

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Clato Lual Mabior** *Respondent*

and

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

**INDEXED AS: R. v. MABIOR**

**2012 SCC 47**

File No.: 33976.

2012: February 8; 2012: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Clato Lual Mabior** *Intimé*

et

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

**RÉPERTORIÉ : R. c. MABIOR**

**2012 CSC 47**

N° du greffe : 33976.

2012 : 8 février; 2012 : 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 273.*

M was charged with nine counts of aggravated sexual assault based on his failure to disclose his HIV-positive status to nine complainants before having sex with them (ss. 265(3)(c) and 273 *Cr. C.*). None of the complainants contracted HIV. The trial judge convicted him on six of the counts and acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at “significant risk of serious bodily harm”, as required by *Cuerrier*. The Court of Appeal varied the decision, holding that either low viral loads or condom use could negate significant risk. This reduced to two the counts on which M could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appealed the acquittals.

*Held:* The appeal should be allowed in part and the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. should be restored. The appeal should be dismissed in respect of the complaint by K.G.

This Court, in *Cuerrier*, established that failure to disclose that one has HIV may constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c) *Cr. C.* Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault (s. 273 *Cr. C.*). To obtain a conviction under ss. 265(3)(c) and 273, the Crown must show, beyond a reasonable doubt, that the complainant’s consent to sexual intercourse was vitiated by the accused’s fraud as to his HIV status. The test boils down to two elements: (1) a *dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused him or her to refuse sexual relations that exposed him or her to a significant risk of serious bodily harm). Failure to disclose may amount to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm.

Two main criticisms of the *Cuerrier* test have been advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct, and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth. While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate

M a été inculpé de neuf chefs d’agression sexuelle grave par suite de son omission d’informer les neuf plaignantes de sa séropositivité avant d’avoir des rapports sexuels avec elles (al. 265(3)c) et art. 273 *C. cr.*). Aucune des plaignantes n’a contracté le VIH. La juge du procès a déclaré M coupable de six des chefs d’accusation et l’a acquitté des trois autres au motif qu’avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque la charge virale est indétectable n’expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l’exige l’arrêt *Cuerrier*. La Cour d’appel a modifié la décision, concluant qu’une faible charge virale ou l’utilisation du condom pouvait écarter tout risque important. Dès lors, M ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d’appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public a interjeté appel de ces acquittements.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie, et les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave sont rétablies relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H. Le pourvoi est rejeté en ce qui concerne la plaignante K.G.

Dans l’arrêt *Cuerrier*, notre Cour établit que l’omission de révéler sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c) *C. cr.* Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l’infraction applicable est celle d’agression sexuelle grave (art. 273 *C. cr.*). Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l’al. 265(3)c) et de l’art. 273, le ministère public doit démontrer, hors de tout doute raisonnable, que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l’accusé concernant sa séropositivité. Le critère exige essentiellement deux choses : (1) *un acte malhonnête* (le mensonge sur l’état de santé ou l’omission de révéler la séropositivité) et (2) *la privation* (d’éléments d’information qui auraient causé le refus du plaignant d’avoir des relations sexuelles l’exposant à un risque important de lésions corporelles graves). L’omission de révéler peut constituer une fraude lorsque le plaignant n’aurait pas donné son consentement s’il avait su que l’accusé était séropositif et lorsqu’un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions.

Le critère issu de l’arrêt *Cuerrier* fait l’objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu’il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels. Deuxièmement, il confère au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée). Bien qu’il puisse être difficile à appliquer,

area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope.

The *Cuerrier* requirement of “significant risk of serious bodily harm” should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. This view is supported by the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations, and is in line with *Charter* values of autonomy and equality that respect the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. It also gives adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission, and avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c).

The evidence adduced in this case leads to the conclusion that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if: (i) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low *and* (ii) condom protection was used. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

Here, the four complainants all consented to sexual intercourse with M, and testified that they would not have had sex with him had they known he was HIV-positive. M had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. At the time of intercourse with the complainants S.H., D.C.S. and D.H., M had a low viral load but did not use a condom. Consequently, those convictions should be maintained. As regards K.G., the record shows that M’s viral load was low. When combined with condom protection, this did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. This conviction must accordingly be reversed.

le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». La notion de consentement qui le sous-tend s’inspire de la sagesse de la common law (qui s’abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement.

