.1) the complainant is unconscious;

(b) the complainant is incapable of consenting to the activity for any reason other than the one referred to in paragraph (a.1);

(c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

(d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

(e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

Consent

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

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

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

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

[29] Turning first to s. 273.1(1), consent is defined as “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. This Court’s jurisprudence establishes that whether or not the complainant consented is a purely subjective analysis, determined by reference to the complainant’s internal state of mind at the time of the touching: *Ewanchuk*, at paras. 26-27; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at paras. 34 and 43-44. At the *actus reus* stage, consent means that the complainant, in their mind, agreed to the sexual touching taking place: *Ewanchuk*, at para. 48; *J.A.*, at para. 23; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 16, per L’Heureux-Dubé J.; *Barton*, at para. 89; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, at para. 44. Consent requires “the conscious agreement

a.1) il est inconscient;

b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l’alinéa a.1);

c) l’accusé l’incite à l’activité par abus de confiance ou de pouvoir;

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité;

e) après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci.

Consentement

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

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

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

c) soit de la fraude;

d) soit de l’exercice de l’autorité.

[29] En ce qui concerne tout d’abord le par. 273.1(1), le consentement s’entend de « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ». Selon la jurisprudence de la Cour, l’analyse de la question de savoir si la plaignante a consenti ou non est purement subjective, et déterminée par rapport à l’état d’esprit dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l’égard des attouchements, lorsqu’ils ont eu lieu : *Ewanchuk*, par. 26-27; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 34 et 43-44. À l’étape de l’*actus reus*, le consentement signifie que, dans son esprit, la plaignante a accepté que les attouchements sexuels aient lieu : *Ewanchuk*, par. 48; *J.A.*, par. 23; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 16, la juge L’Heureux-Dubé; *Barton*, par. 89; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3,

of the complainant to engage in every sexual act in a particular encounter”: *J.A.*, at para. 31; see also para. 34. Furthermore, consent is not considered in the abstract but rather must be linked to the sexual activity in question. In *Hutchinson*, the Court explained that “the sexual activity in question” involves only the physical act, its sexual nature, and the specific identity of the complainant’s partner or partners: paras. 54-57. To provide consent, therefore, the complainant must subjectively agree to the act, its sexual nature, and the specific identity of their partner or partners: *Barton*, at para. 88.

[30] This Court’s jurisprudence is replete with a variety of terms to refer to different aspects of consent. While the *Criminal Code* simply speaks of “consent” (ss. 265 and 273.1(1)), this Court has variously talked about “meaningful consent” (*J.A.*, at para. 36), “true consent” (*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 127), “apparent consent” (*Ewanchuk*, at para. 36; *Hutchinson*, at para. 4), and “subjective consent” (*Hutchinson*, at para. 37).

[31] As I will explain, there are two aspects to the overarching concept of consent, the absence of which is an essential element of the offence of sexual assault. The first is what this Court has called “apparent consent” or “subjective consent”: see *Hutchinson*, at paras. 4 and 37. That aspect relates to the factual findings of the trier of fact about whether the complainant subjectively and voluntarily agreed to the sexual activity in question. If the trier of fact finds that there was no such agreement, the *actus reus* of sexual assault will be established.

[32] While this Court has previously used “subjective consent” and “apparent consent” seemingly interchangeably, the term “apparent consent” is not consonant with the fact that consent is a subjective assessment of the complainant’s personal state of mind. Considerations of what may be “apparent” are not relevant, coming dangerously close to reinjecting into our sexual assault law the long rejected concept of implied consent. I prefer the term “subjective

par. 44. Le consentement nécessite « l’accord volontaire du plaignant à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise » : *J.A.*, par. 31; voir aussi par. 34. De plus, le consentement n’est pas examiné dans l’abstrait; il doit plutôt se rattacher à l’activité sexuelle. Dans l’arrêt *Hutchinson*, la Cour a expliqué que « l’activité sexuelle » ne vise que l’acte sexuel, la nature sexuelle de cet acte et l’identité précise du ou des partenaires de la plaignante : par. 54-57. Par conséquent, pour qu’il y ait consentement, la plaignante doit subjectivement consentir à l’acte, à sa nature sexuelle et à l’identité précise de son ou de ses partenaires : *Barton*, par. 88.

[30] La jurisprudence de la Cour regorge d’un éventail d’expressions pour désigner différents aspects du consentement. Bien que le *Code criminel* renvoie simplement au « consentement » (art. 265 et par. 273.1(1)), la Cour a parlé du « véritable consentement » (*J.A.*, par. 36), du « consentement véritable » (*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 127), du « consentement apparent » (*Ewanchuk*, par. 36; *Hutchinson*, par. 4) et du « consentement subjectif » (*Hutchinson*, par. 37).

[31] Comme je l’explique plus loin, il y a deux aspects au concept global de consentement, dont l’absence constitue un élément essentiel de l’infraction d’agression sexuelle. Le premier aspect est ce que notre Cour a appelé le « consentement apparent » ou « consentement subjectif » : voir *Hutchinson*, par. 4 et 37. Il concerne les conclusions factuelles tirées par le juge des faits concernant la question de savoir si la plaignante a subjectivement et volontairement donné son accord à l’activité sexuelle. Si le juge des faits arrive à la conclusion qu’aucun accord de cette nature n’existait, l’*actus reus* de l’agression sexuelle sera établi.

[32] Bien que notre Cour ait déjà utilisé les expressions « consentement subjectif » et « consentement apparent » d’une façon qui semble interchangeable, cette dernière expression n’est pas compatible avec le fait que le consentement commande une appréciation subjective de l’état d’esprit personnel de la plaignante. Les considérations concernant ce qui peut être « apparent » ne sont pas pertinentes, car elles risquent de réintroduire dans le droit canadien

consent” which more accurately conveys what is required by the *Criminal Code* and our jurisprudence for a complainant, in their own mind, to provide “voluntary agreement . . . [to] the sexual activity in question”.

[33] If the complainant did not subjectively consent (for whatever reason) then the *actus reus* is established. However, the presence of subjective consent, or a reasonable doubt as to subjective consent, does not necessarily end the matter and result in an acquittal. There is a second aspect to “consent” for the purposes of the *actus reus* of sexual assault — subjective consent must also be effective “as a matter of law”: *Ewanchuk*, at paras. 36-40; see also *R. v. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 260 O.A.C. 161, at para. 15. Another way of framing that question is to ask whether the subjective consent has been vitiated.

[34] Whether subjective consent will not be legally effective is ultimately a matter of policy. The law steps in to say that despite the complainant’s subjective agreement, it will not be given legal effect. Sometimes, the policy that vitiates consent comes from the common law.¹ Other times, the policy is codified. In the context of sexual assault, the *Criminal Code* sets out a series of factors that will vitiate subjective consent in ss. 265(3) and 273.1(2).

[35] Section 265(3) sets out four factors that will vitiate subjective consent to sexual activity. Subjective consent will not be given legal effect where it is the product of force, threats or fear of force, certain types of fraud, or the exercise of authority: s. 265(3)(a) to (d). Section 273.1(2)(c) also vitiates subjective consent where the complainant is induced into sexual activity by the accused abusing

relatif aux agressions sexuelles le concept du consentement implicite, rejeté depuis longtemps. Je préfère l’expression « consentement subjectif », qui dépeint de façon plus juste ce qu’exigent le *Code criminel* et notre jurisprudence pour que la plaignante donne, dans son esprit, un « accord volontaire [. . .] à l’activité sexuelle ».

[33] Si la plaignante n’a pas consenti subjectivement à l’activité (pour quelque raison que ce soit), l’*actus reus* est alors établi. Toutefois, la présence d’un consentement subjectif, ou d’un doute raisonnable quant à un tel consentement, ne met pas nécessairement fin à l’affaire en donnant lieu à un acquittement. Il y a un deuxième aspect au « consentement » pour les fins de l’*actus reus* de l’agression sexuelle — le consentement subjectif doit également être valide « en droit » : *Ewanchuk*, par. 36-40; voir aussi *R. c. Lutoslawski*, 2010 ONCA 207, 260 O.A.C. 161, par. 15. Une autre façon de formuler la question est de se demander si le consentement subjectif a été vicié.

[34] La question de savoir si le consentement subjectif sera invalide en droit est ultimement une question d’intérêt public. À ce sujet, le droit prévoit que malgré l’accord subjectif de la plaignante, il est possible que celui-ci ne puisse pas être valide en droit. Parfois, le principe qui prévoit la viciation du consentement provient de la common law². Dans d’autres cas, le principe est prévu par la loi. Dans le contexte d’une agression sexuelle, le *Code criminel* énonce aux par. 265(3) et 273.1(2) une série de facteurs qui vicieront le consentement subjectif.

[35] Le paragraphe 265(3) indique quatre facteurs qui vicieront le consentement subjectif à une activité sexuelle. Le consentement subjectif ne peut être valide en droit s’il résulte de l’emploi de la force, de menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi, de certains types de fraudes ou de l’exercice de l’autorité : al. 265(3)a) à d). L’alinéa 273.1(2)c) prévoit aussi que le consentement subjectif est vicié

¹ In *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, for example, this Court explained that the common law vitiates subjective consent to a fist-fight where bodily harm is both intended and caused: see also *R. v. Paice*, 2005 SCC 22, [2005] 1 S.C.R. 339.

² Dans l’arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, par exemple, la Cour a expliqué que la common law prévoit que le consentement subjectif à une bagarre à coups de poing est vicié lorsque des lésions corporelles sont voulues et causées : voir aussi *R. c. Paice*, 2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339.

a position of trust, power, or authority: *Hutchinson*, at para. 4. When subjective consent is the product of these factors, the complainant has been deprived of control over who touches their body, and how, and there is no consent in law: *Ewanchuk*, at paras. 28 and 37-39; *Saint-Laurent v. Héту*, [1994] R.J.Q. 69 (C.A.), per Fish J.A.

[36] However, these factors do not *prevent* subjective consent. Rather, they recognize that even if the complainant has permitted the sexual activity in question, there are circumstances in which that subjective consent will be vitiated — deemed of no force or effect. The distinction between preventing subjective consent and rendering it ineffective may be subtle, but it is important. A factor that prevents subjective consent must logically be linked to what subjective consent requires. Conversely, a factor that vitiates subjective consent is not tethered to the conditions of subjective consent and must find footing and justification in broader policy considerations.

[37] The example of fraud demonstrates this distinction. Depending on the type, fraud can do one of three things: it can prevent subjective consent, it can vitiate subjective consent, or it can simply not relate to the legal analysis of consent at all.

[38] Fraud that prevents subjective consent must be inherently linked to the conditions of subjective consent. For example, subjective consent requires agreement to the act being done by the specific person the complainant thinks is doing it: *Hutchinson*, at para. 57. If, as a result of fraud, the complainant engages in sexual activity with someone other than the person they think they are with, then there is no subjective consent because the conditions for subjective consent are not met: *Hutchinson*, at paras. 57-63. However, at the *actus reus* stage, a simple mistake has the same effect. A complainant does not consent “to the sexual activity in question” when the complainant mistakenly engages in sexual activity with the wrong person: see, e.g., *R. v. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, at paras. 20-24.

lorsque l’accusé incite la plaignante à l’activité sexuelle par abus de confiance ou de pouvoir : *Hutchinson*, par. 4. Lorsque le consentement subjectif résulte de ces facteurs, la plaignante a été privée du pouvoir de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon, et le consentement n’est pas valide en droit : *Ewanchuk*, par. 28 et 37-39; *Saint-Laurent c. Héту*, [1994] R.J.Q. 69 (C.A.), le juge Fish.

[36] Toutefois, ces facteurs *n’empêchent* pas qu’il y ait consentement subjectif. Ils dénotent plutôt que, même si la plaignante a permis l’activité sexuelle, il existe des circonstances où ce consentement subjectif sera vicié — c’est-à-dire réputé nul et sans effet. La distinction entre empêcher qu’il y ait consentement subjectif et le rendre invalide est peut-être subtile, mais elle est importante. Un facteur qui empêche qu’il y ait consentement subjectif doit logiquement être lié à ce qu’exige le consentement subjectif. À l’inverse, un facteur qui vicie le consentement subjectif n’a aucun lien avec les conditions du consentement subjectif et doit trouver appui dans des considérations plus larges d’intérêt public, et être justifié par celles-ci.

[37] L’exemple de la fraude met cette distinction en évidence. Selon le type de fraude, il peut y avoir trois conséquences : elle peut empêcher qu’il y ait consentement subjectif, elle peut le vicier, ou elle peut simplement n’avoir aucun lien avec l’analyse juridique du consentement.

[38] La fraude qui empêche qu’il y ait consentement subjectif doit être intrinsèquement liée aux conditions du consentement subjectif. Par exemple, le consentement subjectif exige que la plaignante consente à l’identité précise de la personne qui pose l’acte : *Hutchinson*, par. 57. Si, par suite d’une fraude, la plaignante se livre à une activité sexuelle avec une personne autre que celle avec laquelle elle croit être, il n’y a alors pas de consentement subjectif parce que les conditions du consentement subjectif ne sont pas réunies : *Hutchinson*, par. 57-63. Cependant, à l’étape de l’*actus reus*, une simple erreur a le même effet. Une plaignante ne consent pas à « l’activité sexuelle » lorsqu’elle se livre par erreur à une activité sexuelle avec la mauvaise personne : voir, p. ex., *R. c. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, par. 20-24.

[39] Fraud that is not tied to the conditions for subjective consent cannot logically prevent subjective consent from forming but can vitiate subjective consent. Thus s. 265(3)(c) captures fraud that relates to something other than the “sexual activity in question”: *Hutchinson*, at para. 55. As a matter of criminal policy though, fraud that vitiates consent is held to a far higher standard than fraud that prevents consent. While fraud preventing consent is interchangeable with a mistake, fraud will only vitiate consent where it entails the “reprehensible character of criminal acts”: *Cuerrier*, at para. 133; see also *Hutchinson*, at para. 42.

[40] If a fraud is not linked to the conditions for subjective consent *and* does not entail the reprehensible character of criminal acts, then it will not affect the legal analysis of consent in any way. That is why lying about matters such as one’s profession or net worth may be immoral, but it is not criminal: *Cuerrier*, at paras. 133-35.

[41] Fraud thus demonstrates the distinction between factors that prevent subjective consent, factors that vitiate it, and factors that do not relate to the legal analysis of consent. To prevent subjective consent, the factor must prevent a condition of subjective consent from being satisfied. If it does not then it can only vitiate consent, which entails questions of broad criminal law policy untethered from the conditions of subjective consent. If the answers to those questions do not justify the heavy hand of the criminal law then the factor does not relate to the legal analysis of consent.

[42] The respondents, with the support of the interveners, argue that incapacity vitiates rather than prevents subjective consent. I reject this proposition for three reasons.

[43] First, capacity must be understood as a precondition to subjective consent as a matter of logic. Subjective consent requires the complainant to

[39] La fraude qui n’est pas liée aux conditions pour qu’il y ait consentement subjectif ne peut pas logiquement empêcher qu’un tel consentement se forme, mais peut le vicier. Par conséquent, l’al. 265(3)c) vise la fraude qui se rapporte à autre chose qu’à « l’activité sexuelle » : *Hutchinson*, par. 55. Sur le plan de la politique criminelle, toutefois, la fraude qui vicie le consentement est soumise à une norme beaucoup plus exigeante que la fraude qui empêche le consentement. Bien que cette dernière soit interchangeable avec une erreur, la fraude ne viciera le consentement que lorsqu’elle comporte le « caractère répréhensible d’un acte criminel » : *Cuerrier*, par. 133; voir aussi *Hutchinson*, par. 42.

[40] Si la fraude n’est pas liée aux conditions pour qu’il y ait consentement subjectif *et* ne comporte pas le caractère répréhensible d’un acte criminel, elle n’aura aucun effet sur l’analyse juridique du consentement. C’est pourquoi le fait de mentir au sujet de questions comme sa profession ou la valeur nette de ses avoirs est peut-être immoral, mais ce n’est pas criminel : *Cuerrier*, par. 133-135.

[41] La fraude met donc en évidence la distinction entre les facteurs qui empêchent le consentement subjectif, les facteurs qui le vicient et les facteurs qui ne se rapportent pas à l’analyse juridique du consentement. Pour empêcher qu’il y ait consentement subjectif, le facteur doit empêcher qu’une condition relative au consentement subjectif soit respectée. Si tel n’est pas le cas, il ne peut que vicier le consentement, ce qui implique des questions générales de politique en matière de droit criminel sans rapport avec les conditions relatives au consentement subjectif. Si les réponses à ces questions ne justifient pas les lourdes conséquences du droit criminel, alors le facteur ne se rapporte pas à l’analyse juridique du consentement.

[42] Les intimés, avec l’appui de l’intervenante, soutiennent que l’incapacité vicie le consentement subjectif plutôt qu’elle ne l’empêche. Je rejette cette affirmation pour trois raisons.

[43] D’abord, la capacité doit logiquement être interprétée comme une condition préalable au consentement subjectif. Ce dernier exige que la plaignante

formulate a conscious agreement in their own mind to engage in the sexual activity in question: *J.A.*, at paras. 31, 36 and 45; *Barton*, at para. 88. It naturally follows that the complainant must be *capable* of forming such an agreement.

[44] Second, incapacity as a vitiating factor would be inconsistent with the structure of the *Criminal Code*. The definition of consent for the purposes of sexual assault in s. 273.1(1) is “[s]ubject to” ss. 265(3) and 273.1(2), which set out circumstances where “no consent is obtained”. Section 265(3) is a purely vitiating provision, whereas s. 273.1(2) is multi-faceted, primarily serving to clarify the broad definition of “consent” in s. 273.1(1): *J.A.*, at para. 29. Only s. 273.1(2)(c) vitiates consent, where the complainant’s induced agreement by reason of an abuse of power, trust, or authority is deemed ineffective in law: *Hutchinson*, at para. 4; *R. v. Snelgrove*, 2019 SCC 16, [2019] 2 S.C.R. 98, at paras. 3-4. The other factors in s. 273.1(2) appear to clarify what subjective consent requires. It cannot be said that a complainant who expresses a lack of agreement has subjectively consented: s. 273.1(2)(d) and (e). Similarly, there can be no subjective consent to vitiate if the agreement comes from a third-party rather than the complainant: s. 273.1(2)(a). In *J.A.*, this Court, in determining that the agreement must be contemporaneous to the touching, rejected the suggestion that unconsciousness, under what is now s. 273.1(2)(a.1), vitiates consent: para. 33. In my view, incapacity under s. 273.1(2)(b) is another clarifying provision. Like unconsciousness, incapacity deprives the complainant of the ability to formulate a subjective agreement: *J.A.*, at para. 33. An incapacitated complainant cannot provide voluntary agreement to the sexual activity in question and therefore cannot provide subjective consent.

[45] The third and final reason comes from the need for certainty in the criminal law. Capacity as a precondition to subjective consent provides certainty because it is inextricably linked to what subjective

formule en son for intérieur un accord volontaire à l’activité sexuelle : *J.A.*, par. 31, 36 et 45; *Barton*, par. 88. Il s’ensuit naturellement que la plaignante doit être *capable* de former un tel accord.

[44] Ensuite, l’incapacité en tant que facteur viciant le consentement serait incompatible avec la structure du *Code criminel*. La définition du consentement dans le contexte d’une agression sexuelle, prévue au par. 273.1(1), est donnée « [s]ous réserve » du par. 265(3), qui prévoit les circonstances où les éléments « ne constitue[nt] pas un consentement », et du par. 273.1(2), qui prévoit les circonstances où « il n’y a pas de consentement du plaignant ». Le paragraphe 265(3) énonce uniquement des facteurs viciant le consentement, tandis que le par. 273.1(2) comporte de multiples facettes, qui servent principalement à préciser la définition générale de « consentement » du par. 273.1(1) : *J.A.*, par. 29. Seule la situation prévue à l’al. 273.1(2)c) vicie le consentement, soit celle où le consentement de la plaignante obtenu par abus de confiance ou de pouvoir est présumé invalide en droit : *Hutchinson*, par. 4; *R. c. Snelgrove*, 2019 CSC 16, [2019] 2 R.C.S. 98, par. 3-4. Les autres facteurs indiqués au par. 273.1(2) semblent préciser ce qu’exige le consentement subjectif. On ne saurait affirmer que la plaignante qui manifeste l’absence d’accord a subjectivement consenti : al. 273.1(2)d) et e). De même, il n’y a aucun consentement subjectif susceptible d’être vicié si l’accord provient d’un tiers : al. 273.1(2)a). Dans l’arrêt *J.A.*, notre Cour, lorsqu’elle a établi que l’accord doit être concomitant aux attouchements, a rejeté la thèse selon laquelle l’inconscience, qui est maintenant prévue à l’al. 273.1(2)a.1), vicie le consentement : par. 33. À mon avis, l’incapacité visée à l’al. 273.1(2)b) est une autre disposition apportant des précisions. Comme l’inconscience, l’incapacité prive la plaignante de la capacité de formuler un accord subjectif : *J.A.*, par. 33. La plaignante privée de sa capacité ne peut donner un accord volontaire à l’activité sexuelle et ne peut donc pas donner un consentement subjectif.

