

A.E. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions *Intervener*

- and -

T.C.F. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions *Intervener*

INDEXED AS: R. v. A.E.

2022 SCC 4

File Nos.: 39699, 39703.

2022: February 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Consent — Accused charged with sexual assault and sexual assault with weapon after they both engaged in group sexual activity with complainant and other individual — Trial judge rejecting complainant’s evidence that she did not consent to sexual activity and acquitting both accused of sexual assault charges but convicting one accused of sexual assault with weapon charge on basis that complainant did not consent to use of weapon — Court of Appeal setting aside acquittals and entering convictions for sexual assault — Convictions upheld.

A.E. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directrice des poursuites pénales *Intervenante*

- et -

T.C.F. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directrice des poursuites pénales *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. A.E.

2022 CSC 4

N^{os} du greffe : 39699, 39703.

2022 : 15 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Accusés inculpés d’agression sexuelle et d’agression sexuelle armée après s’être tous deux livrés à une activité sexuelle de groupe avec la plaignante et une autre personne — Juge du procès rejetant le témoignage de la plaignante selon lequel elle n’avait pas consenti à l’activité sexuelle et acquittant les deux accusés des accusations d’agression sexuelle, mais déclarant l’un d’eux coupable d’agression sexuelle armée au motif que la plaignante n’avait pas consenti à l’utilisation d’une arme — Annulation des acquittements par la Cour d’appel et inscription par celle-ci de déclarations de culpabilité pour agression sexuelle — Déclarations de culpabilité confirmées.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Substituted conviction — Accused acquitted of sexual assault charges at trial — Court of Appeal setting aside acquittals and entering convictions — Substituted convictions permitted — Convictions upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

Cases Cited

Applied: *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 273.2(b), 686(4)(b)(ii).

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin, O’Ferrall and Pentelechuk J.J.A.), 2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1, 466 D.L.R. (4th) 226, [2021] A.J. No. 654 (QL), 2021 CarswellAlta 1181 (WL), setting aside the acquittals of the accused, entering convictions for sexual assault and remitting the matters for sentencing. Appeals dismissed.

Andrea Serink and Alias Sanders, for the appellant A.E.

Balfour Q. H. Der, Q.C., James F. McLeod and David A. S. Roper, for the appellant T.C.F.

Andrew Barg and Tom Spark, for the respondent.

Blair MacPherson, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We would dismiss the appeals and uphold A.E. and T.C.F.’s convictions for sexual assault. The trial judge erred in law, in that he

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d’appel — Substitution d’une déclaration de culpabilité à un acquittement — Accusés acquittés des accusations d’agression sexuelle au procès — Annulation des acquittements par la Cour d’appel et inscription par celle-ci de déclarations de culpabilité — Substitution des déclarations de culpabilité aux acquittements permise — Déclarations de culpabilité confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(4)(b)(ii).

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 273.2b), 686(4)(b)(ii).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Martin, O’Ferrall et Pentelechuk), 2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1, 466 D.L.R. (4th) 226, [2021] A.J. No. 654 (QL), 2021 CarswellAlta 1181 (WL), qui a annulé les verdicts d’acquiescement prononcés en faveur des accusés, inscrit des déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et renvoyé les affaires pour détermination de la peine. Pourvois rejetés.

Andrea Serink et Alias Sanders, pour l’appellant A.E.

Balfour Q. H. Der, c.r., James F. McLeod et David A. S. Roper, pour l’appellant T.C.F.

Andrew Barg et Tom Spark, pour l’intimée.

Blair MacPherson, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous sommes d’avis de rejeter les appels et de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées contre A.E. et T.C.F. pour

essentially applied a principle of “broad advance consent” (*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at para. 99). Consent must be linked to the sexual activity in question, it must exist at the time the activity occurs, and it can be withdrawn at any time (*Barton*, at para. 88; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at para. 17). The trial judge failed to address the scope of the complainant’s consent to sexual activity and failed to consider whether her consent was withdrawn. Accordingly, the trial judge’s determination that the complainant had subjectively consented to the sexual activity in question was not entitled to deference.

[2] As this Court set out in *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, in order to substitute a conviction on an appeal from acquittal, “all the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made, either explicitly or implicitly, or not be in issue” (pp. 354-55). The *Cassidy* test is met in this case, thereby permitting a substituted conviction under s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The trial judge’s explicit and implicit findings demonstrate that both A.E. and T.C.F. continued, and A.E. escalated the sexual interactions with the complainant even after she cried out “No”, without taking any steps to find out if she was withdrawing her consent. Specifically, A.E. slapped the complainant’s buttocks, and T.C.F. continued to engage the complainant in sexual activity and ordered her to perform fellatio. In the circumstances, T.C.F.’s assertion of an honest but mistaken belief in consent lacks an air of reality and is unsupported by any reasonable steps (*Criminal Code*, s. 273.2(b); *Barton*, at para. 122). Finally, in view of our conclusion that the *Cassidy* test is met here, we need not comment on Martin J.A.’s statement of the test for substituted convictions, found at para. 91 of his reasons (2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1).

agression sexuelle. Le juge du procès a commis une erreur de droit, en ce qu’il a essentiellement appliqué un principe de « consentement général donné à l’avance » (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 99). Le consentement doit viser l’activité sexuelle en question, il doit exister au moment où l’activité sexuelle a lieu et il peut être révoqué à tout moment (*Barton*, par. 88; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 17). Le juge du procès a omis de tenir compte de la portée du consentement de la plaignante à l’activité sexuelle et ne s’est pas demandé si elle avait révoqué son consentement. En conséquence, la décision du juge du procès portant que la plaignante avait subjectivement consenti à l’activité sexuelle en question ne commandait pas la déférence.