L’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l’arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu’il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette interprétation est étayée par l’évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Elle est en outre dans le droit fil des valeurs d’autonomie et d’égalité de la *Charte* qui ont pour effet de protéger le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. Aussi, cette interprétation tient dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH et elle ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu’il puisse y avoir déclaration de culpabilité. En l’absence de possibilité réaliste de transmission du VIH, l’omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c).

Il appert généralement de la preuve admise au procès que la possibilité réaliste de transmission du VIH n’est pas établie dans la mesure où, (i) au moment considéré, la charge virale de l’accusé était faible *et* (ii) un condom a été utilisé. Cet énoncé général n’empêche pas la common law de s’adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où des facteurs de risque différents sont en cause.

En l’espèce, les quatre plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels avec M et témoigné qu’elles n’auraient pas eu ces rapports si elles avaient su que M était séropositif. Il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels avec les quatre plaignantes. Lors de ses relations sexuelles avec S.H., D.C.S. et D.H., M avait une charge virale faible, mais il n’a pas utilisé de condom. Les déclarations de culpabilité doivent donc être confirmées dans ces cas. En ce qui concerne K.G., le dossier révèle que la charge virale de M était faible. Combinée à l’utilisation du condom, cette charge virale faible n’a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée dans ces cas doit être annulée.

## Cases Cited

**Applied:** *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; **referred to:** *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, aff'd 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), and 43 S.W. 1095 (1898); *State v. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

## Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.

*Crimes Act 1958* (Vic.), ss. 22, 23.

*Crimes Act 1961* (N.Z.), 1961, No. 43, ss. 145, 188(2).

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 268, 271(1), 273.

*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 259(b), 266.

*Criminal Code Act* (N.T.), ss. 174C, 174D.

## Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; **arrêts mentionnés :** *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, conf. par 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), et 43 S.W. 1095 (1898); *State c. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 268, 271(1), 273.

*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 259(b), 266.

*Crimes Act 1958* (Vic.), art. 22, 23.

*Crimes Act 1961* (N.-Z.), 1961, No. 43, art. 145, 188(2).

*Criminal Code Act* (N.T.), art. 174C, 174D.

*Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), art. 29.

*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

*Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), s. 29.  
*Offences against the Person Act, 1861* (U.K.), 24 & 25  
 Vict., c. 100, ss. 18, 20.

#### Authors Cited

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.

Boily, Marie-Claude, et al. “Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies” (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

Burris, Scott, et al. “Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial” (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.

Cohen, Myron S., et al. “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy” (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.

Grant, Isabel. “The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*” (2011), 5 *M.J.L.H.* 7.

Leigh, L. H. “Two cases on consent in rape” (2007), 5 *Arch. News* 6.

Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).

Wainberg, Mark A. “Criminalizing HIV transmission may be a mistake” (2009), 180 *C.M.A.J.* 688.

Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. “Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission” (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Steel, MacInnes and Beard J.J.A.), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, setting aside convictions for aggravated sexual assault entered by McKelvey J., 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Appeal allowed in part.

*Elizabeth Thomson and Ami Kotler*, for the appellant.

*Amanda Sansregret and Corey La Berge*, for the respondent.

*Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott and Ryan Peck*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV &

*Offences against the Person Act, 1861* (R.-U.), 24 & 25  
 Vict., ch. 100, art. 18, 20.

#### Doctrine et autres documents cités

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London : Allen Lane, 2010.

Boily, Marie-Claude, et al. « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

Burris, Scott, et al. « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.

Cohen, Myron S., et al. « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.

Grant, Isabel. « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7.

Leigh, L. H. « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.

Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).

Wainberg, Mark A. « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688.

Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Steel, MacInnes et Beard), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, qui a annulé des déclarations de culpabilité d’agression sexuelle grave inscrites par la juge McKelvey, 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Pourvoi accueilli en partie.

*Elizabeth Thomson et Ami Kotler*, pour l’appelante.

*Amanda Sansregret et Corey La Berge*, pour l’intimé.

*Jonathan Shime, Corie Langdon, Richard Elliott et Ryan Peck*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic

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

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

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

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

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

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Overview

[1] This case raises the issue of whether an HIV-positive person who engages in sexual relations without disclosing his condition commits aggravated sexual assault.

[2] Sex without consent is sexual assault under s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, establishes that failure to advise a partner of one's HIV status may constitute fraud vitiating consent. Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault, attracting a maximum sentence of life imprisonment: *Cuerrier*, at para. 95; ss. 265, 268 and 273 *Cr. C.*

Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida.

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

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne porteuse du VIH qui a des relations sexuelles sans révéler sa séropositivité commet une agression sexuelle grave.