[45] La troisième et dernière raison provient du besoin de certitude en droit criminel. La capacité en tant que condition préalable au consentement subjectif assure cette certitude parce qu’elle est

consent requires: contemporaneous voluntary agreement to the sexual activity in question. Capacity to consent requires that the complainant be capable of understanding what is required for subjective consent — no more, no less.

[46] Conversely, incapacity as a vitiating factor would bring with it a host of uncertainties. Untethered from the conditions for consent, an incapacity assessment would need to say that even though the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question, at some undefined point their decision-making process was so impaired that subjective consent was no longer effective. This would inject significant uncertainty into the task of establishing the *actus reus* of sexual assault; the blunt tool of the criminal law is poorly suited to such a delicate task as determining at what point a complainant has made an impaired but free and voluntary choice. Further difficulties and uncertainty would arise at the *mens rea* stage where the accused's awareness of the complainant's impaired decision-making process would need to be assessed.

[47] For these reasons, it must be that the capacity to consent is a precondition to subjective consent. It is not a matter of vitiating. If the Crown proves beyond a reasonable doubt that the complainant did not have an operating mind capable of consenting, or did not agree to the sexual activity in question, then the Crown has proven a lack of subjective consent and the *actus reus* is established.

[48] Despite these reasons why capacity to consent must be understood as a precondition to subjective consent, the Court of Appeal, like the respondents and the interveners, understood incapacity to be a vitiating factor. As such, they relied on *Hutchinson* for the proposition that a trial judge must consider whether the complainant provided subjective consent first and separately from the issue of the complainant's capacity to consent. Specifically, they read para. 4 of *Hutchinson* as setting out a "two-step process" that the trial judge must follow.

inextricablement liée à ce qu'exige le consentement subjectif : l'accord volontaire concomitant à l'activité sexuelle. La capacité à consentir exige que la plaignante soit capable de comprendre ce qui est nécessaire pour qu'il y ait consentement subjectif — ni plus, ni moins.

[46] Inversement, l'incapacité en tant que facteur viciant le consentement serait accompagnée d'une série d'incertitudes. Sans lien avec les conditions pour qu'il y ait consentement, l'appréciation de l'incapacité devrait mener à la conclusion que, même si la plaignante a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle, à un certain moment son processus décisionnel était si affaibli que le consentement subjectif n'était plus valide. Cela apporterait beaucoup d'incertitude à la tâche d'établir l'*actus reus* de l'agression sexuelle; l'outil brut du droit criminel n'est pas adapté à la délicate tâche de déterminer à quel moment la plaignante a fait un choix libre et volontaire alors que ses capacités étaient affaiblies. D'autres difficultés et incertitudes pourraient survenir à l'étape de la *mens rea* lorsqu'il faudrait évaluer si l'accusé était conscient du fait que le processus décisionnel de la plaignante était affaibli.

[47] Pour ces motifs, la capacité de consentir doit être une condition préalable au consentement subjectif. Il ne s'agit pas d'une question de viciation. Si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'était pas capable de donner son consentement ou n'a pas donné son accord à l'activité sexuelle, elle a alors prouvé l'absence de consentement subjectif et l'*actus reus* est établi.

[48] Malgré ces raisons pour lesquelles la capacité à consentir doit être considérée comme une condition préalable au consentement subjectif, la Cour d'appel, comme les intimés et l'intervenante, considère que l'incapacité est un facteur viciant le consentement. Ainsi, ils se sont fondés sur l'arrêt *Hutchinson* pour affirmer que le juge du procès doit se demander si la plaignante a donné un consentement subjectif en premier lieu et séparément de la question de la capacité de la plaignante à consentir. Plus précisément, ils ont interprété le par. 4 de l'arrêt *Hutchinson* comme énonçant une « analyse en deux étapes » que doit suivre le juge du procès.

[49] Paragraph 4 of *Hutchinson* does not relate to incapacity in any way. That paragraph reads as follows:

The *Criminal Code* sets out a two-step process for analyzing consent to sexual activity. The first step is to determine whether the evidence establishes that there was no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1). If the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about the lack of consent, the second step is to consider whether there are any circumstances that may vitiate her apparent consent. Section 265(3) defines a series of conditions under which the law deems an absence of consent, notwithstanding the complainant’s ostensible consent or participation: *Ewanchuk*, at para. 36. Section 273.1(2) also lists conditions under which no consent is obtained. For example, no consent is obtained in circumstances of coercion (s. 265(3)(a) and (b)), fraud (s. 265(3)(c)), or abuse of trust or authority (ss. 265(3)(d) and 273.1(2)(c)).

[50] This introductory paragraph does not contain any novel or controversial propositions of law. The sequential operation of subjective consent (“apparent consent”, in the language of *Hutchinson*) and whether that subjective consent is effective in law has always formed the common law of assault and is continued by the *Criminal Code*: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at pp. 731-32. Paragraph 4 of *Hutchinson* is merely summarizing the process that “[t]he *Criminal Code* sets out”. It is nothing more than a concise description of the two aspects of consent when both subjective consent and effective consent are at issue. *Hutchinson* dealt with whether fraud by sabotaging a condom related to the “sexual activity in question” such that there was no subjective consent — or whether it vitiated consent. It has nothing to do with incapacity, does not engage in the issue, and does not suggest that incapacity to consent must be viewed as a vitiating factor.

[49] Le paragraphe 4 de l’arrêt *Hutchinson* ne se rapporte aucunement à l’incapacité. Il se lit comme suit :

Le *Code criminel* établit une analyse en deux étapes pour décider s’il y a eu consentement à une activité sexuelle. La première étape consiste à déterminer si la preuve démontre l’absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1). Si le plaignant a consenti, ou encore si son comportement fait naître un doute raisonnable quant à l’absence de consentement, il faut passer à la seconde étape et se demander s’il existe des circonstances ayant pu viciar le consentement apparent. Le paragraphe 265(3) énumère une série de situations dans lesquelles le droit considère qu’il y a eu absence de consentement, et ce, malgré la participation ou le consentement apparent du plaignant : *Ewanchuk*, par. 36. Le paragraphe 273.1(2) dresse une autre liste de situations où il y a absence de consentement. Par exemple, il ne saurait y avoir eu consentement dans les cas où celui-ci a été obtenu par la contrainte (al. 265(3)a) et b)), la fraude (al. 265(3)c)) ou encore un abus de confiance ou de pouvoir (al. 265(3)d) et 273.1(2)c)).

[50] Ce paragraphe introductif ne contient aucun énoncé de droit nouveau ou controversé. La séquence du consentement subjectif (« consentement apparent », selon la formulation utilisée dans l’arrêt *Hutchinson*) et de la validité du consentement subjectif en droit a toujours constitué le fondement de la common law en matière d’agression et a été reprise dans le *Code criminel* : *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 731-732. Le paragraphe 4 de l’arrêt *Hutchinson* ne fait que résumer le processus que « [l]e *Code criminel* établit ». Ce n’est rien de plus qu’une description concise des deux aspects du consentement lorsqu’il est question à la fois du consentement subjectif et du consentement valide. L’arrêt *Hutchinson* portait sur la question de savoir si la fraude consistant à saboter un condom était liée à « l’activité sexuelle » de sorte qu’il n’y a pas eu de consentement subjectif — ou si elle viciait le consentement. Cet arrêt n’a rien à voir avec l’incapacité, ne procède pas à l’analyse de la question et ne laisse pas entendre que l’incapacité de consentir doit être considérée comme un facteur viciant le consentement.

[51] Further, *Hutchinson* does not mandate that the different aspects of subjective consent be considered in any rigid order. While a complainant logically must be capable of consenting before there can be a factual finding that they did consent, a trial judge may be faced with evidence that the complainant was incapable of consenting and also did not agree to the sexual activity in question, and a finding of either will establish a lack of subjective consent. While in some cases it may be more respectful of a complainant's dignity to first address whether the complainant agreed to the sexual activity in question (see J. Benedet and I. Grant, "Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities: Consent, Capacity, and Mistaken Belief" (2007), 52 *McGill L.J.* 243, at p. 270), there is no strict requirement for a trial judge to consider one before or after the other.

[52] Similarly, *Hutchinson* should not be read as imposing a strict order-of-operations upon triers of fact when considering both subjective consent and whether that consent is effective in law. While it may usually make analytical sense to consider subjective consent first and legal effectiveness second, a trial judge will not necessarily err if they do not follow this order. There may be clear evidence that any subjective consent is vitiated. For example, if a complainant is forced into sexual activity by threats of violence, it would hardly be reversible error for a trial judge to find that there could not be effective consent in law, even if there was subjective consent.

[53] In sum, a finding of subjective consent requires both that the complainant was capable of consenting and did agree to the sexual activity. Finding that a complainant was either incapable of consenting or did not agree to the sexual activity in question will establish a lack of subjective consent. These two aspects of subjective consent do not need to be considered in any rigid order. Only if subjective consent exists, or if there is a reasonable doubt as to

[51] De plus, l'arrêt *Hutchinson* n'exige pas que les différents aspects du consentement subjectif soient examinés dans un ordre rigoureux. Bien qu'en toute logique, une plaignante doive être capable de consentir pour qu'il soit possible de conclure dans les faits qu'elle a consenti, un juge du procès peut être saisi d'éléments de preuve indiquant que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle n'a pas non plus donné son accord à l'activité sexuelle, et l'une ou l'autre de ces conclusions établira l'absence de consentement subjectif. Même si dans certains cas, il peut être plus respectueux à l'égard de la dignité de la plaignante de se pencher d'abord sur la question de savoir si elle a donné son accord à l'activité sexuelle (voir J. Benedet et I. Grant, « Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities : Consent, Capacity, and Mistaken Belief » (2007), 52 *R.D. McGill* 243, p. 270), aucune exigence stricte n'oblige le juge du procès à examiner un aspect avant ou après l'autre.

[52] De même, il ne faut pas considérer l'arrêt *Hutchinson* comme imposant au juge des faits un ordre strict des opérations lorsqu'il examine la question du consentement subjectif et celle de la validité du consentement en droit. Bien qu'il soit habituellement logique au sens analytique d'aborder en premier lieu le consentement subjectif et ensuite la validité du consentement en droit, le juge du procès ne commettra pas nécessairement une erreur s'il ne suit pas cet ordre. Il peut y avoir une preuve claire que le consentement subjectif est vicié. Par exemple, si une plaignante a été contrainte de se livrer à une activité sexuelle par des menaces de violence, on peut difficilement qualifier d'erreur susceptible de révision le fait que le juge du procès conclue qu'il ne pouvait y avoir de consentement valide en droit, même s'il y avait consentement subjectif.

[53] Bref, pour conclure à l'existence d'un consentement subjectif, il faut que la plaignante ait été capable de consentir et qu'elle ait donné son accord à l'activité sexuelle. Une conclusion selon laquelle la plaignante était incapable de consentir ou n'a pas donné son accord à l'activité sexuelle établira l'absence de consentement subjectif. Il n'est pas nécessaire que ces deux aspects du consentement subjectif soient examinés dans un ordre strict. Ce n'est que si

subjective consent, does a trier of fact need to go on and ask whether that consent was vitiated.

[54] The question of whether a complainant had the capacity to consent will not always be at issue; nor will the question of whether subjective consent was vitiated always be at issue. Such questions are driven by the facts and context of each individual case.

(2) The Four Requirements for Capacity

[55] As capacity is a precondition to subjective consent, the requirements for capacity are tied to the requirements for subjective consent itself. Since subjective consent must be linked to the sexual activity in question, the capacity to consent requires that the complainant have an operating mind capable of understanding each element of the sexual activity in question: the physical act, its sexual nature, and the specific identity of their partner: *Barton*, at para. 88; *Hutchinson*, at paras. 54-57.

[56] There is one further requirement. Because subjective consent requires a “voluntary agreement”, the complainant must be capable of understanding that they have a choice of whether or not to engage in the sexual activity in question: *Criminal Code*, s. 273.1(1). At the very least, a voluntary agreement would require that the complainant exercise a choice to engage in the sexual activity in question. In this narrow sense, in order to voluntarily agree to the sexual activity in question, the complainant must understand that saying “No” is an option. In *J.A.*, this Court held that consent requires that the complainant have “an operating mind” at the time of the touching, capable of evaluating each sexual act and choosing whether or not to consent to it: paras. 36 and 43-44. Thus, an unconscious complainant could not provide contemporaneous consent. It follows that where the complainant is *incapable* of understanding that they have this choice to engage or refuse to engage, they are incapable of consenting. Accordingly, a complainant who is unable to say no, or who believes they have no choice in the matter, is not capable of formulating subjective consent: see *R. v. Al-Rawi*,

le consentement subjectif existe, ou s’il y a un doute raisonnable quant à celui-ci, que le juge des faits doit aller plus loin et chercher à savoir si ce consentement était vicié.

[54] La question de savoir si la plaignante avait la capacité de consentir ne sera pas toujours en litige, pas plus que celle de savoir si le consentement subjectif était vicié. De telles questions sont tributaires des faits et du contexte propres à chaque cas.

(2) Les quatre exigences pour qu’il y ait capacité

[55] Vu que la capacité est une condition préalable au consentement subjectif, les exigences pour qu’il y ait capacité sont liées à celles pour qu’il y ait consentement subjectif en tant que tel. Étant donné que le consentement subjectif doit être lié à l’activité sexuelle, la capacité à consentir exige que la plaignante soit lucide et capable de comprendre chaque élément de l’activité sexuelle : l’acte physique, sa nature sexuelle et l’identité précise de son partenaire : *Barton*, par. 88; *Hutchinson*, par. 54-57.

[56] Il existe une autre exigence. Parce que le consentement subjectif exige un « accord volontaire », la plaignante doit être capable de comprendre qu’elle a le choix de se livrer ou non à l’activité sexuelle : *Code criminel*, par. 273.1(1). À tout le moins, l’accord volontaire exigerait que la plaignante exerce le choix de se livrer à l’activité sexuelle. Dans ce sens précis, afin de donner son accord volontaire à l’activité sexuelle, la plaignante doit comprendre qu’elle peut dire « non ». Dans l’arrêt *J.A.*, la Cour a conclu que le consentement exige que la plaignante soit « lucide » au moment des attouchements, qu’elle soit en mesure d’évaluer chaque acte sexuel et de choisir d’y consentir ou non : par. 36 et 43-44. Par conséquent, une plaignante inconsciente ne peut pas donner de consentement concomitant. Il s’ensuit que lorsque la plaignante est *incapable* de comprendre qu’elle a le choix de se livrer à l’activité ou de refuser de s’y livrer, elle est incapable de consentir. En conséquence, la plaignante qui est incapable de dire non, ou qui croit qu’elle n’a pas le choix, n’est pas capable de formuler un consentement subjectif : voir *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d)

2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, at para. 60, citing *R. v. Daigle* (1997), 127 C.C.C. (3d) 130 (Que. C.A.), aff'd [1998] 1 S.C.R. 1220.

[57] In sum, for a complainant to be capable of providing subjective consent to sexual activity, they must be capable of understanding four things:

1. the physical act;
2. that the act is sexual in nature;
3. the specific identity of the complainant's partner or partners; and
4. that they have the choice to refuse to participate in the sexual activity.

[58] The complainant will only be capable of providing subjective consent if they are capable of understanding all four factors. If the Crown proves the absence of any single factor beyond a reasonable doubt, then the complainant is incapable of subjective consent and the absence of consent is established at the *actus reus* stage. There would be no need to consider whether any consent was effective in law because there would be no subjective consent to vitiate.

(3) Application

[59] Based on their view that incapacity is a vitiating factor and their understanding of *Hutchinson*, the respondents submit that the trial judge erred in failing to consider consent and capacity separately and sequentially. As I have explained, I do not accept either of these propositions. Nor do I accept that the trial judge erred in his treatment of consent in this case.

[60] Both the complainant's capacity to consent and agreement to the sexual activity were at issue here. The trial judge was faced with evidence of incapacity to consent. Most significantly, the complainant testified that she drank heavily throughout the night, was passed out when the sexual activity

237, par. 60, citant *R. c. Daigle* (1997), 127 C.C.C. (3d) 130 (C.A. Qc), conf. par [1998] 1 R.C.S. 1220.

[57] En résumé, pour que la plaignante soit capable de donner un consentement subjectif à l'activité sexuelle, elle doit être capable de comprendre quatre choses :

1. l'acte physique;
2. le fait que l'acte est de nature sexuelle;
3. l'identité précise de son ou ses partenaires; et
4. le fait qu'elle peut refuser de participer à l'activité sexuelle.

[58] La plaignante ne sera en mesure de donner un consentement subjectif que si elle est capable de comprendre ces quatre facteurs. Si la Couronne prouve l'absence d'un seul facteur hors de tout doute raisonnable, alors la plaignante est incapable de donner un consentement subjectif et l'absence de consentement est établie à l'étape de l'*actus reus*. Il ne serait pas nécessaire d'examiner la question de la validité du consentement en droit, puisqu'il n'y aurait aucun consentement subjectif pouvant être vicié.

(3) Application

[59] S'appuyant sur leur argument portant que l'incapacité est un facteur viciant le consentement et sur leur compréhension de l'arrêt *Hutchinson*, les intimés soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en omettant de se pencher sur les questions du consentement et de la capacité séparément et dans l'ordre indiqué. Comme je l'ai expliqué, je n'accepte aucune de ces affirmations. Je ne puis non plus convenir que le juge du procès a commis une erreur dans son analyse du consentement dans la présente affaire.

[60] Tant la capacité à consentir de la plaignante que son accord à l'activité sexuelle étaient en litige en l'espèce. Le juge des faits s'est vu présenter une preuve d'incapacité à consentir. Fait à noter, la plaignante a affirmé avoir bu beaucoup d'alcool tout au long de la soirée, avoir été inconsciente lorsque

began and, while she struggled briefly, she gave up as she thought she had no choice in the matter. The trial judge was also faced with evidence that the complainant did not agree to the sexual activity as the complainant testified that she tried to push away from the respondents and repeatedly told them to stop. It was open to the trial judge to accept the evidence of incapacity and the evidence that the complainant did not agree to the sexual activity. *Hutchinson* did not require these to be addressed separately or in any particular order.

[61] The respondents argued here, as they argued below, that the trial judge's error went beyond blending his consent and capacity assessments — they argue that he could not find both that the complainant was incapable of consenting and that she did not agree to the sexual activity. They argue that these findings are “mutually exclusive” and a complainant who is incapable of consenting is not capable of withholding agreement to sexual activity. I do not agree for two reasons.

[62] First, I am not convinced that these findings are mutually exclusive at the theoretical level. In my view, the capacity to consent requires a higher level of understanding than the capacity to withhold consent. As discussed, the capacity to consent is a cumulative assessment, requiring the degree of understanding necessary to appreciate *all* the conditions of subjective consent. If a complainant is incapable of understanding any one of those conditions, then they are incapable of consenting. Conversely, the capacity to withhold consent inherently requires a lesser degree of understanding because that capacity is established by a complainant's capacity to understand *any* of the necessary factors. For example, if a complainant is incapable of understanding the sexual nature of proposed touching but knows they do not want to be touched, then they are capable of withholding consent despite being incapable of consenting.

l'activité sexuelle a commencé et, bien qu'elle ait résisté brièvement, avoir cédé car elle croyait qu'elle n'avait pas le choix. Le juge du procès s'est aussi vu présenter une preuve que la plaignante n'avait pas donné son accord à l'activité sexuelle, puisqu'elle a affirmé au procès qu'elle avait tenté de repousser les intimés et leur avait dit à plusieurs reprises d'arrêter. Le juge du procès pouvait accepter la preuve de l'incapacité et celle de l'absence d'accord de la plaignante à l'activité sexuelle. L'arrêt *Hutchinson* n'exigeait pas que ces questions soient abordées séparément ou dans un ordre particulier.