[2] Comme l’a énoncé notre Cour dans *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, afin de substituer une déclaration de culpabilité en cas d’appel d’un acquittement, « toutes les conclusions nécessaires pour justifier un verdict de culpabilité doivent avoir été tirées explicitement ou implicitement, ou ne pas être en cause » (p. 354-355). Il est satisfait en l’espèce au critère établi dans l’arrêt *Cassidy*, ce qui permet de substituer une déclaration de culpabilité à l’acquittement conformément au sous-al. 686(4)(b)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Les conclusions explicites et implicites du juge du procès démontrent que tant A.E. que T.C.F. ont continué les interactions sexuelles avec la plaignante, et que A.E. les a intensifiées même après que celle-ci a crié « Non », sans prendre quelque mesure que ce soit pour vérifier si elle révoquait son consentement. Plus particulièrement, A.E. a donné des claques sur les fesses de la plaignante, et T.C.F. a continué à se livrer à une activité sexuelle avec celle-ci et lui a ordonné de lui faire une fellation. Dans les circonstances, l’affirmation de T.C.F. suivant laquelle il avait une croyance sincère mais erronée au consentement est dépourvue de vraisemblance et n’est pas appuyée par la prise de quelque mesure raisonnable que ce soit (*Code criminel*, al. 273.2b); *Barton*, par. 122). Enfin, vu notre conclusion portant qu’il est satisfait en l’espèce au critère établi dans *Cassidy*, nous n’avons pas à commenter l’énoncé du critère relatif à la substitution d’une déclaration de culpabilité à un acquittement qu’a fait le juge Martin de la Cour d’appel, au par. 91 de ses motifs (2021 ABCA 172, 27 Alta. L.R. (7th) 1).

[3] With respect to the allegations of bias raised by A.E., we are all of the view that nothing asserted by him called into any question the integrity and impartiality of the Court of Appeal of Alberta in this case.

[4] The appellant A.E. also asks this Court to stay his conviction for sexual assault under *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, on the basis that it is a lesser included count within his conviction for sexual assault with a weapon. We would not give effect to this submission. In these circumstances, the offences involve different subsets of facts and address different forms of harm (see *R. v. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369, at para. 52). Specifically, the charge of sexual assault with a weapon addresses the injuries that the complainant suffered as a result of the use of the toothbrush, as well as the elevated risk that it brought about.

[5] We note that the Court of Appeal of Alberta addressed other issues in *obiter*, including: T.C.F.'s liability for sexual assault with a weapon; whether surreptitious recording constitutes fraud vitiating consent; and whether consent to sexual activity can be given in situations involving intentional bodily harm. In the circumstances, it is unnecessary for us to address these issues.

[6] In the result, the appeals from conviction are dismissed and the matters are remitted to the Court of Queen's Bench for sentencing.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant A.E.: Serink Law Office, Calgary; Alias Sanders, Calgary.

Solicitors for the appellant T.C.F.: Der Barristers, Calgary.

[3] Pour ce qui est des allégations de partialité soulevées par A.E., nous sommes toutes et tous d'avis que rien de ce qu'il avance ne remettait en question l'intégrité et l'impartialité de la Cour d'appel de l'Alberta dans la présente affaire.

[4] L'appellant A.E. demande en outre à la Cour de suspendre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle en application de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, au motif qu'il s'agit d'une infraction moindre et incluse visée par la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour agression sexuelle armée. Nous ne pouvons faire droit à cette prétention. Dans les circonstances de la présente affaire, les infractions portent sur différents sous-ensembles de faits et visent différentes formes de préjudice (voir *R. c. M. (R.)*, 2020 ONCA 231, 150 O.R. (3d) 369, par. 52). De façon plus particulière, l'accusation d'agression sexuelle armée vise les blessures subies par la plaignante par suite de l'utilisation de la brosse à dents, ainsi que le risque élevé que cela entraînait.

[5] Nous soulignons que la Cour d'appel de l'Alberta a traité d'autres questions en *obiter*, notamment la responsabilité de T.C.F. quant à l'agression sexuelle armée; la question de savoir si l'enregistrement clandestin constituait une fraude viciant le consentement; et celle de savoir si un consentement à l'activité sexuelle peut être donné dans des situations comportant des préjudices corporels intentionnels. Dans les circonstances, il n'est pas nécessaire que nous examinions ces questions.

[6] En conséquence, les appels des déclarations de culpabilité sont rejetés et les affaires sont renvoyées à la Cour du Banc de la Reine en vue de la détermination de la peine.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant A.E. : Serink Law Office, Calgary; Alias Sanders, Calgary.

Procureurs de l'appellant T.C.F. : Der Barristers, Calgary.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Solicitor for the intervener: Public Prosecution Service of Canada, Yellowknife.

Procureur de l'intimée : Alberta Crown Prosecution Service — Appeals and Specialized Prosecutions Office, Calgary.

Procureur de l'intervenante : Service des poursuites pénales du Canada, Yellowknife.