[61] Les intimés ont soutenu devant notre Cour, comme ils l'ont fait devant la Cour d'appel, que l'erreur du juge du procès ne se limitait pas au fait qu'il a fusionné son appréciation du consentement et celle de la capacité — selon eux, le juge du procès ne pouvait pas conclure à la fois que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle n'avait pas donné son accord à l'activité sexuelle. Ils font valoir que ces conclusions sont [TRADUCTION] « mutuellement exclusives » et qu'une plaignante qui est incapable de consentir n'est pas capable de refuser son accord à l'activité sexuelle. Je ne suis pas de cet avis pour deux raisons.

[62] Premièrement, je ne suis pas convaincue que ces conclusions sont mutuellement exclusives sur le plan théorique. À mon avis, la capacité de consentir exige un plus grand degré de compréhension que la capacité de refuser de consentir. Comme nous l'avons vu, la capacité de consentir est une évaluation cumulative, qui exige le degré de compréhension nécessaire pour apprécier *toutes* les conditions du consentement subjectif. Si la plaignante n'est pas en mesure de comprendre l'une de ces conditions, alors elle est incapable de consentir. Inversement, la capacité de refuser de consentir exige nécessairement un degré moindre de compréhension vu que cette capacité est établie par la capacité de la plaignante à comprendre *n'importe lequel* des facteurs nécessaires. Par exemple, si la plaignante est incapable de comprendre la nature sexuelle des attouchements proposés, mais sait qu'elle ne veut pas être touchée, alors elle est capable de refuser de consentir malgré qu'elle soit incapable de consentir.

[63] Second, the continuous nature of consent provides a further reason why the respondents' argument must fail at a practical level. Consent must be specifically directed to each sexual act: *J.A.*, at para. 34; *Criminal Code*, s. 273.1(2)(e). There is no reason why the entire course of sexual activity must be blanketed with a single finding of consent, non-consent, or incapacity. This case provides an example. On the trial judge's findings, the sexual activity began when the complainant was passed out — evidence of incapacity. As it continued, the complainant struggled and told the respondents to stop — evidence that she expressly refused to engage in the sexual activity. When those struggles and demands were ignored by the respondents, the complainant, in her confused and intoxicated state, acquiesced, believing she had no choice in the matter — again, evidence of incapacity.

[64] Accordingly, it was open to the trial judge to find both that the complainant was incapable of consenting and did not agree to the sexual activity in question. In the context of this case, the trial judge did not err in addressing these issues together in his reasons. Both findings went to a lack of subjective consent, thus establishing the final element of the *actus reus*. They did not need to be reconciled with each other, nor approached in any particular order.

[65] As a final note, I reject the respondents' argument that the complainant's claim of incapacity was belied by her thorough recollection of the sexual activity. Whether the complainant has a memory of events or not does not answer the incapacity question one way or another. The ultimate question of capacity must remain rooted in the subjective nature of consent. The question is not whether the complainant remembered the assault, retained her motor skills, or was able to walk or talk. The question is whether the complainant understood the sexual activity in question and that she could refuse to participate.

[63] Deuxièmement, le fait que le consentement doit exister tout au long d'une relation fournit une raison supplémentaire pour laquelle l'argument des intimés doit être écarté en pratique. La plaignante doit consentir spécifiquement à chacun des actes sexuels : *J.A.*, par. 34; *Code criminel*, al. 273.1(2)e). Aucune raison ne justifie qu'une seule conclusion de consentement, d'absence de consentement ou d'incapacité vise toute la durée de l'activité sexuelle. La présente affaire en est un exemple. Selon les conclusions du juge du procès, l'activité sexuelle a commencé alors que la plaignante était inconsciente — preuve d'incapacité. Comme l'activité se poursuivait, la plaignante a résisté et dit aux intimés d'arrêter — preuve qu'elle a expressément refusé de se livrer à l'activité sexuelle. Lorsque les intimés ont ignoré cette résistance et ces demandes, la plaignante, dans son état de confusion et d'ébriété, a acquiescé, croyant qu'elle n'avait pas le choix — encore une fois, preuve d'incapacité.

[64] En conséquence, le juge du procès pouvait conclure à la fois que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle n'avait pas donné son accord à l'activité sexuelle. Dans le contexte de la présente affaire, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en abordant ces questions ensemble dans ses motifs. Les deux conclusions se rapportaient à l'absence de consentement subjectif, établissant ainsi le dernier élément de l'*actus reus*. Elles n'avaient pas à être conciliées l'une avec l'autre, ni abordées dans un ordre particulier.

[65] Finalement, je rejette l'argument des intimés portant que le fait que la plaignante se souvenait bien de l'activité sexuelle démentait sa prétention selon laquelle elle était incapable de consentir. On ne peut trancher la question de l'incapacité en se demandant si la plaignante se souvient des faits ou non. La question ultime de la capacité doit reposer sur la nature subjective du consentement. Il ne s'agit pas de savoir si la plaignante se souvenait de l'agression, si elle avait conservé ses habiletés motrices ou si elle était capable de marcher ou de parler; il faut se demander si la plaignante comprenait l'activité sexuelle et si elle comprenait qu'elle pouvait refuser d'y prendre part.

B. *Were the Trial Judge's Reasons Sufficient?*

[66] The Court of Appeal identified two concerns with the sufficiency of the trial judge's reasons. First, the trial judge's reasons "may be read as equating any degree of impairment by alcohol with incapacity". Second, it was unclear if the trial judge found that the complainant did not consent, regardless of capacity.

[67] As I explain below, I disagree. In the context of this case, the trial judge's reasons were sufficient. The trial judge's reasons should not be held to an abstract standard that is foreign to the realities of the case before him. All parties agreed at trial that the complainant's evidence, if accepted, established incapacity. The trial judge accepted that evidence, and incapacity was clearly established. Similarly, all parties recognized that factual consent was at issue. The complainant testified that she did not consent, repeatedly told the respondents to stop, and was told to be quiet. The trial judge accepted that evidence, and the absence of agreement to sexual activity was clearly established.

(1) Appellate Review of Trial Reasons

[68] The importance of trial reasons should not be understated. It is through reasoned decisions that judges are held accountable to the public, ensuring transparency in the adjudicative process and satisfying both the public and the parties that justice has been done in a particular case: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at paras. 15, 42 and 55; R. J. Sharpe, *Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at p. 134. However, this Court in *Sheppard* emphasized that, for the purposes of appellate review, "the duty to give reasons is driven by the circumstances of the case rather than abstract notions of judicial accountability": para. 42. On appeal, the issue is whether there is reversible error. What is required are reasons that are sufficient in the context of the case for which they were given.

B. *Les motifs du juge du procès étaient-ils suffisants?*

[66] La Cour d'appel a cerné deux préoccupations concernant la suffisance des motifs du juge du procès. D'abord, ceux-ci [TRADUCTION] « peuvent être interprétés comme assimilant tout degré d'ivresse à l'incapacité de consentir ». Ensuite, il n'était pas clair si le juge du procès avait conclu que la plaignante n'avait pas consenti, sans égard à la capacité.

[67] Comme je l'explique plus loin, je ne suis pas de cet avis. Dans le contexte de la présente affaire, les motifs du juge du procès étaient suffisants. Les motifs qu'il a exposés ne peuvent être assujettis à une norme abstraite étrangère à la réalité de l'affaire dont il est saisi. Toutes les parties ont reconnu au procès que le témoignage de la plaignante, s'il était accepté, établissait l'incapacité. Le juge du procès a accepté ce témoignage, et l'incapacité a clairement été établie. De même, toutes les parties ont reconnu que le consentement factuel était en jeu. La plaignante a affirmé qu'elle n'avait pas consenti, qu'elle avait dit à plusieurs reprises aux intimés d'arrêter et qu'elle s'était fait dire de se taire. Le juge du procès a accepté ce témoignage, et l'absence d'accord à l'activité sexuelle a clairement été établie.

(1) Examen en appel des motifs de première instance

[68] L'importance des motifs de première instance ne doit pas être sous-estimée. C'est en rendant des décisions motivées que les juges s'acquittent de leur obligation de rendre compte à la population, assurent la transparence du processus décisionnel et permettent tant aux membres du public qu'aux parties de constater que justice a été rendue dans un cas donné : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 15, 42 et 55; R. J. Sharpe, *Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), p. 134. Cependant, dans l'arrêt *Sheppard*, la Cour a souligné que, aux fins d'examen en appel, « l'obligation d'exposer des motifs est dictée par les circonstances de l'affaire plutôt que par des notions abstraites de responsabilité judiciaire » : par. 42. En appel, il s'agit de savoir s'il y a erreur susceptible de révision. Ce qui est exigé, c'est que les motifs soient suffisants dans le contexte de l'affaire sur laquelle ils portent.

[69] This Court has repeatedly and consistently emphasized the importance of a functional and contextual reading of a trial judge's reasons when those reasons are alleged to be insufficient: *Sheppard*, at paras. 28-33 and 53; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 19; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 101; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 25; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 15; *R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397, at para. 16; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, at paras. 10, 15 and 19; *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1000, at para. 15; *R. v. Chung*, 2020 SCC 8, [2020] 1 S.C.R. 405, at paras. 13 and 33. Appellate courts must not finely parse the trial judge's reasons in a search for error: *Chung*, at paras. 13 and 33. Their task is much narrower: they must assess whether the reasons, read in context and as a whole, in light of the live issues at trial, explain what the trial judge decided and why they decided that way in a manner that permits effective appellate review. As McLachlin C.J. put it in *R.E.M.*, "[t]he foundations of the judge's decision must be discernable, when looked at in the context of the evidence, the submissions of counsel and the history of how the trial unfolded": para. 17. And as Charron J. stated in *Dinardo*, "the inquiry into the sufficiency of the reasons should be directed at whether the reasons respond to the case's live issues": para. 31.

[70] This Court has also emphasized the importance of reviewing the record when assessing the sufficiency of a trial judge's reasons. This is because "bad reasons" are not an independent ground of appeal. If the trial reasons do not explain the "what" and the "why", but the answers to those questions are clear in the record, there will be no error: *R.E.M.*, at paras. 38-40; *Sheppard*, at paras. 46 and 55.

[71] The reasons must be both factually sufficient and legally sufficient. Factual sufficiency is concerned with what the trial judge decided and why:

[69] La Cour a souligné invariablement et à maintes reprises l'importance d'une interprétation fonctionnelle et contextuelle des motifs du juge du procès lorsqu'une partie soutient que ces motifs sont insuffisants : *Sheppard*, par. 28-33 et 53; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 19; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 101; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 25; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 15; *R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397, par. 16; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639, par. 10, 15 et 19; *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1000, par. 15; *R. c. Chung*, 2020 CSC 8, [2020] 1 R.C.S. 405, par. 13 et 33. Les juridictions d'appel ne doivent pas décortiquer avec finesse les motifs du juge du procès à la recherche d'une erreur : *Chung*, par. 13 et 33. Leur tâche est beaucoup plus retreinte : elles doivent se demander si les motifs, situés dans leur contexte et pris dans leur ensemble, à la lumière des questions en litige au procès, expliquent ce qu'a décidé le juge du procès et les raisons pour lesquelles il l'a fait d'une façon qui permet un examen efficace en appel. Comme l'a écrit la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *R.E.M.*, « [i]l doit être possible de discerner les raisons qui fondent la décision du juge, dans le contexte de la preuve présentée, des observations des avocats et du déroulement du procès » : par. 17. Et comme l'a indiqué la juge Charron dans l'arrêt *Dinardo*, « pour déterminer si les motifs sont suffisants, il faut se demander s'ils répondent aux questions en litige » : par. 31.

[70] La Cour a aussi mis l'accent sur l'importance d'examiner le dossier lorsqu'il s'agit de déterminer si les motifs du juge du procès sont suffisants. Il en est ainsi parce que les « mauvais motifs » ne constituent pas un moyen d'appel indépendant. Si les motifs de première instance n'expliquent pas le « résultat » et le « pourquoi », mais que les réponses à ces questions ressortent clairement du dossier, il n'y aura pas d'erreur : *R.E.M.*, par. 38-40; *Sheppard*, par. 46 et 55.

[71] Les motifs doivent être suffisants autant sur le plan factuel que sur le plan juridique. Sur le plan des faits, les motifs doivent permettre de comprendre

Sheppard, at para. 55. Factual sufficiency is ordinarily a very low bar, especially with the ability to review the record. Even if the trial judge expresses themselves poorly, an appellate court that understands the “what” and the “why” from the record may explain the factual basis of the finding to the aggrieved party: para. 52. It will be a very rare case where neither the aggrieved party nor the appellate court can understand the factual basis of the trial judge’s findings: paras. 50 and 52.

[72] *Sheppard* itself was such a case. The trial judge’s reasons for conviction read, in their entirety:

Having considered all the testimony in this case, and reminding myself of the burden on the Crown and the credibility of witnesses, and how this is to be assessed, I find the defendant guilty as charged. [paras. 2 and 10]

[73] This Court found that these reasons were factually insufficient because the pathway the trial judge took to the result was unintelligible: *Sheppard*, at para. 60. It was simply not possible for the parties, counsel, or the courts to determine why the trial judge found as he did: paras. 2 and 61-62.

[74] Legal sufficiency requires that the aggrieved party be able to meaningfully exercise their right of appeal: *Sheppard*, at paras. 64-66. Lawyers must be able to discern the viability of an appeal and appellate courts must be able to determine whether an error has occurred: paras. 46 and 55. Legal sufficiency is highly context specific and must be assessed in light of the live issues at trial. A trial judge is under no obligation to expound on features of criminal law that are not controversial in the case before them. This stems from the presumption of correct application — the presumption that “the trial judge understands the basic principles of criminal law at issue in the trial”: *R.E.M.*, at para. 45. As stated in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664, “[t]rial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out”: see also *Sheppard*, at para. 54.

ce que le juge du procès a décidé et pourquoi : *Sheppard*, par. 55. Il s’agit habituellement d’un critère très peu exigeant, particulièrement compte tenu de la possibilité d’examiner le dossier. Même si le juge du procès s’est mal exprimé, la cour d’appel qui comprend le « résultat » et le « pourquoi » à partir du dossier peut expliquer le fondement factuel de la conclusion à la partie lésée : par. 52. Il est très rare que ni la partie lésée ni la cour d’appel ne pourra comprendre le fondement factuel des conclusions du juge du procès : par. 50 et 52.

[72] Tel était le cas dans l’affaire *Sheppard*. Les motifs du juge du procès à l’appui de la déclaration de culpabilité tenaient en entier en ces lignes :

[TRADUCTION] Après avoir examiné l’ensemble des témoignages en l’espèce et me rappelant le fardeau qui incombe au ministère public et la crédibilité des témoins, et la façon dont le tout doit être apprécié, je conclus que le défendeur est coupable des actes reprochés. [par. 2 et 10]

[73] La Cour a conclu que ces motifs étaient insuffisants sur le plan factuel parce que le raisonnement qu’avait suivi le juge du procès pour arriver à ce résultat n’était pas intelligible : *Sheppard*, par. 60. Il n’était tout simplement pas possible pour les parties, les avocats ou les tribunaux d’établir pourquoi le juge du procès avait conclu comme il l’a fait : par. 2 et 61-62.

[74] Pour que les motifs puissent être considérés comme suffisants en droit, il faut que la partie lésée soit capable d’exercer valablement son droit d’appel : *Sheppard*, par. 64-66. Les avocats doivent être capables de déterminer la viabilité d’un appel et les juridictions d’appel doivent être capables d’établir si une erreur s’est produite : par. 46 et 55. La suffisance en droit est étroitement liée au contexte et doit être appréciée à la lumière des questions en litige au procès. Le juge du procès n’a aucune obligation d’expliquer les éléments du droit criminel qui ne sont pas contestés dans l’affaire dont il est saisi. Il en est ainsi en raison de la présomption d’application correcte, soit celle portant que « [le juge du procès] comprend les principes fondamentaux du droit criminel en cause dans le procès » : *R.E.M.*, par. 45. Comme il est indiqué dans l’arrêt *R. c. Burns*, [1994]

A functional and contextual reading must keep this presumption in mind. Trial judges are busy. They are not required to demonstrate their knowledge of basic criminal law principles.

[75] Conversely, legal sufficiency may require more where the trial judge is called upon to settle a controversial point of law. In those cases, cursory reasons may obscure potential legal errors and not permit an appellate court to follow the trial judge's chain of reasoning: *Sheppard*, at para. 40, citing *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740, at paras. 25-27. While trial judges do not need to provide detailed maps for well-trod paths, more is required when they are called upon to chart new territory. However, if the legal basis of the decision can nonetheless be discerned from the record, in the context of the live issues at trial, then the reasons will be legally sufficient.

[76] Despite this Court's clear guidance in the 19 years since *Sheppard* to review reasons functionally and contextually, we continue to encounter appellate court decisions that scrutinize the text of trial reasons in a search for error, particularly in sexual assault cases, where safe convictions after fair trials are being overturned not on the basis of legal error but on the basis of parsing imperfect or summary expression on the part of the trial judge. Frequently, it is the findings of credibility that are challenged.

[77] In three recent appeals as of right, this Court reinstated sexual assault convictions that were set aside on appeal, endorsing the reasons of a dissenting justice.

[78] In *R. v. Langan*, 2020 SCC 33, [2020] 3 S.C.R. 499, rev'g 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d) 516,

1 R.C.S. 656, p. 664, « [l]es juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours » : voir aussi *Sheppard*, par. 54. Il faut garder cette présomption à l'esprit lors de l'interprétation fonctionnelle et contextuelle. Les juges présidant des procès sont occupés. Ils n'ont pas à faire la démonstration de leur connaissance des principes fondamentaux du droit criminel.

[75] Inversement, la suffisance en droit peut exiger plus lorsque le juge du procès est appelé à trancher un point de droit controversé. En pareil cas, des motifs superficiels pourraient cacher des erreurs de droit potentielles et empêcher une cour d'appel de suivre le raisonnement du juge du procès : *Sheppard*, par. 40, citant *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740, par. 25-27. Bien que le juge du procès ne soit pas tenu de fournir des cartes détaillées pour les voies bien tracées, il doit donner davantage d'explications lorsqu'il s'aventure hors des sentiers battus. Toutefois, si le fondement juridique de la décision peut néanmoins être dégagé du dossier, dans le contexte des questions en litige au procès, les motifs seront considérés comme suffisants en droit.

[76] Malgré les indications claires données par la Cour depuis que l'arrêt *Sheppard* a été rendu il y a 19 ans, selon lesquelles l'examen des motifs doit être fonctionnel et contextuel, nous continuons à voir des décisions des juridictions d'appel où le tribunal passe au peigne fin le texte des motifs de première instance à la recherche d'une erreur. Cela se produit particulièrement dans des affaires d'agression sexuelle, où des condamnations justifiées rendues à la suite de procès équitables sont annulées non pas sur le fondement d'une erreur juridique, mais sur le fondement d'une analyse détaillée de l'expression imparfaite ou sommaire de la part du juge du procès. Bien souvent, ce sont les conclusions relatives à la crédibilité qui sont contestées.

[77] Dans trois récents appels de plein droit, notre Cour a rétabli les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle qui avaient été annulées en appel, se ralliant ainsi à l'opinion d'un juge dissident.

[78] Dans l'arrêt *R. c. Langan*, 2020 CSC 33, [2020] 3 R.C.S. 499, inf. 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d)

this Court adopted the dissenting reasons of Bauman C.J.B.C. that held that the trial judge's ambiguous use of certain text messages did not demonstrate error on a functional and contextual reading. Bauman C.J.B.C. concluded that since there was a permissible basis on which to admit the text messages, "we should not speculate that the properly admitted evidence was improperly used, without clear indications to the contrary": *Langan* (C.A.), at para. 103; see also para. 140.

[79] To succeed on appeal, the appellant's burden is to demonstrate either error or the frustration of appellate review: *Sheppard*, at para. 54. Neither are demonstrated by merely pointing to ambiguous aspects of the trial decision. Where all that can be said is a trial judge may or might have erred, the appellant has not discharged their burden to show actual error or the frustration of appellate review. Where ambiguities in a trial judge's reasons are open to multiple interpretations, those that are consistent with the presumption of correct application must be preferred over those that suggest error: *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, at paras. 10-12, citing *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at pp. 523-25. It is only where ambiguities, in the context of the record as a whole, render the path taken by the trial judge unintelligible that appellate review is frustrated: *Sheppard*, at para. 46. An appeal court must be rigorous in its assessment, looking to the problematic reasons in the context of the record as a whole and determining whether or not the trial judge erred or appellate review was frustrated. It is not enough to say that a trial judge's reasons are ambiguous — the appeal court must determine the extent and significance of the ambiguity.

[80] In *R. v. Kishayinew*, 2020 SCC 34, [2020] 3 S.C.R. 502, rev'g 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560, and *R. v. Slatter*, 2020 SCC 36, [2020] 3 S.C.R. 592, rev'g 2019 ONCA 807, 148 O.R. (3d) 81, this Court adopted the reasons of a dissenting judge holding that the trial judge did not err in

516, la Cour a fait siens les motifs dissidents du juge en chef Bauman, qui avait conclu que l'utilisation ambiguë par le juge du procès de certains messages textes n'établissait pas l'existence d'une erreur à la lumière d'une interprétation fonctionnelle et contextuelle. Le juge en chef Bauman a conclu, étant donné qu'il y avait des raisons valables d'admettre en preuve les messages textes, que [TRADUCTION] « nous ne devrions pas supposer que les éléments de preuve admis à bon droit ont été mal utilisés, en l'absence d'indications claires du contraire » : *Langan* (C.A.), par. 103; voir aussi par. 140.

[79] Pour avoir gain de cause en appel, l'appelant doit établir l'existence d'une erreur ou d'une entrave à l'examen en appel : *Sheppard*, par. 54. Le simple fait de souligner les aspects ambigus de la décision de première instance n'établit ni l'une ni l'autre. Lorsque tout ce que l'on peut dire c'est que le juge du procès a peut-être commis une erreur, l'appelant ne s'est pas déchargé de son fardeau d'établir qu'il y a effectivement erreur ou entrave à l'examen en appel. Lorsque des ambiguïtés dans les motifs du juge du procès se prêtent à de multiples interprétations, celles qui sont compatibles avec la présomption d'application correcte doivent être préférées à celles qui laissent entrevoir une erreur : *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, par. 10-12, citant *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), p. 523-525. Ce n'est que lorsque les ambiguïtés, examinées dans le contexte de l'ensemble du dossier, rendent intelligible le raisonnement du juge du procès qu'il y a entrave à l'examen en appel : *Sheppard*, par. 46. Une juridiction d'appel doit être rigoureuse dans son appréciation, en examinant les motifs qui posent problème dans le contexte de l'ensemble du dossier et en établissant si le juge du procès a commis ou non une erreur ou s'il y a eu entrave à l'examen en appel. Il ne suffit pas de dire que les motifs du juge du procès sont ambigus — la cour d'appel doit déterminer l'ampleur et l'importance de l'ambiguïté.

[80] Dans les arrêts *R. c. Kishayinew*, 2020 CSC 34, [2020] 3 R.C.S. 502, inf. 2019 SKCA 127, 382 C.C.C. (3d) 560, et *R. c. Slatter*, 2020 CSC 36, [2020] 3 R.C.S. 592, inf. 2019 ONCA 807, 148 O.R. (3d) 81, la Cour a adopté les motifs d'un juge dissident qui avait conclu que le juge du procès n'avait pas

conflating credibility and reliability. In both cases, the trial judges accepted the complainants' evidence and found them to be credible, even if their reliability findings were not explicit on the face of the reasons.

[81] As *Slatter* demonstrates, a trial judge's findings of credibility deserve particular deference. While the law requires some articulation of the reasons for those findings, it also recognizes that in our system of justice the trial judge is the fact finder and has the benefit of the intangible impact of conducting the trial. Sometimes, credibility findings are made simpler by, for example, objective, independent evidence. Corroborative evidence can support the finding of a lack of voluntary consent, but it is of course not required, nor always available. Frequently, particularly in a sexual assault case where the crime is often committed in private, there is little additional evidence, and articulating reasons for findings of credibility can be more challenging. Mindful of the presumption of innocence and the Crown's burden to prove guilt beyond a reasonable doubt, a trial judge strives to explain why a complainant is found to be credible, or why the accused is found not to be credible, or why the evidence does not raise a reasonable doubt. But, as this Court stated in *Gagnon*, at para. 20:

Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events.

[82] Credibility findings must also be assessed in light of the presumption of the correct application of the law, particularly regarding the relationship between reliability and credibility. The jurisprudence often stresses the distinction between reliability and credibility, equating reliability with the witness' ability to observe, recall, and recount events accurately,

commis d'erreur en examinant ensemble la crédibilité et la fiabilité. Dans les deux affaires, les juges présidant les procès avaient accepté les témoignages des plaignantes et les avaient jugées crédibles, même si les conclusions qu'ils avaient tirées au sujet de la fiabilité n'étaient pas explicites à la lecture des motifs.

[81] Comme le démontre l'arrêt *Slatter*, les conclusions sur la crédibilité que rend un juge du procès commandent une déférence particulière. Bien que le droit exige que des motifs soient exprimés pour de telles conclusions, il reconnaît également que dans notre système de justice, le juge du procès est le juge des faits et bénéficie de l'avantage intangible que lui confère le fait de présider le procès. Parfois, la preuve indépendante et objective, par exemple, simplifie les conclusions sur la crédibilité. Une preuve corroborante peut étayer une conclusion d'absence de consentement volontaire, mais elle n'est évidemment pas requise, ni toujours disponible. Souvent, particulièrement dans un cas d'agression sexuelle où le crime est habituellement commis en privé, il n'y a que peu d'éléments de preuve supplémentaires, et la formulation de motifs relatifs aux conclusions sur la crédibilité peut être plus difficile. Conscient de la présomption d'innocence et du fardeau de la Couronne de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable, le juge du procès s'efforce d'expliquer pourquoi la plaignante est jugée crédible, ou pourquoi l'accusé n'est pas jugé crédible, ou pourquoi la preuve ne soulève pas un doute raisonnable. Toutefois, comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Gagnon*, par. 20 :

Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits.

[82] Les conclusions sur la crédibilité doivent également être appréciées en fonction de la présomption d'application correcte du droit, surtout en ce qui concerne le rapport entre fiabilité et crédibilité. La jurisprudence insiste souvent sur la distinction entre fiabilité et crédibilité, assimilant la fiabilité à la capacité d'un témoin d'observer, de se souvenir et de

and referring to credibility as the witness' sincerity or honesty: see, e.g., *R. v. H.C.*, 2009 ONCA 56, 244 O.A.C. 288, at para. 41. However, under a functional and contextual reading of trial reasons, appellate courts should consider not whether the trial judge specifically used the words "credibility" and "reliability" but whether the trial judge turned their mind to the relevant factors that go to the believability of the evidence in the factual context of the case, including truthfulness and accuracy concerns. A trial judge's determination to accept or believe inculpatory witness evidence includes an implicit assessment of truthfulness or sincerity and accuracy or reliability: *Vuradin*, at para. 16. Often, the term "credibility" is used in this broader sense to mean the believability of the evidence and it necessarily includes both truthfulness and accuracy: *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), vol. 3, at pp. 30-1 and 30-2. For example, *Black's Law Dictionary* (11th ed. 2019), at p. 463, defines credibility as "[t]he quality that makes something (as a witness or some evidence) worthy of belief" and model jury instructions include both truthfulness and accuracy within "credibility" assessments: G. A. Ferguson and M. R. Dambrot, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (4th ed. (loose-leaf)). Provided trial judges turn their mind to these considerations, there is no requirement that they utter the word "reliable".

(2) Application

[83] In my view, the Court of Appeal in the present case did not conduct a functional and contextual reading of the trial judge's reasons, but rather assessed those reasons removed from the context of the live issues at trial.

[84] The Court of Appeal found that the trial judge's reasons "may be read as equating any degree of impairment by alcohol with incapacity". The respondents also urge this reading. Obviously, equating *any* degree of intoxication with incapacity

raconter les événements avec précision, et faisant référence à la crédibilité comme étant la sincérité ou l'honnêteté d'un témoin : voir, p. ex., *R. c. H.C.*, 2009 ONCA 56, 244 O.A.C. 288, par. 41. Toutefois, selon une interprétation fonctionnelle et contextuelle des motifs de première instance, les juridictions d'appel devraient non pas prendre en considération le fait que le juge du procès a expressément utilisé les mots « crédibilité » et « fiabilité », mais plutôt se demander s'il s'est penché sur les facteurs pertinents qui se rapportent à la vraisemblance de la preuve dans le contexte factuel de l'affaire, notamment les préoccupations concernant la véracité et l'exactitude. La volonté du juge du procès d'accepter ou de croire le témoignage incriminant d'une plaignante comprend une appréciation implicite de la véracité ou la sincérité et de l'exactitude ou la fiabilité : *Vuradin*, par. 16. Souvent, le mot « crédibilité » est utilisé dans ce sens plus large pour désigner la vraisemblance de la preuve et comprend nécessairement la véracité et l'exactitude : *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, p. 30-1 et 30-2. Par exemple, selon le *Black's Law Dictionary* (11^e éd. 2019), p. 463, la crédibilité s'entend de [TRADUCTION] « [l]a qualité qui rend quelque chose (comme un témoin ou des éléments de preuve) digne de foi » et les modèles de directives au jury incluent la véracité et l'exactitude dans les évaluations de la « crédibilité » : G. A. Ferguson et M. R. Dambrot, *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions* (4^e éd. (feuilles mobiles)). Pour autant que les juges présidant des procès se penchent sur ces considérations, ils ne sont pas tenus de prononcer le mot « fiable ».

(2) Application

[83] À mon avis, la Cour d'appel dans l'affaire qui nous occupe n'a pas examiné les motifs du juge du procès en fonction d'une interprétation fonctionnelle et contextuelle, mais les a plutôt appréciés sans tenir compte du contexte des questions en litige au procès.

[84] La Cour d'appel a conclu que les motifs du juge du procès [TRADUCTION] « peuvent être interprétés comme assimilant tout degré d'ivresse à l'incapacité ». Les intimés préconisent aussi cette interprétation. Évidemment, assimiler *tout* degré

would be wrong in law. In my view, however, no such reading is appropriate here, on a functional, contextual approach.

[85] The trial judge made two references to intoxication as rendering the complainant incapable. When setting out his task, at para. 51, he framed one of the questions as whether the complainant “was unable to provide her consent to this sexual activity because she was impaired by alcohol consumption”. When concluding his judgment, at para. 72, he wrote that “no consent is obtained where the complainant is incapable of consenting to the activity. This applies in instances where a complainant is intoxicated.”

[86] The trial judge’s references to intoxication must be read in light of the live issues at trial. He recognized that intoxication could lead to incapacity. But “any degree of impairment” was not at issue — what was at issue was the *extreme* degree of intoxication to which the complainant testified. The complainant did not testify about some mild or abstract level of intoxication. Her evidence was that she was so intoxicated that she vomited repeatedly, passed out, felt “out of control” during the sexual activity, felt that she had no choice in the matter, and could not do anything to stop it. All parties recognized at trial that this evidence, if accepted, established incapacity to consent. It is that degree of extreme intoxication that the trial judge was referring to when discussing whether the complainant was so intoxicated as to be incapable of consenting. In the context of this trial, the trial judge’s reasons should not be read as equating *any* degree of intoxication with incapacity.

[87] Similarly, the trial judge’s blending of consent and capacity reveals neither an error in law nor insufficient reasons. It would have been preferable for the trial judge to clearly identify what aspect of consent he was referring to in concluding that there

d’*é*briété à l’incapacité de consentir serait fautif en droit. À mon avis, toutefois, une telle interprétation n’est pas appropriée en l’espèce, en fonction d’une approche fonctionnelle et contextuelle.

[85] Le juge du procès a mentionné deux fois que l’*é*briété avait rendu la plaignante incapable de consentir. Lorsqu’il a énoncé sa tâche, au par. 51, il a formulé une des questions comme étant celle de savoir si la plaignante [TRADUCTION] « était incapable de donner son consentement à cette activité sexuelle parce que ses capacités étaient affaiblies en raison de sa consommation d’alcool ». À la conclusion de son jugement, au par. 72, il a écrit que « nul consentement n’est obtenu lorsque la plaignante est incapable de consentir à l’activité. Cela s’applique aux cas où la plaignante est en état d’*é*briété. »

[86] Les mentions de l’*é*briété par le juge du procès doivent être interprétées à la lumière des questions en litige au procès. Il a reconnu que l’*é*briété pouvait mener à l’incapacité de consentir. Toutefois, « tout degré d’ivresse » n’était pas en cause — c’était plutôt le degré *extrême* d’*é*briété que la plaignante a invoqué lors de son témoignage qui était en cause. Elle n’a pas parlé d’un degré d’*é*briété léger ou abstrait. Selon son témoignage, elle était dans un état d’*é*briété tellement avancé qu’elle a vomi plusieurs fois et perdu connaissance, elle sentait qu’elle n’avait « plus aucun contrôle sur elle-même » pendant l’activité sexuelle, elle avait l’impression qu’elle n’avait pas le choix et ne pouvait rien faire pour mettre fin à la situation. Toutes les parties ont reconnu au procès que ce témoignage, s’il était accepté, établissait l’incapacité à consentir. C’est ce degré d’*é*briété extrême dont parlait le juge du procès lorsqu’il analysait la question de savoir si la plaignante était en état d’*é*briété au point d’être incapable de consentir. Dans le contexte du présent procès, les motifs du juge du procès ne devraient pas être interprétés comme assimilant *tout* degré d’*é*briété à l’incapacité.

[87] De même, le fait que le juge du procès ait fusionné le consentement et la capacité ne révèle ni erreur de droit ni insuffisance des motifs. Il aurait été préférable que le juge du procès indique clairement de quel aspect du consentement il parlait

was no consent. However, failing to do so did not amount to error.

[88] Capacity was not the only issue at trial. While a finding of incapacity would establish the *actus reus*, the trial judge also considered whether, if the complainant was capable, she did agree to the sexual activity.

[89] The trial judge's reasons can be read as finding both that the complainant was incapable of consenting and that she did not agree to the sexual activity. As explained earlier, these findings are not legally contradictory and both were available to him. Indeed, having chosen to accept and believe her evidence, both findings are obvious.

[90] The respondents, in their arguments before the Court of Appeal and before this Court, stressed that the trial Crown did not "invite" the trial judge to convict on the basis that the complainant did not agree to the sexual activity. While the trial Crown certainly focused on incapacity, it is not fair to say that he disavowed this theory. The charge was not particularized and the Crown adduced evidence that the complainant both was incapable of consenting and did not consent. The trial Crown's written and oral submissions both highlighted the complainant's evidence that she did not consent, such as her evidence that she told the respondents to stop and tried to push R.B. away. Whether the complainant agreed to the sexual activity was a live issue. Indeed, the defence urged the trial judge to find that the complainant provided such an agreement. It was open to the trial judge to find that the complainant was incapable and that she expressly refused to engage in the sexual activity — either way, he found that the respondents sexually assaulted the complainant.

lorsqu'il a conclu qu'il n'y avait pas de consentement. Cependant, l'omission de le faire ne constituait pas une erreur.

[88] La capacité n'était pas la seule question en litige au procès. Malgré le fait qu'une conclusion d'incapacité aurait établi l'*actus reus*, le juge du procès s'est aussi demandé si, en supposant que la plaignante était capable de consentir, elle avait donné son accord à l'activité sexuelle.

[89] Les motifs du juge du procès peuvent être interprétés comme concluant à la fois que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle n'a pas donné son accord à l'activité sexuelle. Comme je l'ai déjà expliqué, ces conclusions ne sont pas contradictoires en droit et il pouvait les tirer toutes les deux. De fait, puisqu'il a choisi d'accepter et de croire le témoignage de la plaignante, les deux conclusions sont évidentes.

[90] Les intimés, dans leurs plaidoiries devant la Cour d'appel et devant notre Cour, ont souligné que le procureur de la Couronne n'avait pas [TRADUCTION] « invité » le juge du procès à prononcer une déclaration de culpabilité sur le fondement de l'absence d'accord de la plaignante à l'activité sexuelle. Bien que le procureur de la Couronne ait certainement mis l'accent sur l'incapacité, il n'est pas juste de dire qu'il a renié cette thèse. L'accusation n'était pas précisée et la Couronne a présenté une preuve que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle n'avait pas consenti. Les plaidoiries écrites et orales de la Couronne mettaient toutes les deux en évidence les éléments du témoignage de la plaignante indiquant qu'elle n'avait pas consenti, notamment qu'elle avait dit aux intimés d'arrêter et qu'elle avait tenté de repousser R.B. La question de savoir si la plaignante avait donné son accord à l'activité sexuelle était en litige. De fait, la défense a instamment demandé au juge du procès de conclure que la plaignante avait donné un tel accord. Celui-ci pouvait donc conclure que la plaignante était incapable de consentir et qu'elle a expressément refusé de se livrer à l'activité sexuelle — d'une façon ou de l'autre, il a conclu que les intimés avaient agressé sexuellement la plaignante.

[91] The respondents received a fair trial. They were presumed innocent and held the Crown to its burden to prove their guilt beyond a reasonable doubt. They thoroughly cross-examined the complainant and mounted a multi-faceted defence against the charge. But fairness does not require perfection: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45, per McLachlin J. The trial judge accepted the evidence of the complainant that sexual activity began when she was unconscious and continued despite her pleas for the respondents to stop. His reasons revealed no error on a proper appellate reading. The respondents' convictions should not have been overturned simply because the trial judge expressed himself poorly.

C. *Did the Court of Appeal Breach the Rules of Natural Justice in Deciding the Appeal for Reasons Not Raised by the Parties?*

[92] After rejecting G.F.'s unreasonable verdict argument, the Court of Appeal did not proceed to examine the grounds of appeal raised by R.B.'s arguments but rather found that the trial judge had committed the errors it identified. The Court of Appeal recognized that it was not addressing "the precise argument advanced" by G.F. and R.B. but proceeded because "issues related to consent and capacity were central to the arguments made on appeal" by all parties: para. 29. The Crown argues that the Court of Appeal should not have decided the appeal on the basis of its concerns in the trial judge's reasons without providing the parties an express opportunity to respond. It argues that this was a breach of natural justice, in contravention of this Court's decision in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689.

[93] While this point is moot as I have determined that the Court of Appeal erred in reaching its conclusion, I do not agree that *Mian* was breached. *Mian* sought to strike a balance between the adversarial process and the appellate court's duty to ensure that

[91] Les intimés ont bénéficié d'un procès équitable. Ils étaient présumés innocents et ont obligé la Couronne à s'acquitter du fardeau qui lui incombait, soit de prouver leur culpabilité hors de tout doute raisonnable. Ils ont contre-interrogé la plaignante de façon exhaustive et ont présenté une défense à multiples facettes contre l'accusation. Toutefois, l'équité n'exige pas la perfection : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45, la juge McLachlin. Le juge du procès a accepté le témoignage de la plaignante portant que l'activité sexuelle avait commencé alors qu'elle était inconsciente et avait continué même si elle avait demandé aux intimés d'arrêter. Suivant une interprétation juste en appel, ses motifs ne révélaient aucune erreur. Les déclarations de culpabilité des intimés n'auraient pas dû être annulées simplement parce que le juge du procès s'est mal exprimé.

C. *La Cour d'appel a-t-elle manqué aux règles de justice naturelle en tranchant le pourvoi sur le fondement de motifs que n'ont pas invoqués les parties?*

[92] Après avoir rejeté l'argument relatif au verdict déraisonnable invoqué par G.F., la Cour d'appel n'a pas réalisé un examen des moyens d'appel soulevés par les arguments de R.B., mais a plutôt conclu que le juge du procès avait commis les erreurs qu'elle avait cernées. La Cour d'appel a reconnu qu'elle n'abordait pas [TRADUCTION] « l'argument précis avancé » par G.F. et R.B., mais a procédé à l'examen parce que « les questions relatives au consentement et à la capacité étaient au cœur des arguments présentés en appel » par toutes les parties : par. 29. La Couronne soutient que la Cour d'appel n'aurait pas dû trancher le pourvoi sur le fondement de ses préoccupations concernant les motifs du juge du procès sans donner aux parties la possibilité expresse d'y répondre. Elle soutient qu'il s'agissait d'un manquement à la justice naturelle, condamné par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

[93] Bien que ce point soit théorique puisque j'ai établi que la Cour d'appel avait commis une erreur en tirant sa conclusion, je ne crois pas que cela était contraire à l'arrêt *Mian*. Cet arrêt cherchait à établir un équilibre entre le processus contradictoire et

justice is done. In pursuit of that duty, sometimes the appellate court will need to raise a new issue that suggests error in the decision below that goes beyond the arguments set forth by the parties. If the appellate court raises a new issue, fairness to the adversarial process requires the court to provide the parties with notice and an opportunity to respond to it: *Mian*, at para. 30. However, where the appellate court raises an issue that is not “new” but rather is rooted in or forms a component of the issues raised by the parties, *Mian* gives appellate courts a discretion to determine whether notice and submissions are warranted: para. 33.

[94] Here, this Court would have no basis upon which to interfere with the Court of Appeal’s exercise of discretion. While the respondents’ unreasonable verdict argument did not directly engage the framework for assessing consent and capacity or the sufficiency of the trial judge’s reasons, the Court of Appeal reasonably exercised its discretion to address these issues, noting that they were not “new” because “issues related to consent and capacity were central to the arguments made on appeal by both the [respondents] and the Crown”: para. 29. The respondents focused their argument on whether the complainant’s evidence, even if accepted, could establish incapacity. However, they also argued that the trial judge’s reasons were insufficient insofar as they concerned the issue of factual non-consent free from incapacity. The Crown argued below that the trial judge’s reasons on consent and incapacity were free of error. Notably, the Crown argued that the trial judge’s blending of these issues was not an error. This was not a case where natural justice demanded that the Court of Appeal provide the parties with notice or invite further submissions.

l’obligation de la cour d’appel de s’assurer que justice est rendue. Pour s’acquitter de cette obligation, la cour d’appel devra parfois soulever une nouvelle question laissant entendre qu’il y a une erreur dans la décision de la juridiction inférieure qui déborde le cadre des arguments énoncés par les parties. Si la cour d’appel soulève une nouvelle question, l’équité du processus contradictoire exige qu’elle en avise à l’avance les parties et qu’elle leur donne l’occasion d’y répondre : *Mian*, par. 30. Toutefois, lorsque la cour d’appel soulève une question qui n’est pas « nouvelle », mais qui est plutôt fondée sur un élément des questions formulées par les parties ou qui constitue un tel élément, l’arrêt *Mian* donne aux juridictions d’appel le pouvoir discrétionnaire d’établir si un avis et des observations sont justifiés : par. 33.

[94] En l’espèce, notre Cour n’aurait aucun fondement pour intervenir quant à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d’appel. Bien que l’argument des intimés relatif au verdict déraisonnable n’ait pas directement fait intervenir le cadre d’analyse du consentement et de la capacité ou la suffisance des motifs du juge du procès, la Cour d’appel a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire pour répondre à ces questions, soulignant qu’elles n’étaient pas [TRADUCTION] « nouvelles » parce que « les questions relatives au consentement et à la capacité étaient au cœur des arguments présentés en appel par les [intimés] et la Couronne » : par. 29. L’argument des intimés était axé sur la question de savoir si le témoignage de la plaignante, même s’il était accepté, pouvait établir l’incapacité. Toutefois, ils ont aussi soutenu que les motifs du juge du procès étaient insuffisants dans la mesure où ils portaient sur la question de l’absence de consentement factuel, sans égard à l’incapacité. La Couronne a fait valoir devant la Cour d’appel que les motifs du juge du procès sur le consentement et l’incapacité ne contenaient pas d’erreur. Notamment, la Couronne a soutenu que le fait que le juge du procès ait fusionné ces questions ne constituait pas une erreur. Il ne s’agissait pas d’une affaire où la justice naturelle exigeait que la Cour d’appel avise les parties ou les invite à présenter d’autres observations.

D. Other Issues

[95] The respondents raise three further issues that were not addressed by the Court of Appeal. The respondents argue that the trial judge erred in failing to declare a mistrial, erred in not considering whether the respondents harboured honest but mistaken beliefs that the complainant communicated consent, and unevenly scrutinized the evidence of the complainant and G.F. In my view, there is no merit to any of these arguments.

[96] First, the trial judge did not err in refusing to declare a mistrial. R.B. states she wanted to testify and her right to do so was usurped by her counsel. She claims that there was an agreement in place with her counsel that he would not close the defence case without first consulting her about whether she wanted to testify. Defence counsel, she submits, did not honour this agreement. As the Crown aptly notes though, R.B. made these submissions before the trial judge, who found that there was no such agreement. Therefore, on the findings of the trial judge, there is no factual foundation for this ground of appeal.

[97] Similarly, there is no factual foundation for the argument that the trial judge erred in not considering whether the respondents had an honest but mistaken belief in communicated consent. This argument is predicated on G.F.'s testimony that he asked for and received repeated assurances of consent from the complainant. The trial judge rejected that evidence and accepted the complainant's evidence that she was unconscious when the sexual activity began, told the respondents to stop, and was told by G.F. to "be quiet". There could be no air of reality to an honest but mistaken belief in communicated consent.

[98] Finally, there is no merit to the claim that the trial judge applied a stricter level of scrutiny to G.F.'s evidence than to the complainant's evidence. The respondents take issue with each of the 10 reasons why the trial judge found the complainant to be a credible witness and each of the 12 reasons why the

D. Autres questions

[95] Les intimés soulèvent trois autres questions que la Cour d'appel n'a pas abordées. Ils soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en n'annulant pas le procès, en ne se demandant pas si les intimés croyaient sincèrement mais à tort que la plaignante avait communiqué son consentement et en examinant le témoignage de la plaignante et celui de G.F. de façon inégale. À mon avis, aucun de ces arguments n'est fondé.

[96] D'abord, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant d'annuler le procès. R.B. affirme qu'elle voulait témoigner et que son avocat lui a usurpé son droit de le faire. Elle prétend qu'elle s'était entendue avec celui-ci pour qu'il ne conclue pas la défense sans d'abord lui demander si elle voulait témoigner. Selon elle, l'avocat de la défense n'a pas respecté cette entente. Comme l'a noté à juste titre la Couronne, R.B. a présenté ces observations au juge du procès, qui a conclu qu'il n'y avait pas eu une telle entente. Par conséquent, selon les conclusions du juge du procès, ce moyen d'appel n'a aucun fondement factuel.

[97] De même, il n'y a pas de fondement factuel à l'argument voulant que le juge du procès ait commis une erreur en ne se demandant pas si les intimés croyaient sincèrement mais à tort qu'un consentement avait été communiqué. Cet argument repose sur l'affirmation de G.F. selon laquelle il a demandé et reçu plusieurs confirmations du consentement de la plaignante. Le juge du procès a rejeté cette affirmation et a accepté le témoignage de la plaignante selon lequel elle était inconsciente lorsque l'activité sexuelle a commencé, a dit aux intimés d'arrêter et s'est fait dire par G.F. de [TRADUCTION] « se taire ». La croyance sincère mais erronée qu'un consentement a été communiqué n'est pas du tout vraisemblable.

[98] Enfin, l'argument portant que le juge du procès a examiné le témoignage de G.F. de façon plus rigoureuse que celui de la plaignante n'a aucune valeur. Les intimés remettent en question chacune des 10 raisons pour lesquelles le juge du procès a conclu que la plaignante était un témoin crédible, et

trial judge found G.F.'s evidence to be inconsistent. I agree with the Crown that this argument is simply a veiled attempt to re-litigate the trial judge's factual findings.

[99] This Court has never ruled on whether “uneven scrutiny” of Crown and defence evidence is an independent ground of appeal: *R. v. Mehari*, 2020 SCC 40, [2020] 3 S.C.R. 782. It was described by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Howe* (2005), 192 C.C.C. (3d) 480, at para. 59, as a common argument “on appeals from conviction in judge alone trials where the evidence pits the word of the complainant against the denial of the accused and the result turns on the trial judge’s credibility assessments”. In the last decade, provincial appellate courts have dealt with uneven scrutiny extensively and stressed that it is a notoriously difficult argument to prove: *Howe*, at para. 59; *R. v. Kiss*, 2018 ONCA 184, at para. 83 (CanLII); *R. v. Wanihadie*, 2019 ABCA 402, 99 Alta. L.R. (6th) 56, at para. 34; see also *R. v. J.M.S.*, 2020 NSCA 71; *R. v. C.A.M.*, 2017 MBCA 70, 354 C.C.C. (3d) 100, at para. 54; *R. v. K.P.*, 2019 NLCA 37, 376 C.C.C. (3d) 460. Credibility findings are the province of the trial judge and attract significant deference on appeal: *R. v. Aird (A.)*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183, at para. 39; *Gagnon*, at para. 20. As explained by Doherty J.A.:

It is not enough to show that a different trial judge could have reached a different credibility assessment, or that the trial judge failed to say something that he could have said in assessing the respective credibility of the complainant and the accused, or that he failed to expressly set out legal principles relevant to that credibility assessment. To succeed in this kind of argument, the appellant must point to something in the reasons of the trial judge or perhaps elsewhere in the record that make it clear that the trial judge had applied different standards in assessing the evidence of the appellant and the complainant.

(*Howe*, at para. 59)

chacune des 12 raisons pour lesquelles il a conclu que le témoignage de G.F. était incohérent. Je suis d'accord avec la Couronne pour dire que cet argument est simplement une tentative voilée de remettre en cause les conclusions de fait du juge du procès.

[99] La Cour ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir si un « examen inégal » de la preuve de la Couronne et de celle de la défense constitue un moyen d'appel indépendant : *R. c. Mehari*, 2020 CSC 40, [2020] 3 R.C.S. 782. La Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Howe* (2005), 192 C.C.C. (3d) 480, par. 59, qualifie cet argument d'allégation fréquente [TRADUCTION] « dans les appels d'une déclaration de culpabilité dans les procès devant juge seul où la preuve oppose le témoignage de la plaignante au déni de l'accusé, et où le résultat dépend de l'appréciation de la crédibilité par le juge du procès ». Au cours de la dernière décennie, les cours d'appel provinciales ont abondamment traité du moyen d'appel de l'examen inégal et elles ont souligné qu'il s'agit d'un argument notoirement difficile à prouver : *Howe*, par. 59; *R. c. Kiss*, 2018 ONCA 184, par. 83 (CanLII); *R. c. Wanihadie*, 2019 ABCA 402, 99 Alta. L.R. (6th) 56, par. 34; voir aussi *R. c. J.M.S.*, 2020 NSCA 71; *R. c. C.A.M.*, 2017 MBCA 70, 354 C.C.C. (3d) 100, par. 54; *R. c. K.P.*, 2019 NLCA 37, 376 C.C.C. (3d) 460. Il appartient au juge du procès de tirer les conclusions relatives à la crédibilité, lesquelles commandent une grande déférence en appel : *R. c. Aird (A.)*, 2013 ONCA 447, 307 O.A.C. 183, par. 39; *Gagnon*, par. 20. Comme l'explique le juge Doherty :

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de démontrer qu'un autre juge du procès aurait pu faire une appréciation différente de la crédibilité, ou que le juge du procès a omis de dire quelque chose qu'il aurait pu dire lorsqu'il a apprécié la crédibilité de la plaignante et celle de l'accusé, ou qu'il a omis d'énoncer expressément les principes juridiques utiles pour cette appréciation de la crédibilité. Pour obtenir gain de cause avec ce type d'argument, l'appellant doit mettre l'accent sur un élément dans les motifs du juge du procès ou ailleurs dans le dossier qui indique clairement que celui-ci a appliqué différentes normes lors de l'appréciation du témoignage de l'appellant et de celui de la plaignante.

(*Howe*, par. 59)

[100] I have serious reservations about whether “uneven scrutiny” is a helpful analytical tool to demonstrate error in credibility findings. As reflected in the submissions here, it appears to focus on methodology and presumes that the testimony of different witnesses necessarily deserves parallel or symmetrical analysis. In my view, the focus must always be on whether there is reversible error in the trial judge’s credibility findings. Even in *Howe*, Doherty J.A. ultimately chose to frame the uneven scrutiny argument slightly differently: para. 64. Rather than say that the appellant had demonstrated uneven scrutiny of the evidence, Doherty J.A. explained that the essential problem in the trial judge’s reasons was that he had “failed to factor into his assessment of [the complainant’s] credibility his finding that she deliberately lied on important matters in the course of testifying in reply”: para. 64. In appellate cases that have accepted an uneven scrutiny argument, there was some specific error in the credibility assessments: see, e.g., *Kiss*, at paras. 88-106; *R. v. Gravesande*, 2015 ONCA 774, 128 O.R. (3d) 111, at paras. 37-43; *R. v. Willis*, 2019 NSCA 64, 379 C.C.C. (3d) 30, at paras. 55-62; *R. v. Roth*, 2020 BCCA 240, 66 C.R. (7th) 107, at para. 54. As shown in *Howe*, uneven scrutiny easily overlaps with other arguments for why a trial judge’s credibility findings are problematic. It is therefore unsurprising to see uneven scrutiny tacked on to arguments like insufficiency of reasons, misapprehension of evidence, reversing the burden of proof, palpable and overriding error, or unreasonable verdict.

[101] Nevertheless, without full submissions, I would not comment further on whether uneven scrutiny is a helpful or independent ground of appeal. In this case, it is clear that the respondents have neither demonstrated that the trial judge unevenly scrutinized the evidence in the course of his credibility assessments nor that any alleged error in reasoning figured in his ultimate conclusion as

[100] J’ai de sérieuses réserves quant à savoir si un « examen inégal » est un outil d’analyse utile pour démontrer que les conclusions relatives à la crédibilité sont erronées. Comme l’illustrent les arguments des parties en l’espèce, l’examen inégal semble axé sur la méthodologie et suppose que le témoignage de différents témoins mérite nécessairement une analyse parallèle ou symétrique. À mon avis, il faut toujours mettre l’accent sur la question de savoir si les conclusions relatives à la crédibilité tirées par le juge du procès sont entachées d’une erreur susceptible de révision. Même dans l’arrêt *Howe*, le juge Doherty a en définitive choisi de formuler l’argument relatif à un examen inégal d’une manière légèrement différente : para. 64. Plutôt que de dire que l’appelant a prouvé qu’il y avait eu examen inégal de la preuve, le juge Doherty a expliqué que le problème fondamental des motifs du juge du procès était qu’il avait [TRADUCTION] « omis de tenir compte, dans son appréciation de la crédibilité de [la plaignante], de sa conclusion portant qu’elle avait délibérément menti concernant des questions importantes au cours de sa réponse » : para. 64. Dans les décisions d’appel où l’argument de l’examen inégal a été accepté, les appréciations de la crédibilité comportaient une erreur précise : voir, p. ex., *Kiss*, para. 88-106; *R. c. Gravesande*, 2015 ONCA 774, 128 O.R. (3d) 111, para. 37-43; *R. c. Willis*, 2019 NSCA 64, 379 C.C.C. (3d) 30, para. 55-62; *R. c. Roth*, 2020 BCCA 240, 66 C.R. (7th) 107, para. 54. Comme le montre l’arrêt *Howe*, l’argument de l’examen inégal peut facilement chevaucher d’autres arguments pour lesquels les conclusions sur la crédibilité tirées par un juge du procès posent problème. Il n’est donc pas surprenant de voir l’argument de l’examen inégal couplé à des arguments comme ceux de l’insuffisance des motifs, de l’interprétation erronée de la preuve, de l’inversion du fardeau de la preuve, de l’erreur manifeste et dominante ou du verdict déraisonnable.

[101] Néanmoins, faute d’observations complètes, je ne pousserai pas plus loin mes commentaires sur la question de savoir si l’examen inégal est un moyen d’appel utile ou indépendant. En l’espèce, il est manifeste que les intimés n’ont ni démontré que le juge du procès avait examiné la preuve de façon inégale lors de ses appréciations de la crédibilité, ni que sa dernière conclusion concernant leur culpabilité

to the respondents' guilt: see, e.g., *Gravesande*, at paras. 18-19 and 43; *Howe*, at para. 65. While the respondents have pointed to 22 reasons why they disagree with the trial judge's findings, there is no suggestion that he treated similar inconsistencies, or similar positive evidence, differently when making credibility findings for each side: see, e.g., *Kiss*, at paras. 93-97. The respondents simply invite this Court to reassess the trial judge's credibility determinations. Even based on the law of uneven scrutiny as it exists in appellate courts today, there is no basis for this Court to do so: *Aird (A.)*, at para. 39.

III. Conclusion

[102] The trial judge's reasons were not perfect. They did not have to be. The trial judge did not err in addressing consent and capacity together throughout his reasons. Capacity is a precondition to consent, and as such there was no need for the trial judge to consider capacity separately from or after the issue of factual consent. It was open to the trial judge to find that the complainant was both incapable of consenting and factually did not consent and convict the respondents on either or both routes.

[103] Nor did the trial judge equate *any* degree of intoxication with incapacity. The trial judge explained what he found and why, and what he found was that the respondents committed a sexual assault upon the extremely intoxicated complainant, who was passed out when the assault commenced. Their convictions were safe and the trial judge made no error.

[104] For these reasons, I would allow the Crown's appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the respondents' convictions.

comportait une prétendue erreur de raisonnement : voir, p. ex., *Gravesande*, par. 18-19 et 43; *Howe*, par. 65. Bien que les intimés aient indiqué 22 raisons pour lesquelles ils ne souscrivaient pas aux conclusions du juge du procès, rien ne laisse croire que celui-ci a traité des incohérences semblables, ou des éléments de preuve positive semblables, différemment lorsqu'il a tiré ses conclusions sur la crédibilité pour chacune des parties : voir, p. ex., *Kiss*, par. 93-97. Les intimés invitent simplement la Cour à apprécier à nouveau les conclusions sur la crédibilité tirées par le juge du procès. Même sur le fondement des règles de droit en matière d'examen inégal qui existent aujourd'hui devant les juridictions d'appel, rien ne justifie que notre Cour le fasse : *Aird (A.)*, par. 39.

III. Conclusion

[102] Les motifs du juge du procès n'étaient pas parfaits, et ils n'avaient pas à l'être. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en abordant en même temps le consentement et la capacité tout au long de ses motifs. La capacité est une condition préalable au consentement, de sorte qu'il n'était pas nécessaire pour le juge du procès d'examiner la question de la capacité séparément de celle du consentement factuel, ou après. Le juge du procès pouvait conclure que la plaignante était à la fois incapable de consentir et qu'elle n'avait pas consenti dans les faits et déclarer les intimés coupables par l'une ou l'autre de ces voies, ou les deux.

[103] Le juge du procès n'a pas non plus assimilé *tout* degré d'ébriété à l'incapacité. Il a expliqué ce qu'il a conclu et pourquoi, soit que les intimés avaient commis une agression sexuelle sur la plaignante qui était dans un état d'ébriété extrêmement avancé, et qui était inconsciente lorsque l'agression a commencé. Les déclarations de culpabilité étaient raisonnables et le juge du procès n'a commis aucune erreur.

[104] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi interjeté par la Couronne, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir les déclarations de culpabilité des intimés.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

[105] BROWN AND ROWE JJ. — There is much in the reasons of our colleague Justice Karakatsanis to endorse, including the result (at which we also arrive, but via a different path). We agree, for example, that capacity to consent should be understood as a precondition to consent under s. 273.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. We also agree that it is possible to find that a complainant lacked capacity to consent *while* being capable of withholding consent (see J. Benedet and I. Grant, “Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities: Consent, Capacity, and Mistaken Belief” (2007), 52 *McGill L.J.* 243, at p. 270).

[105] LES JUGES BROWN ET ROWE — Les motifs de notre collègue la juge Karakatsanis emportent largement notre adhésion, y compris son dispositif (auquel nous arrivons également, mais par une voie différente). Nous reconnaissons, par exemple, que la capacité à consentir devrait être considérée comme une condition préalable au consentement au sens de l’art. 273.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Il nous apparaît aussi possible de conclure qu’une plaignante n’avait pas la capacité de consentir *tout en étant* capable de refuser de consentir (voir J. Benedet et I. Grant, « Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities : Consent, Capacity, and Mistaken Belief » (2007), 52 *R.D. McGill* 243, p. 270).

[106] Subject to the observations we make below, we also accept much of our colleague’s recounting of the law regarding appellate review for sufficiency of reasons. What divides us, above all, is its application to the trial judge’s reasons in this case. In convicting the respondents on the basis of the complainant’s incapacity to consent, he explained neither the standard by which he decided incapacity, nor its application to these circumstances in which, significantly, the complainant’s evidence was not determinative of the issue. This was, in our respectful view, an error.

[106] Sous réserve des observations que nous formulons ci-après, nous souscrivons aussi à une bonne part de la recension que fait notre collègue des règles de droit applicables à l’examen en appel de la suffisance des motifs. Ce qui nous divise, essentiellement, c’est la manière dont ces règles s’appliquent aux motifs du juge du procès en l’espèce. En déclarant coupables les intimés pour cause d’incapacité de la plaignante à consentir, le juge du procès n’a pas expliqué ni la norme qui l’a conduit à conclure à cette incapacité, ni l’application de cette norme à des circonstances dans lesquelles, notablement, le témoignage de la plaignante n’était pas concluant. C’était, à notre humble avis, une erreur.

[107] That said, the evidence that the complainant did not consent is overwhelming. We would therefore apply the curative proviso, allow the appeal and restore the respondents’ convictions.

[107] Cela dit, la preuve démontrant que la plaignante n’a pas consenti est accablante. Nous sommes donc d’avis d’appliquer la disposition réparatrice, d’accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité des intimés.

I. Sufficiency of Reasons

I. Suffisance des motifs

[108] It is by now well established that a trial judge’s reasons in a criminal case, read as a whole in the context of the evidence and the arguments at trial, must be sufficient to explain the verdict to the accused, to provide public accountability and to permit effective appellate review (*R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at paras. 15-16;

[108] Il est maintenant bien établi que les motifs du juge du procès dans une affaire criminelle, considérés globalement dans le contexte de la preuve et des arguments présentés au procès, doivent être suffisants pour expliquer le verdict à l’accusé, rendre compte au public et permettre un examen efficace en appel (*R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 15-16;

R. v. Dinardo, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788, at para. 25; *R. v. Vuradin*, 2013 SCC 38, [2013] 2 S.C.R. 639, at para. 12; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at paras. 24-25 and 52). Where an appellate court cannot discern the basis for the verdict such that meaningful appellate review is impossible, this constitutes an error of law (*Sheppard*, at paras. 28 and 46; *R.E.M.*, at para. 17). This is a highly context-specific inquiry. Whether an appellate court can be said to have appropriately reviewed or inappropriately “parsed” a trial judge’s reasons in a search for error will depend entirely on the reasons and record in each case.

[109] As our colleague Karakatsanis J. generally recounts, in the criminal justice system the mandate of an appellate court is to review trial decisions, and trial judges must provide reasons sufficient for this purpose. She cautions that appellate reviewers must not “finely parse” the judge’s reasons in a search for error, and laments “appellate court decisions that scrutinize the text of trial reasons” on “the basis of parsing imperfect or summary expression on the part of the trial judge” (paras. 69 and 76 (emphasis added)). It remains, however, the case — and we do not take our colleague as disagreeing — that an appellate reviewer’s role is not discharged by giving trial reasons for judgment a once-over-lightly perusal, but by *reading* and *considering* the trial judgment in order to assess whether, in light of the evidence and arguments at trial, it shows that the trial judge discerned and decided the live issues so as to permit meaningful appellate review (*Sheppard*, at para. 28; *R.E.M.*, at para. 57). Seen in that light, abstract warnings about “parsing” and “scrutinizing” are not, in our respectful view, particularly helpful as concrete guidance to appellate reviewers. Rather, the degree of scrutiny that appellate courts should bring to bear follows from the purposes of that scrutiny, which is to ensure that the trial judge’s reasons are (as noted above) sufficient to explain the verdict to the accused, to provide public accountability and to permit effective appellate review.

R. c. Dinardo, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 25; *R. c. Vuradin*, 2013 CSC 38, [2013] 2 R.C.S. 639, par. 12; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 24-25 et 52). Lorsqu’une cour d’appel ne peut discerner le fondement du verdict de sorte qu’un véritable examen en appel est impossible, alors il y a erreur de droit (*Sheppard*, par. 28 et 46; *R.E.M.*, par. 17). Cette analyse est largement tributaire du contexte. La question de savoir si une cour d’appel a adéquatement examiné ou inadéquatement « décortiqué » les motifs du juge du procès pour y trouver une erreur dépendra entièrement des motifs et du dossier dans chaque affaire.

[109] Comme le rappelle de façon générale notre collègue la juge Karakatsanis, le mandat d’une cour d’appel dans le système de justice criminelle consiste à examiner les décisions de première instance, et les juges présidant des procès doivent motiver suffisamment leur décision à cette fin. Elle précise que les tribunaux chargés de l’examen en appel doivent s’abstenir de « décortiquer avec finesse » les motifs du juge du procès à la recherche d’une erreur, et elle déplore les « décisions des juridictions d’appel où le tribunal passé au peigne fin le texte des motifs de première instance » et qui sont fondées sur « une analyse détaillée de l’expression imparfaite ou sommaire de la part du juge du procès » (par. 69 et 76 (nous soulignons)). Il n’en demeure pas moins, peu importe le cas — et nous ne supposons pas que notre collègue soit en désaccord — qu’une cour d’appel ne s’acquittera pas de son rôle en parcourant en diagonale les motifs du jugement de première instance, mais plutôt en les *lisant* et les *examinant* afin de constater si, eu égard à la preuve et aux arguments présentés au procès, le juge du procès a ou non discerné et tranché les points litigieux de manière à permettre un examen valable en appel (*Sheppard*, par. 28; *R.E.M.*, par. 57). Vues sous cet angle, des mises en garde abstraites portant sur « le décortilage » et « l’examen au peigne fin » ne sont pas, à notre humble avis, particulièrement utiles pour guider concrètement les tribunaux chargés de l’examen en appel. L’étendue de l’examen rigoureux auquel sont plutôt tenues les cours d’appel découle de l’objet de cet examen, qui est de s’assurer que les motifs du juge du procès permettent (comme indiqué plus haut) d’expliquer le verdict à l’accusé, de rendre compte au public et de permettre un véritable examen en appel.

[110] A further problem is presented by our colleague's statement that, despite this Court's guidance in *Sheppard*, "we continue to encounter appellate court decisions that scrutinize the text of trial reasons in a search for error" where "safe convictions after fair trials are being overturned not on the basis of legal error but on the basis of parsing imperfect or summary expression on the part of the trial judge" (para. 76). Of course, safe convictions free from legal error should not be overturned. But, and with respect, this is an unhelpful observation, since it is not possible to conclude that convictions are "safe" or that trials were "fair" where the reasons are insufficient to permit appellate review. Our colleague's critique assumes the conclusion. While a trial judge's reasons need not be letter-perfect, we do not consider scrutiny of a trial judge's reasons to be inconsistent with this Court's guidance in *Sheppard*. To the contrary, appellate courts are tasked with reviewing a trial judge's reasons on appeal, and an appellant from a conviction has a statutorily granted right to have the trial verdict "*properly* scrutinized" (*Sheppard*, at para. 46 (emphasis in original)).

[111] Similarly, while we accept that trial judges are presumed to know the law with which they regularly work and that they are not required to "expound on features of criminal law that are not controversial in the case before them" (Karakatsanis J.'s reasons, at para. 74), this does not obviate the importance of the appellate reviewer properly and carefully discharging its role. As this Court has noted, the presumption cited by our colleague "is of limited relevance", since "it is the correctness of the decision in a particular case that the parties are entitled to have reviewed by the appellate court" (*Sheppard*, at para. 55, point 9). Meaning, the presumption that trial judges know the law does not negate the appellate reviewer's duty to insist upon trial reasons for judgment that,

[110] Un autre problème se pose, et il découle de l'affirmation de notre collègue selon laquelle, en dépit des indications données par notre Cour dans l'arrêt *Sheppard*, « nous continuons à voir des décisions des juridictions d'appel où le juge passe au peigne fin le texte des motifs de première instance à la recherche d'une erreur », où « des condamnations justifiées rendues à la suite de procès équitables sont annulées non pas sur le fondement d'une erreur juridique, mais sur le fondement d'une analyse détaillée de l'expression imparfaite ou sommaire de la part du juge du procès » (par. 76). Certes, des condamnations justifiées qui ne sont entachées d'aucune erreur de droit ne devraient pas être annulées. Toutefois, soit dit en tout respect, ce n'est pas là une observation d'une grande utilité, puisqu'il est impossible de conclure qu'une déclaration de culpabilité est « justifiée » ou qu'un procès a été « équitable » si la décision n'est pas suffisamment motivée pour en permettre l'examen en appel. La critique de notre collègue suppose la conclusion. Bien que les motifs du juge du procès n'aient pas à être parfaits, nous ne croyons pas que l'examen rigoureux de ceux-ci soit incompatible avec les balises proposées par notre Cour dans l'arrêt *Sheppard*. Au contraire, les cours d'appel sont chargées d'examiner en appel les motifs du juge du procès, et la personne qui fait appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre elle bénéficie d'un droit conféré par la loi à ce que le verdict rendu en première instance soit soumis à un « examen *convenable* » (*Sheppard*, par. 46 (en italique dans l'original)).

[111] De même, bien que nous acceptions que le juge du procès soit présumé connaître le droit qu'il applique tous les jours et qu'il ne soit pas tenu « d'expliquer les éléments du droit criminel qui ne sont pas contestés dans l'affaire dont il est saisi » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 74), cela n'élimine pas l'importance que le tribunal chargé de l'examen en appel s'acquitte correctement et soigneusement de son rôle. Comme l'a indiqué la Cour, la présomption citée par notre collègue « a une portée limitée » puisque « c'est la justesse de la décision rendue dans une affaire en particulier que les parties peuvent faire examiner par un tribunal d'appel » (*Sheppard*, par. 55, point 9). Autrement dit, la présomption selon laquelle le juge du procès connaît le droit n'écarte

read together with the record, show that the law was correctly applied in a particular case (*Sheppard*, at para. 55, points 2 and 9; *R.E.M.*, at para. 47).

[112] That said, our central point of departure arises from our colleague’s statement:

Where all that can be said is a trial judge may or might have erred, the appellant has not discharged their burden to show actual error or the frustration of appellate review. Where ambiguities in a trial judge’s reasons are open to multiple interpretations, those that are consistent with the presumption of correct application must be preferred over those that suggest error. [para. 79]

Respectfully, this statement departs from settled precedent.

[113] Accused persons and their lawyers have to make informed decisions about whether to appeal and on what grounds (*R.E.M.*, at para. 11, point 3; *Sheppard*, at para. 24). They are, therefore, entitled to know not only *that* the trial judge was left with no reasonable doubt, but also *why* this was so (*Dinardo*, at para. 35, citing *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 21; *R.E.M.*, at para. 17). As McLachlin C.J. said in *R.E.M.*, at para. 37:

The question is whether, viewing the reasons in their entire context, the foundations for the trial judge’s conclusions — the “why” for the verdict — are discernable.

[114] Since the “why” for the verdict matters, it follows that, where a trial judge’s reasons remain obscure or uncertain when read in light of the record, the reasons are insufficient. For this reason, “where the appeal court considers itself unable to determine whether the decision is vitiated by error”, this Court’s answer in *Sheppard* was *not* to give the reasons a pass, but instead to hold them to be insufficient (para. 28). Significantly, in *Sheppard* this included circumstances where “there are conflicting theories for why the trial judge might have decided as he or she did, at least some of which would clearly

pas l’obligation du tribunal chargé de l’examen en appel d’exiger que les motifs de première instance, lus conjointement avec le dossier, montrent que le droit a été correctement appliqué dans un cas donné (*Sheppard*, par. 55, points 2 et 9; *R.E.M.*, par. 47).

[112] Cela dit, notre principal point de départ découle de l’affirmation suivante de notre collègue :

Lorsque tout ce que l’on peut dire c’est que le juge du procès a peut-être commis une erreur, l’appelant ne s’est pas déchargé de son fardeau d’établir qu’il y a effectivement erreur ou entrave à l’examen en appel. Lorsque des ambiguïtés dans les motifs du juge du procès se prêtent à de multiples interprétations, celles qui sont compatibles avec la présomption d’application correcte doivent être préférées à celles qui laissent entrevoir une erreur. [par. 79]

Soit dit en tout respect, cette affirmation s’écarte de la jurisprudence établie.

[113] L’accusé et son avocat doivent décider de manière éclairée s’ils interjetteront appel et, dans l’affirmative, quels moyens ils invoqueront (*R.E.M.*, par. 11, point 3; *Sheppard*, par. 24). Ils ont, par conséquent, le droit de savoir non seulement *que* le juge du procès a écarté le doute raisonnable, mais aussi *pourquoi* il l’a écarté (*Dinardo*, par. 35, citant *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 21; *R.E.M.*, par. 17). Comme l’écrivait la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *R.E.M.*, par. 37 :

Il s’agit de savoir si, en lisant les motifs dans leur contexte global, il est possible de discerner le fondement des conclusions du juge du procès — le « pourquoi » du verdict.

[114] Étant donné que le « pourquoi » du verdict est important, il s’ensuit que lorsque les motifs du juge du procès, lus à la lumière du dossier, demeurent obscurs ou incertains, ils sont insuffisants. Pour cette raison, « lorsque [...] le tribunal d’appel s’estime incapable de déterminer si la décision est entachée d’une erreur », la réponse de la Cour dans l’arrêt *Sheppard* n’a *pas* été de laisser passer les motifs, mais plutôt de les considérer comme insuffisants (par. 28). Fait à noter, dans l’arrêt *Sheppard*, cela englobait la situation où « on peut donner de la décision du juge du procès des explications contradictoires

constitute reversible error” (para. 46). Our colleague does not account for this.

[115] It is therefore inaccurate to say, as our colleague says, that reasons are sufficient even where ambiguities therein leave open the possibility that the judge “may or might have erred”. Insufficiency arises precisely where an appellate court finds itself unable to determine whether a judge’s reasoning is tainted by error. Nor do we accept that the presumption that trial judges know the law can be used as a tool for holding reasons to be sufficient when the reasons are obscure or uncertain. Not only does this fail to fulfill the proper role of the appellate reviewer; it effectively leaves accused persons ignorant of the reasons for their conviction.

[116] In this case, the trial judge’s reasons make clear that he convicted on the basis of incapacity alone. His reasons conclude as follows:

Section 273.1(2)(b) of the Criminal Code indicates that no consent is obtained where the complainant is incapable of consenting to the activity. This applies in instances where a complainant is intoxicated.

Accordingly, I find the two accused guilty of sexual assault as charged. [Emphasis added.]

(2016 ONSC 3465, at paras. 72-73 (CanLII))

He confirmed this sole basis for convicting the respondents on two further occasions: in his decision on the mistrial application and in his reasons for sentence. In the former, he reiterated that “[t]he court accepted the Crown’s evidence that [the complainant] was impaired due to excessive alcohol consumption and was unable to provide the requisite consents”. In sentencing the respondents, he repeated: “The Crown satisfied the court beyond a reasonable doubt that [the complainant] was impaired due to excessive

dont au moins certaines constitueraient manifestement une erreur en justifiant l’annulation » (par. 46). Notre collègue ne tient pas compte de cette considération.

[115] Il est donc inexact d’affirmer, comme le fait notre collègue, que les motifs sont suffisants même lorsque les ambiguïtés qui s’y trouvent laissent place à la possibilité que le juge « a peut-être commis une erreur ». L’insuffisance a lieu précisément lorsqu’un tribunal d’appel se trouve incapable d’établir si le raisonnement d’un juge est entaché d’une erreur. Nous n’acceptons pas non plus que la présomption selon laquelle le juge du procès connaît le droit puisse être utilisée en tant qu’outil permettant de conclure qu’une décision est suffisamment motivée lorsque les motifs sont obscurs ou incertains. Non seulement cela ne correspond pas au rôle dévolu au tribunal chargé de l’examen en appel, mais cela a pour effet de laisser l’accusé dans l’ignorance des motifs de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.

[116] En l’espèce, les motifs du juge du procès montrent clairement qu’il a prononcé une déclaration de culpabilité sur le seul fondement de l’incapacité. Il conclut ainsi ses motifs :

[TRANSLATION] L’alinéa 273.1(2)b) du Code criminel indique qu’il n’y a pas consentement de la plaignante lorsque celle-ci est incapable de le former. Cela s’applique aux cas où la plaignante est en état d’ébriété.

En conséquence, je déclare les deux accusés coupables de l’agression sexuelle qui leur est reprochée. [Nous soulignons.]

(2016 ONSC 3465, par. 72-73 (CanLII))

Il confirme à deux autres reprises ce seul fondement justifiant la déclaration de culpabilité des intimés : dans sa décision sur la demande d’annulation du procès et dans ses motifs relatifs à la peine. Pour ce qui est de la décision sur la demande d’annulation du procès, il rappelle que [TRANSLATION] « [l]e tribunal a accepté la preuve de la Couronne selon laquelle [la plaignante] avait les facultés affaiblies en raison d’une consommation excessive d’alcool et était incapable de donner les consentements requis ».

alcohol consumption and was unable to provide the required consent” (2017 ONSC 5203, at para. 1 (CanLII)).

[117] The difficulty is that, while it is clear that the trial judge convicted on the basis of the complainant’s incapacity to consent, his reasons do not disclose *what standard* he applied in deciding that the complainant *was* incapable of consenting. This was a critical omission, since the complainant’s evidence was unclear as to capacity, and certainly did not lead unavoidably to a finding of incapacity. She did not testify, for example, that she was unable to understand the physical act, that the act was sexual in nature, the specific identity of the accused, or that she had the choice to refuse to participate in the sexual activity. Nor did she testify to unconsciousness during the sexual acts, such that a finding of incapacity necessarily followed. Rather, her testimony was that she was very intoxicated, and that her ability to resist the accused was correspondingly impaired.

[118] We do not dispute that a finding of incapacity was certainly available on this evidence. The problem is that this evidence could also support the conclusion that the complainant had the cognitive capacity to consent throughout the interaction, notwithstanding her intoxication, *and* that the trial judge’s reasons are ambiguous as to the threshold he applied in determining that the complainant lacked capacity. Without any reference to the threshold for a finding of incapacity, or findings of fact that demonstrate an appreciation of that threshold, it remains possible — and, indeed, from his reasons it is difficult to conclude otherwise — that the trial judge simply accepted that the complainant was intoxicated and ended his analysis at that point, without considering the further question of whether that intoxication was such as to result in incapacity. While our colleague emphasizes (at paras. 86-89) that the trial judge

Lorsqu’il a déterminé la peine à infliger aux intimés, il a réitéré ce qui suit : « La Couronne a convaincu le tribunal hors de tout doute raisonnable que [la plaignante] avait les facultés affaiblies en raison d’une consommation excessive d’alcool et était incapable de donner le consentement requis » (2017 ONSC 5203, par. 1 (CanLII)).

[117] La difficulté est que, même s’il est clair que le juge du procès a prononcé la déclaration de culpabilité sur le fondement de l’incapacité de la plaignante à consentir, ses motifs ne précisent pas *quelle norme* il a appliquée pour décider que la plaignante *était* incapable de consentir. C’était là une omission critique puisque le témoignage de la plaignante n’était pas clair en ce qui concerne sa capacité à consentir, et ne conduisait certainement pas inévitablement à une conclusion d’incapacité. Elle n’a pas dit, par exemple, qu’elle était incapable de comprendre l’acte physique, le fait que l’acte était de nature sexuelle, l’identité précise des accusés ou le fait qu’elle pouvait refuser de participer à l’activité sexuelle. Elle n’a pas non plus témoigné avoir été dans un état d’inconscience pendant les rapports sexuels, de sorte qu’une conclusion d’incapacité s’ensuivrait nécessairement. Selon son témoignage, elle était plutôt en état d’ébriété avancée et sa capacité de résister aux accusés était par conséquent affaiblie.

[118] Nous ne contestons pas qu’une conclusion d’incapacité était certainement possible au vu de cette preuve. La difficulté est que cette dernière pourrait aussi fonder la conclusion portant que la plaignante avait la capacité cognitive de consentir tout au long de l’interaction, malgré son état d’ébriété, *et* que les motifs du juge du procès sont ambigus quant au critère qu’il a appliqué pour établir que la plaignante n’avait pas la capacité de consentir. Sans la moindre référence au critère applicable pour conclure à l’incapacité, ou sans conclusions de fait attestant la prise en compte de ce critère, il demeure possible — et d’ailleurs, au vu de ses motifs, il est difficile de conclure autrement — que le juge du procès ait simplement admis que la plaignante était en état d’ébriété et qu’il ait terminé là son analyse, sans se demander aussi si cet état d’ébriété était tel qu’il donnait lieu à une incapacité. Bien que notre collègue

believed the complainant's evidence that she was intoxicated and did not consent, this is not dispositive. Not every instance of intoxication will result in incapacity. In order to convict the respondents, as he did, on the basis that the complainant was incapable of consenting, it was crucial that the trial judge satisfy himself that the complainant was intoxicated to the point that she could not provide consent.

[119] Our colleague says “[a]ll parties agreed at trial that the complainant's evidence, if accepted, established incapacity” (para. 67). This is not accurate. The respondents did not concede that a finding of incapacity would inevitably flow from a finding that the complainant was credible. More fundamentally, the issue of incapacity cannot be resolved by an appellate reviewer simply having regard as our colleague does to the trial judge's credibility finding. The absence of consent is an element of the *actus reus* of sexual assault (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 25). To say that the trial judge believed the complainant does not resolve the issue of whether the trial judge applied the proper yardstick in determining capacity to consent.

II. The Curative Proviso

[120] Notwithstanding the insufficiency of the trial judge's reasons, we would uphold the convictions via the curative proviso. In light of the overwhelming evidence that the complainant did not consent, no other verdict was possible. The trial judge, having accepted that the complainant was credible, could not plausibly have believed her to be lying about her subjective state of mind at the material time. And in that regard, her evidence of non-consent (irrespective of incapacity) was categorical: the sexual activity was not consensual, and she wanted it to stop. Indeed, she testified that she went so far as to communicate this to the respondents by saying stop and by trying to push them away.

souligne aux par. 86-89 que le juge du procès a cru le témoignage de la plaignante selon lequel elle était en état d'ébriété et n'avait pas consenti, cela n'est pas concluant. Un état d'ébriété n'entraînera pas toujours une incapacité de consentir. Pour pouvoir conclure comme il l'a fait à la culpabilité des intimés au motif que la plaignante était incapable de consentir, le juge du procès devait absolument être convaincu que la plaignante était en état d'ébriété à un point tel qu'il lui était impossible de donner un consentement.

[119] Notre collègue affirme que « [t]outes les parties ont reconnu au procès que le témoignage de la plaignante, s'il était accepté, établissait l'incapacité » (par. 67). Cette affirmation est inexacte. Les intimés n'ont pas reconnu qu'une conclusion d'incapacité découlerait inévitablement de la conclusion portant que la plaignante était crédible. Plus fondamentalement, le tribunal chargé de l'examen en appel ne saurait résoudre la question de l'incapacité en se rapportant simplement, comme le fait notre collègue, à la conclusion du juge du procès au sujet de la crédibilité. L'absence de consentement est un élément de l'*actus reus* de l'agression sexuelle (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 25). Dire que le juge du procès a cru la plaignante ne règle pas la question de savoir s'il a appliqué le bon critère pour statuer sur sa capacité à consentir.

II. La disposition réparatrice

[120] Malgré l'insuffisance des motifs du juge du procès, nous sommes d'avis de confirmer les déclarations de culpabilité au moyen de la disposition réparatrice. Compte tenu de la preuve accablante démontrant que la plaignante n'a pas consenti, aucun autre verdict n'était possible. Ayant admis que la plaignante était crédible, le juge du procès n'aurait pu plausiblement croire qu'elle mentait sur son état d'esprit subjectif au moment des faits. Et sur ce point, la plaignante a témoigné de manière catégorique qu'elle n'avait pas consenti (indépendamment de l'incapacité) : l'activité sexuelle n'était pas consensuelle, et elle voulait qu'elle cesse. Elle a même témoigné être allée jusqu'à le communiquer aux intimés en leur disant d'arrêter et en tentant de les repousser.

[121] Conversely, the trial judge disbelieved G.F., whose evidence was that he repeatedly asked the complainant whether she consented to engaging in sex with him and R.B. and that she did consent. R.B. did not testify. This left no evidence available to raise a reasonable doubt about whether the complainant consented.

[122] The respondents resist application of the curative proviso, saying, first, that the complainant's evidence relating to her lack of capacity conflicted with her evidence that she did not consent, and, secondly, that the trial judge should have analyzed each issue separately in order to reconcile those (alleged) conflicts. Specifically, the respondents point to the following:

- a) On the one hand, the complainant said she was unable to say stop or scream for help. On the other hand, she testified that she did say stop multiple times and was able to scream if she wanted to, but did not do so out of fear.
- b) On the one hand, the complainant said she was physically incapable of pushing or pulling away because of her intoxication. On the other hand, she testified that she did push or pull away on several occasions during the sexual activity.
- c) On the one hand, the complainant said that G.F. was dragging her by the hips and manipulating her body into various positions for intercourse (effectively implying that her body was limp). On the other hand, she testified that she herself got onto her hands and knees and bent over R.B.'s body as G.F. penetrated her because she was going along with it and did not know what else to do.

[123] When the record is reviewed as a whole, none of this reveals inconsistencies in the complainant's evidence. She estimated that the sexual activity lasted between half an hour and an hour, during which time she "kept blacking out and going in and out of it". In the circumstances of someone experiencing varying degrees of awareness, there is nothing

[121] En revanche, le juge du procès n'a pas cru G.F., qui a témoigné avoir demandé à plusieurs reprises à la plaignante si elle consentait à se livrer à des rapports sexuels avec lui et R.B., ajoutant qu'elle avait bien consenti. R.B. n'a pas témoigné. Il ne restait donc aucun élément de preuve susceptible de soulever un doute raisonnable sur la question de savoir si la plaignante avait consenti.

[122] Les intimés s'opposent à l'application de la disposition réparatrice, affirmant d'abord que le témoignage de la plaignante relatif à son incapacité à consentir contredisait son témoignage selon lequel elle n'avait pas consenti, et, ensuite, que le juge du procès aurait dû analyser chaque point séparément pour résoudre ces (prétendus) conflits. Plus précisément, les intimés signalent ce qui suit :

- a) D'une part, la plaignante a dit qu'elle avait été incapable de dire aux intimés d'arrêter ou de crier à l'aide. D'autre part, elle a témoigné leur avoir dit d'arrêter à de nombreuses reprises et avoir été en mesure de crier si elle le voulait, mais s'être abstenue de le faire par crainte.
- b) D'une part, la plaignante a dit qu'elle avait été physiquement incapable de repousser les intimés ou de se dégager de leur étreinte en raison de son état d'ébriété. D'autre part, elle a témoigné que, à plusieurs reprises, pendant l'activité sexuelle, elle les avait repoussés ou s'était dégagée.
- c) D'une part, la plaignante a dit que G.F. l'avait tirée par les hanches et l'avait placée en diverses positions pour un rapport sexuel (ce qui suppose que son corps était mou). D'autre part, elle a témoigné s'être elle-même positionnée sur les mains et les genoux et s'être inclinée sur le corps de R.B. alors que G.F. la pénétrait parce qu'elle se laissait faire, ne sachant plus quoi faire d'autre.

[123] Après examen du dossier dans son ensemble, force est de constater que rien de ce qui précède ne révèle des contradictions dans le témoignage de la plaignante. Elle a estimé que l'activité sexuelle avait duré entre une demi-heure et une heure, période pendant laquelle elle avait [TRADUCTION] « tour à tour perdu conscience et était revenue à elle-même ».

inconsistent about feeling unable to say stop or physically resist at some moments of the encounter, and being able to do these things at other moments.

III. Conclusion

[124] The trial judge's reasons are insufficient to allow appellate review of his finding that the complainant did not have the capacity to consent. In view of the overwhelming evidence that the complainant did not consent to the sexual activity in question, however, no verdict other than guilt was possible. We would allow the appeal and restore the convictions.

The following are the reasons delivered by

[125] CÔTÉ J. (dissenting) — I agree with the position taken by my colleagues Justices Brown and Rowe on the law regarding appellate review for sufficiency of reasons. Moreover, my colleagues would find that the trial judge erred in convicting the respondents on the basis of the complainant's incapacity to consent without explaining both the standard by which he decided incapacity as well as its application to the complainant's evidence. I agree, and I outline below a further error with respect to the trial judge's conflation of consent and capacity.

[126] However, I must depart from my colleagues with respect to their view that "a finding of incapacity was certainly available on th[e] evidence" (Brown and Rowe JJ.'s reasons, at para. 118) and that the convictions can therefore be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In my view, the trial judge's errors were not harmless or trivial, nor do I think that the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably convict. Given that credibility was the central issue at trial and that I do not find the Crown's case to be otherwise "staggering" (*R. v. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39, at para. 101), I do not believe that this is an appropriate case in which to apply the curative proviso. Therefore, I would

Lorsqu'on passe par divers degrés de conscience, il n'y a rien de contradictoire à se sentir incapable de dire à son agresseur d'arrêter ou d'opposer une résistance physique à certains moments, et à se trouver capable de le faire à d'autres moments.

III. Conclusion

[124] Les motifs du juge du procès ne sont pas suffisants pour permettre un examen en appel de sa conclusion selon laquelle la plaignante n'avait pas la capacité de consentir. Toutefois, compte tenu de la preuve accablante établissant que la plaignante n'a pas consenti à l'activité sexuelle, seul un verdict de culpabilité était possible. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

[125] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Je souscris à l'opinion de mes collègues les juges Brown et Rowe quant aux règles de droit applicables à l'examen en appel de la suffisance des motifs. Selon mes collègues, le juge du procès a erré en déclarant les intimés coupables au motif que la plaignante était incapable de consentir, sans expliquer quelle norme l'a mené à conclure à cette incapacité ni de quelle façon cette norme s'appliquait au témoignage de la plaignante. Je partage cet avis et j'expose ci-après une autre erreur qui a trait à l'amalgame entre les notions de consentement et de capacité à consentir.

[126] Toutefois, je dois me dissocier de mes collègues quand ils affirment qu'« une conclusion d'incapacité était certainement possible au vu de [la] preuve » (motifs des juges Brown et Rowe, par. 118) et que les déclarations de culpabilité peuvent donc être confirmées par l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Selon moi, les erreurs du juge du procès n'étaient ni inoffensives ni anodines, et je ne crois pas non plus que la preuve soit si accablante que le juge des faits conclurait inévitablement à la culpabilité des intimés. Puisque la crédibilité était la question centrale du procès et qu'à mon avis la preuve à charge n'était pas par ailleurs [TRADUCTION] « accablante » (*R. c. L.K.W.* (1999), 126 O.A.C. 39,

dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal's order for a new trial.

I. Sufficiency of Reasons

[127] In her reasons, my colleague Justice Karakatsanis acknowledges that “[o]bviously, equating *any* degree of intoxication with incapacity would be wrong in law” (para. 84 (emphasis in original)), but states that no such reading of the trial judge's reasons is appropriate in the instant case. With respect, my colleague supplants the trial judge's clear statements with an interpretation that is not supported by the record.

[128] The sole paragraph in the trial judge's reasons that shows any reasoning whatsoever on this point is as follows: “Section 273.1(2)(b) of the Criminal Code indicates that no consent is obtained where the complainant is incapable of consenting to the activity. This applies in instances where a complainant is intoxicated” (2016 ONSC 3465, at para. 72 (CanLII)).

[129] I agree with Brown and Rowe JJ. that “while it is clear that the trial judge convicted on the basis of the complainant's incapacity to consent, his reasons do not disclose *what standard* he applied in deciding that the complainant *was* incapable of consenting. This was a critical omission, since the complainant's evidence was unclear as to capacity, and certainly did not lead unavoidably to a finding of incapacity” (para. 117 (emphasis in original)). I am also in agreement that “[i]n order to convict the respondents, as he did, on the basis that the complainant was incapable of consenting, it was crucial that the trial judge satisfy himself that the complainant was intoxicated to the point that she could not provide consent” (para. 118).

[130] I would add the following. The record shows that the trial judge was led to the conclusion that

par. 101), je ne crois pas qu'il y ait lieu en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice. Je rejetterais donc le pourvoi et confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel exigeant la tenue d'un nouveau procès.

I. Suffisance des motifs

[127] Dans ses motifs, ma collègue la juge Karakatsanis reconnaît que, « [é]videmment, assimiler *tout* degré d'ébriété à l'incapacité de consentir serait fautif en droit » (par. 84 (en italique dans l'original)), mais elle ajoute qu'une telle interprétation des motifs du juge du procès n'est pas appropriée en l'espèce. Avec égards, j'estime que ma collègue substitue aux affirmations sans équivoque du juge du procès une interprétation qui n'est pas appuyée par le dossier.

[128] Le seul paragraphe des motifs du juge de première instance qui indique un quelconque raisonnement sur ce point est le suivant : [TRADUCTION] « L'alinéa 273.1(2)b) du Code criminel indique qu'il n'y a pas consentement de la plaignante lorsque celle-ci est incapable de le former. Cela s'applique aux cas où la plaignante est en état d'ébriété » (2016 ONSC 3465, par. 72 (CanLII)).

[129] Je reconnais avec les juges Brown et Rowe que, « même s'il est clair que le juge du procès a prononcé la déclaration de culpabilité sur le fondement de l'incapacité de la plaignante à consentir, ses motifs ne précisent pas *quelle norme* il a appliquée pour décider que la plaignante *était* incapable de consentir. C'était là une omission critique puisque le témoignage de la plaignante n'était pas clair en ce qui concerne sa capacité à consentir, et ne conduisait certainement pas inévitablement à une conclusion d'incapacité » (par. 117 (en italique dans l'original)). Je souscris également à l'idée que, « [p]our pouvoir conclure comme il l'a fait à la culpabilité des intimés au motif que la plaignante était incapable de consentir, le juge du procès devait absolument être convaincu que la plaignante était en état d'ébriété à un point tel qu'il lui était impossible de donner un consentement » (par. 118).

[130] J'ajouterais ce qui suit. Il ressort du dossier que le juge du procès a été amené à conclure

incapacity is automatically established if the complainant was intoxicated. The Crown explicitly stated in its closing submissions that any level of intoxication amounts to incapacity:

[THE CROWN]:

... So your Honour doesn't really have to, in the Crown's submission, delve into degrees of intoxication versus sobriety, at least, insofar as, as it applies to applying 273.1. Rather, in the Crown's submission, you're presented with a starker choice, of either accepting [the complainant's] evidence, which was that she was quite intoxicated – in the Crown's submission, if you accept her evidence, it's, it's pretty much a given that 273.1 will apply on the basis that she was incapable. On the other hand, the other stark choice you've been given is [G.F.] telling the court that she was as sober as when she appeared here in court. So by that assessment of things, if you do conclude that that's the case, then 273.1 would have no application whatsoever. So I just thought I'd mention that, Your Honour, in terms of framing the legal analysis in this case.

THE COURT:

So you're saying it's more an issue of credibility?

[THE CROWN]:

Very much so, as, as opposed to assessing degree of how drunk or not drunk she was.

(A.R., vol. VII, at p. 51)

The trial judge applied this flawed reasoning and found incapacity without assessing the complainant's level of intoxication.

[131] While trial judges are presumed to know the basic legal principles with which they engage on a regular basis (*R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664), there must be an intelligible foundation for their verdicts. In the instant case, it cannot be presumed that the trial judge both knew and applied the law based solely on one conclusory statement. I

que l'incapacité est automatiquement établie si la plaignante était en état d'ébriété. La Couronne a explicitement indiqué à la fin de sa plaidoirie que tout degré d'ébriété équivaut à l'incapacité :

[TRANSDUCTION]

[LA COURONNE] :

... Ainsi, selon la Couronne, vous n'avez pas, Monsieur le juge, à approfondir la question des degrés d'ébriété par opposition à la sobriété, du moins dans la mesure où il s'agit d'appliquer l'art. 273.1. Selon la Couronne, les options qui s'offrent à vous sont beaucoup plus tranchées. Soit vous acceptez le témoignage de [la plaignante] selon lequel elle était dans un état d'ébriété avancé — et dans ce cas, il va quasiment de soi pour la Couronne que l'art. 273.1 s'appliquera au motif qu'elle était incapable de consentir. Soit — et c'est l'autre option qui s'offre à vous — vous acceptez le témoignage de [G.F.] qui affirme qu'elle était aussi sobre ce jour-là que lorsqu'elle s'est présentée devant la cour. Si vous concluez que les choses se sont passées ainsi, l'art. 273.1 ne s'applique pas. J'ai simplement pensé que je devais mentionner cela, Monsieur le juge, pour bien circonscrire l'analyse juridique requise dans la présente affaire.

LA COUR :

Donc vous dites qu'il s'agit plutôt d'une question de crédibilité?

[LA COURONNE] :

Tout à fait, plutôt que d'une question de savoir jusqu'à quel point elle était ou non en état d'ébriété.

(d.a., vol. VII, p. 51)

Le juge du procès a appliqué ce raisonnement erroné et a conclu à l'incapacité de la plaignante à consentir, sans apprécier son degré d'ébriété.

[131] Même s'il faut présumer que les juges de première instance connaissent les principales règles de droit qu'ils appliquent de façon régulière (*R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664), leurs verdicts doivent néanmoins reposer sur un fondement intelligible. En l'espèce, on ne peut présumer sur la seule base d'une affirmation conclusive que le juge du

strongly echo the Court of Appeal’s concern that the trial judge’s statement that s. 273.1(2)(b) “applies in instances where a complainant is intoxicated” suggests that his view was that any level of intoxication is sufficient to vitiate consent, and it is not clear that this belief did not constitute the basis for his statement that there was no consent. Therefore, the presumption of correct application is not relevant.

[132] With the greatest of respect, it is simply conjecture for the majority to say that the trial judge was referring to a degree of extreme intoxication when discussing whether the complainant was so intoxicated as to be incapable of consenting. The record indicates that the trial judge was erroneously told not to delve into degrees of intoxication, and he did not do so. The only reasonable conclusion from the trial judge’s reasons is that so long as the complainant was intoxicated, as she claimed, then she was incapable of consenting. This is a clear error in law.

[133] The trial judge’s credibility-centred analysis led him to equate consent and capacity; therefore, his decision rests on a legally incorrect presumption. The majority is of the view that when both factual consent and capacity are at issue, the trial judge is not necessarily required to address them separately or in any particular order. With respect, I disagree.

[134] In my view, the proper framework for analyzing consent to sexual activity was succinctly set out in *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at para. 4:

The Criminal Code sets out a two-step process for analyzing consent to sexual activity. The first step is to determine whether the evidence establishes that there was no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1). If the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about the lack of consent, the second step

procès connaissait et a appliqué les règles de droit. Je partage l’inquiétude exprimée par la Cour d’appel au sujet de l’affirmation du juge du procès portant que l’al. 273.1(2)b) [TRADUCTION] « s’applique aux cas où la plaignante est en état d’ébriété ». Une telle affirmation donne à penser que n’importe quel degré d’ébriété suffirait à vicier le consentement. Or, on ne peut exclure que le juge du procès se soit fondé sur cette croyance pour conclure à l’absence de consentement. La présomption d’application correcte du droit ne saurait donc s’imposer.

[132] Avec beaucoup d’égards, j’estime que les juges majoritaires ont simplement supposé que le juge du procès parlait d’un degré d’ébriété extrême lorsqu’il s’est demandé si la plaignante était en état d’ébriété au point d’être incapable de consentir. D’après le dossier, le juge du procès a été invité, à tort, à ne pas approfondir la question des degrés d’ébriété, et il s’est abstenu de le faire. La seule conclusion que l’on puisse raisonnablement tirer de ses motifs, c’est que dans la mesure où la plaignante était en état d’ébriété, comme elle prétendait l’être, elle était incapable de consentir. Il s’agit d’une erreur de droit évidente.

[133] En centrant son analyse sur la crédibilité, le juge du procès a amalgamé le consentement et la capacité; sa décision repose donc sur une présomption erronée en droit. D’après les juges majoritaires, lorsque le consentement factuel et la capacité sont tous deux en cause, le juge du procès n’est pas nécessairement tenu de les considérer séparément ou selon un ordre particulier. Soit dit avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[134] Selon moi, le cadre à adopter pour l’analyse du consentement à l’activité sexuelle a été succinctement énoncé dans l’arrêt *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 4 :

Le Code criminel établit une analyse en deux étapes pour décider s’il y a eu consentement à une activité sexuelle. La première étape consiste à déterminer si la preuve démontre l’absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1). Si le plaignant a consenti, ou encore si son comportement fait naître un doute raisonnable quant à l’absence

is to consider whether there are any circumstances that may vitiate her apparent consent. Section 265(3) defines a series of conditions under which the law deems an absence of consent, notwithstanding the complainant's ostensible consent or participation: *Ewanchuk*, at para. 36. Section 273.1(2) also lists conditions under which no consent is obtained. For example, no consent is obtained in circumstances of coercion (s. 265(3)(a) and (b)), fraud (s. 265(3)(c)), or abuse of trust or authority (ss. 265(3)(d) and 273.1(2)(c)). [Emphasis added.]

[135] While I acknowledge that this Court in *Hutchinson* did not specifically address consent vitiated by incapacity and was instead focused on resolving the challenges created by the intersection of misinformation on the part of the complainant (including as a result of fraud or mistake) and consent, in my view, it is not *Hutchinson*, but the *Criminal Code*, which establishes the requirement of a two-step analysis of consent to sexual activity.

[136] The first step in the statutory framework is to determine whether the complainant voluntarily agreed to the “sexual activity in question” (s. 273.1(1)). If the complainant voluntarily agreed to the sexual activity within the meaning of s. 273.1(1) (or a reasonable doubt is raised in this regard), the court should then turn to the second step and consider whether this agreement was obtained in circumstances vitiating consent (ss. 265(3) and 273.1(2)). As noted in *Hutchinson* (at para. 25), “[t]he scheme of the provisions — a basic definition of ‘consent’ in s. 273.1(1), coupled with circumstances vitiating such agreement in s. 265(3) and s. 273.1(2) — also supports a narrow interpretation of ‘voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question’”.

[137] Section 273.1(2)(b) of the *Criminal Code* plainly shows that incapacity is a circumstance that may vitiate a complainant's apparent consent. Contrary to the majority's view, s. 273.1(2) does not distinguish between para. (c) (“the accused induces

de consentement, il faut passer à la seconde étape et se demander s'il existe des circonstances ayant pu vicier le consentement apparent. Le paragraphe 265(3) énumère une série de situations dans lesquelles le droit considère qu'il y a eu absence de consentement, et ce, malgré la participation ou le consentement apparent du plaignant : *Ewanchuk*, par. 36. Le paragraphe 273.1(2) dresse une autre liste de situations où il y a absence de consentement. Par exemple, il ne saurait y avoir eu consentement dans les cas où celui-ci a été obtenu par la contrainte (al. 265(3)a) et b)), la fraude (al. 265(3)c)) ou encore un abus de confiance ou de pouvoir (al. 265(3)d) et 273.1(2)c)). [Je souligne.]

[135] Certes, la Cour, dans l'arrêt *Hutchinson*, n'a pas traité expressément du vice de consentement fondé sur l'incapacité; elle s'est plutôt penchée sur les difficultés résultant du consentement donné par la plaignante sur la foi d'informations erronées (dont celles qui découlent d'une fraude ou d'une erreur). À mon avis, toutefois, ce n'est pas l'arrêt *Hutchinson*, mais le *Code criminel* qui requiert une analyse en deux étapes pour établir l'existence du consentement à l'activité sexuelle.

[136] La première étape du cadre d'analyse législatif consiste à établir si la plaignante a volontairement donné son accord à l'« activité sexuelle » (par. 273.1(1)). Si elle y a volontairement donné son accord au sens du par. 273.1(1) (ou si un doute raisonnable est soulevé à cet égard), le juge du procès doit alors passer à la seconde étape et vérifier si cet accord a été obtenu dans des circonstances viciant ce consentement (par. 265(3) et 273.1(2)). Comme il est indiqué dans l'arrêt *Hutchinson* (par. 25), « [l]e régime établi par ces dispositions — une définition de base du mot “consentement” au par. 273.1(1), assortie de circonstances ayant pour effet de vicier ce consentement énoncées aux par. 265(3) et 273.1(2) — milite également en faveur d'une interprétation restrictive de l'expression “accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle” ».

[137] Selon l'alinéa 273.1(2)b) du *Code criminel*, l'incapacité est une circonstance qui peut vicier le consentement apparent de la plaignante. Contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires, le par. 273.1(2) ne distingue pas entre,

the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority”), as a vitiating factor, and the other factors set out in that section, including incapacity, which the majority contends simply clarify what subjective consent requires. I echo the concern of the Criminal Lawyers’ Association of Ontario that the approach affirmed by the majority would shift all non-fraud concerns into an assessment of whether consent has been established, thereby undermining the balancing act described in *Hutchinson*. Rather than accepting the steps of the analysis as outlined in the *Criminal Code*, the majority adopts an understanding of the relationship between consent and capacity that renders the incapacity provision in s. 273.1(2)(b) redundant in many cases, which is “contrary to the principle that every word and provision in a statute has a meaning and a function” (*Hutchinson*, at para. 26).

[138] The trial judge’s blending of the issues is apparent in his reasons for judgment (at paras. 51-52 and 71-73):

The main issue in this case is one of credibility. The parties agree that Mr. G.F. and Ms. R.B. engaged in sexual relations with [the] 16 year old [complainant]. If I find, beyond a reasonable doubt, that [the complainant] was unable to provide her consent to this sexual activity because she was impaired by alcohol consumption, and that Mr. G.F. and Ms. R.B. knew or should have known that she was unable to give her consent, then they are guilty of the charges against them. If I find that [the complainant]’s ability to give consent was not impaired by alcohol consumption and that she freely gave her consent, then the two accused persons are not guilty.

I have considered the evidence and the submissions of counsel, and after doing so I have concluded that [the complainant] did not consent to the sexual activity, and that Mr. G.F. and Ms. R.B. are guilty of the offence of Sexual Assault. . . .

...

d’un côté, le vice de consentement visé à l’al. c) (« l’accusé l’incite à l’activité par abus de confiance ou de pouvoir ») et, de l’autre côté, les différents facteurs énumérés aux autres alinéas, dont l’incapacité, lesquels facteurs ne feraient, selon les juges majoritaires, que clarifier les exigences relatives au consentement subjectif. Je fais mienne la réserve exprimée par la Criminal Lawyers’ Association of Ontario, pour qui cette approche transformerait toute circonstance autre que la fraude en une évaluation de l’existence du consentement, compromettant du même coup l’équilibre dont il est question dans l’arrêt *Hutchinson*. Plutôt que d’adhérer aux étapes de l’analyse énoncée dans le *Code criminel*, les juges majoritaires conçoivent le rapport entre consentement et capacité d’une manière qui, dans bon nombre de cas, rend superflue la disposition relative à l’incapacité énoncée à l’al. 273.1(2)b), « contrairement au principe selon lequel chaque mot et chaque disposition d’une loi a un sens et un rôle » (*Hutchinson*, par. 26).

[138] Il ressort de ses motifs que le juge du procès a amalgamé ces deux notions (par. 51-52 et 71-73) :

[TRADUCTION] La principale question soulevée dans la présente affaire en est une de crédibilité. Les parties s’accordent pour dire que M. G.F. et Mme R.B. ont eu des relations sexuelles avec [la plaignante], qui était âgée de 16 ans. Si je conclus, hors de tout doute raisonnable, que [la plaignante] était incapable de donner son consentement à cette activité sexuelle parce qu’elle avait les facultés affaiblies par l’alcool et que M. G.F. et Mme R.B. savaient ou auraient dû savoir qu’elle était incapable d’y consentir, alors ils sont coupables des actes qui leur sont reprochés. Si j’arrive à la conclusion que la capacité de [la plaignante] de donner son consentement n’était pas affaiblie par l’alcool et qu’elle a donné librement son consentement, alors les deux accusés ne sont pas coupables.

Après examen de la preuve et des arguments des avocats, je suis arrivé à la conclusion que [la plaignante] n’a pas consenti à l’activité sexuelle, et que M. G.F. et Mme R.B. sont coupables de l’infraction d’agression sexuelle. . . .

...

Ms. R.B. did not testify. I find Mr. G.F.'s evidence to be unbelievable. It does not leave me with reasonable doubt as to his or Ms. R.B.'s guilt and in my view, the balance of the evidence at trial convincingly supports the conclusion that Mr. G.F. and Ms. R.B. forced [the complainant] into having non-consensual sex.

Section 273.1(2)(b) of the Criminal Code indicates that no consent is obtained where the complainant is incapable of consenting to the activity. This applies in instances where a complainant is intoxicated.

Accordingly, I find the two accused guilty of sexual assault as charged.

[139] In my view, in accordance with the *Criminal Code's* provisions, the trial judge was first required to determine whether the evidence established that there was no consent and then, if the complainant did consent or her conduct raised a reasonable doubt in this regard, whether her apparent consent was vitiated by incapacity. The trial judge did not do so, which is an error of law. His statement that "the balance of the evidence at trial convincingly supports the conclusion that Mr. G.F. and Ms. R.B. forced [the complainant] into having non-consensual sex" is unclear as to whether the conviction could be sustained on the basis that the complainant did not consent, regardless of her capacity.

[140] While findings of incapacity or non-consent are not tainted by error simply because of the order in which they are made, the absence of analysis to substantiate the trial judge's conclusory statement does not provide the basis for meaningful appellate review.

II. Curative Proviso

[141] The conclusion that the trial judge committed an error is not immediately dispositive of the appeal. The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) permits an appellate court to dismiss an appeal from conviction where there is "no substantial wrong or

Mme R.B. n'a pas témoigné. Je conclus que le témoignage de M. G.F. n'est pas digne de foi. Je n'ai pas de doute raisonnable quant à sa culpabilité ou celle de Mme R.B. et à mon avis, le reste de la preuve présentée au procès appuie de façon convaincante la conclusion que M. G.F. et Mme R.B. ont forcé [la plaignante] à avoir des relations sexuelles non consensuelles.

L'alinéa 273.1(2)b) du Code criminel indique qu'il n'y a pas consentement de la plaignante lorsque celle-ci est incapable de le former. Cela s'applique aux cas où la plaignante est en état d'ébriété.

En conséquence, je déclare les deux accusés coupables de l'agression sexuelle qui leur est reprochée.

[139] Selon moi, conformément aux dispositions du *Code criminel*, le juge du procès devait d'abord déterminer si, d'après la preuve, il y avait eu absence de consentement. Ensuite, si la plaignante avait consenti, ou si sa conduite soulevait un doute raisonnable à cet égard, il devait se demander si son consentement apparent était vicié par une incapacité. Le juge du procès n'a pas suivi cette démarche, commettant ainsi une erreur de droit. Son affirmation selon laquelle [TRADUCTION] « le reste de la preuve présentée au procès appuie de façon convaincante la conclusion que M. G.F. et M^{me} R.B. ont forcé [la plaignante] à avoir des relations sexuelles non consensuelles » n'indique pas clairement si une déclaration de culpabilité pouvait reposer sur le fait que la plaignante n'a pas consenti, indépendamment de sa capacité.

[140] Bien qu'il ne soit pas erroné d'énoncer dans un ordre plutôt qu'un autre les conclusions d'incapacité ou de non-consentement, l'absence d'analyse visant à appuyer l'affirmation conclusive du juge du procès ne peut servir de fondement à un véritable examen en appel.

II. Disposition réparatrice

[141] La conclusion portant que le juge du procès a commis une erreur n'est pas immédiatement déterminante quant à l'issue du pourvoi. La disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) permet à une cour d'appel de rejeter l'appel formé contre une

miscarriage of justice” despite an error of law. As outlined in *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34, “The Crown bears the burden of showing the appellate court that the provision is applicable, and satisfying the court that the conviction should stand notwithstanding the error.” In *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, this Court held that applying the curative proviso is appropriate in two circumstances: (i) where the error is so harmless or trivial that it could not have had any impact on the verdict; or (ii) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably convict (paras. 29-31).

[142] Consideration as to the seriousness of any error and, related to the issue of trial fairness, an assessment as to the potential impact of that error are required. In my opinion, such an examination leads to the conclusion that this is not an appropriate case in which to apply the curative proviso.

[143] The trial judge’s error cannot be said to be so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial that any reasonable judge could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made (*Van*, at para. 35). The complainant’s incapacity was a live issue at trial, and acceptance of her evidence as credible is insufficient to ground a conviction. I agree with the Court of Appeal that “the trier of fact must consider all the evidence to make the factual determination of the complainant’s capacity at the relevant time” (2019 ONCA 493, 146 O.R. (3d) 289, at para. 38 (emphasis added)).

[144] Had the trial judge considered all of the evidence of the complainant’s capacity at the relevant time, I find that there is a reasonable possibility that he would have concluded that she was capable of consenting. This is particularly so given the toxicology evidence indicating that no alcohol was detected

déclaration de culpabilité lorsqu’il n’y a eu « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave », malgré l’existence d’une erreur de droit. Comme on peut le lire dans l’arrêt *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34 : « Il incombe au ministère public de démontrer à la cour d’appel que la disposition est applicable et de la convaincre de maintenir la déclaration de culpabilité en dépit de l’erreur. » Dans l’arrêt *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, la Cour a jugé que l’application de la disposition réparatrice se justifie dans deux cas : (i) lorsque l’erreur est si inoffensive ou négligeable qu’elle n’aurait pu avoir d’incidence sur le verdict; ou (ii) lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait inévitablement à la culpabilité (par. 29-31).

[142] Il est nécessaire d’examiner la gravité de l’erreur et ses conséquences possibles sur l’équité du procès. À mon avis, un tel examen conduit à la conclusion qu’il n’y a pas lieu en l’espèce d’appliquer la disposition réparatrice.

[143] On ne saurait dire que l’erreur du juge du procès est si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès ou si manifestement dépourvue d’un effet préjudiciable qu’un juge raisonnable n’aurait pu rendre un verdict différent si l’erreur n’avait pas été commise (*Van*, par. 35). L’incapacité de la plaignante était une question en litige au procès, et l’acceptation de son témoignage comme étant crédible ne suffit pas à fonder une déclaration de culpabilité. Tout comme la Cour d’appel, je suis d’avis que [TRADUCTION] « le juge des faits doit tenir compte de l’ensemble de la preuve pour trancher la question factuelle de savoir si la plaignante avait la capacité de consentir au moment des faits » (2019 ONCA 493, 146 O.R. (3d) 289, par. 38 (je souligne)).

[144] À mon avis, si le juge du procès avait tenu compte de l’ensemble de la preuve relative à cette question, il aurait raisonnablement pu conclure que la plaignante était capable de consentir. D’après l’analyse toxicologique réalisée environ 24 heures après l’activité sexuelle, aucune trace d’alcool n’a été

in the complainant's blood or urine approximately 24 hours after the sexual activity, thus increasing the likelihood that alcohol absorption did not occur. Read fully, the complainant's evidence cut both ways on incapacity. She was able to recall the events in question in considerable detail, including that she said "stop" several times; that she was able to physically push and pull the respondents; and that she understood G.F.'s direction to perform cunnilingus on R.B. but refused to do so.

[145] This case turned on credibility. As noted in *R. v. Perkins (T.)*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149, at para. 32, "while there is no rule excluding the *provisio* in cases turning upon credibility, . . . the hurdle is a difficult one and caution should be exercised prior to its application" (see also *R. v. Raghunauth (G.)* (2005), 203 O.A.C. 54, at para. 9; *L.K.W.*, at para. 97). Where credibility is the central issue at trial, the curative proviso has been applied where the Crown's case is otherwise "staggering" (see *L.K.W.*, at para. 101).

[146] Applying these principles here, I do not believe that this is an appropriate case in which to apply the curative proviso. The trial judge's errors were not harmless or trivial, nor do I think that the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably convict. It is not possible to precisely gauge the impact of the error of law committed by the trial judge. His reasons are unclear as to whether he considered the issue of consent separately from the issue of capacity, and whether his incorrect view that any level of intoxication was sufficient to vitiate consent constituted the basis for his statement that there was no consent. In my view, the convictions cannot be upheld based on the simple statement, prior to his analysis of the case, that "[the complainant] did not consent to the sexual activity" and on a general conclusion that "the balance of the evidence at trial convincingly supports the conclusion that Mr. G.F. and Ms. R.B. forced [the complainant] into having non-consensual sex". Not only did the trial Crown not invite the trial judge to convict on this basis, but these two statements do not make it clear that the

détectée dans le sang ou l'urine de la plaignante, ce qui accroît la probabilité qu'il n'y ait pas eu absorption d'alcool. Lu dans son intégralité, le témoignage de la plaignante peut jouer dans les deux sens quant à son incapacité à consentir. Elle a été en mesure de se souvenir des événements d'une manière très détaillée, se rappelant notamment avoir dit plusieurs fois aux intimés d'arrêter; avoir pu repousser physiquement les intimés et se dégager de leur étreinte; et avoir compris l'ordre de G.F. de faire un cunnilingus à R.B., mais avoir refusé de le faire.

[145] La présente affaire reposait sur la crédibilité. Comme on peut le lire dans l'arrêt *R. c. Perkins (T.)*, 2016 ONCA 588, 352 O.A.C. 149, par. 32, [TRADUCTION] « bien qu'il n'existe aucune règle excluant la disposition réparatrice dans les cas qui reposent sur la crédibilité, [. . .] l'obstacle est de taille et la prudence s'impose avant d'appliquer cette disposition » (voir aussi *R. c. Raghunauth (G.)* (2005), 203 O.A.C. 54, par. 9; *L.K.W.*, par. 97). Dans les cas où la crédibilité était la question centrale au procès, la disposition réparatrice a été appliquée lorsque la preuve à charge était par ailleurs [TRADUCTION] « accablante » (voir *L.K.W.*, par. 101).

[146] Considérant ces principes, je ne crois pas qu'il y ait lieu en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice. Les erreurs du juge du procès n'étaient pas inoffensives ni anodines, et je ne crois pas que la preuve soit accablante au point où le juge des faits conclurait inévitablement à la culpabilité. Il n'est pas possible de mesurer précisément l'incidence de l'erreur de droit commise par le juge du procès. Ses motifs ne permettent pas de dire s'il a examiné séparément les questions du consentement et de la capacité à consentir, ni si sa conclusion relative à l'absence de consentement se fondait sur son opinion erronée portant que tout degré d'ébriété suffirait à vicier le consentement. À mon avis, les déclarations de culpabilité ne peuvent être maintenues sur la base de la simple affirmation faite par le juge du procès, avant qu'il ne commence son analyse, que [TRADUCTION] « [la plaignante] n'a pas consenti à l'activité sexuelle », et de la conclusion générale selon laquelle « le reste de la preuve présentée au procès appuie de façon convaincante la conclusion que M. G.F. et M^{me} R.B. ont forcé [la plaignante] à

trial judge convicted the respondents on the basis of non-consent irrespective of incapacity.

[147] Given that the Crown’s case against the respondents depended largely on the credibility of the complainant’s evidence, I cannot say that the Crown’s case is otherwise “staggering”. This difficult hurdle has not been cleared.

III. Conclusion

[148] Accordingly, I would dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal’s order for a new trial.

Appeal allowed, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitors for the intervener: Bottos Law Group, Edmonton.

avoir des relations sexuelles non consensuelles ». Non seulement la Couronne n’a pas invité le juge du procès à prononcer des déclarations de culpabilité sur ce fondement, mais ces deux énoncés ne permettent pas de déterminer avec certitude s’il a déclaré les intimés coupables pour cause d’absence de consentement indépendamment de l’incapacité à consentir.

[147] Étant donné que la preuve à charge contre les intimés était largement tributaire de la crédibilité du témoignage de la plaignante, je ne saurais par ailleurs qualifier cette preuve d’« accablante ». Cet obstacle difficile à surmonter n’a pas été levé.

III. Conclusion

[148] Par conséquent, je rejetterais le pourvoi et je confirmerais l’ordonnance de la Cour d’appel exigeant la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureurs de l’intervenante : Bottos Law Group, Edmonton.