[2] La personne qui a des rapports sexuels avec une autre sans le consentement de cette dernière commet une agression sexuelle suivant l'art. 265 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, la Cour établit que l'omission d'informer le partenaire de sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement. Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l'infraction applicable est celle d'agression sexuelle grave, dont la perpétration rend passible de la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité : *Cuerrier*, par. 95; art. 265, 268 et 273 *C. cr.*

[3] While *Cuerrier* laid down the basic requirements for the offence, the precise circumstances when failure to disclose HIV status vitiates consent and converts sexual activity into a criminal act remain unclear. The parties ask this Court for clarification.

[4] I conclude that a person may be found guilty of aggravated sexual assault under s. 273 of the *Criminal Code* if he fails to disclose HIV-positive status before intercourse and there is a realistic possibility that HIV will be transmitted. If the HIV-positive person has a low viral count as a result of treatment and there is condom protection, the threshold of a realistic possibility of transmission is not met, on the evidence before us.

## II. Background

[5] The respondent, Mr. Mabior, lived in Winnipeg. His house was a party place. People came in and out, including a variety of young women. Alcohol and drugs were freely dispensed. From time to time, Mr. Mabior had sex with women who came to his house, including the nine complainants in this case.

[6] Mr. Mabior did not tell the complainants that he was HIV-positive before having sex with them; indeed, he told one of them that he had no STDs. On some occasions, he wore condoms, on others he did not. Sometimes the condoms broke or were removed, and in some cases, the precise nature of the protections taken is unclear. Eight of the nine complainants testified that they would not have consented to sex with Mr. Mabior had they known he was HIV-positive. None of the complainants contracted HIV.

[7] Mr. Mabior was charged with nine counts of aggravated sexual assault (and other related offences), based on his failure to disclose to the complainants that he was HIV-positive. In defence, Mr. Mabior called evidence that he was under treatment,

[3] Bien que l'arrêt *Cuerrier* définisse les éléments fondamentaux de l'infraction, les circonstances précises dans lesquelles l'omission de révéler sa séropositivité vicie le consentement et fait de l'activité sexuelle un acte criminel demeurent floues. Les parties demandent à notre Cour de les clarifier.

[4] Je conclus qu'une personne peut être déclarée coupable d'agression sexuelle grave en application de l'art. 273 du *Code criminel* lorsqu'elle omet de révéler sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels et qu'il existe une possibilité réaliste qu'elle transmette le VIH. Lorsque la charge virale de la personne séropositive est faible en raison d'un traitement et qu'il y a utilisation du condom, la condition de la possibilité réaliste de transmission n'est pas remplie, au vu de la preuve qui figure au dossier.

## II. Contexte

[5] L'intimé, M. Mabior, habitait Winnipeg et, chez lui, on faisait beaucoup la fête. Les gens entraient et sortaient, y compris de nombreuses jeunes femmes. L'alcool et la drogue abondaient. À l'occasion, M. Mabior avait des relations sexuelles avec ses jeunes invitées, dont les neuf plaignantes en l'espèce.

[6] M. Mabior n'a pas informé les plaignantes de sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels avec elles; au contraire, il a dit à l'une d'elles qu'il n'avait aucune MTS. Parfois, il enfilait un condom, d'autres fois non. Il arrivait qu'un condom se brise ou soit retiré, et dans certains cas la nature précise de la protection n'est pas claire. Huit des neuf plaignantes ont témoigné qu'elles n'auraient pas consenti aux rapports sexuels si elles avaient su que M. Mabior était séropositif. Aucune n'a contracté le VIH.

[7] M. Mabior a été inculpé de neuf chefs d'agression sexuelle grave (et autres infractions connexes) au motif qu'il a omis de révéler aux plaignantes sa séropositivité. En défense, il a présenté des éléments de preuve selon lesquels il suivait un traitement et

and that he was not infectious or presented only a low risk of infection at the relevant times.

[8] The trial judge convicted Mr. Mabior of six counts of aggravated sexual assault (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). She acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at “significant risk of serious bodily harm”, as required by *Cuerrier*.

[9] Mr. Mabior appealed from these six convictions; the Crown did not appeal from the three acquittals. The Manitoba Court of Appeal varied the trial judge’s decision, holding that *either* low viral loads *or* condom use could negate significant risk (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). This reduced to two the counts on which Mr. Mabior could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appeals these acquittals. Mr. Mabior has not cross-appealed against the two convictions upheld by the Court of Appeal.

III. The Legislation

[10] Sections 265 and 273 of the *Criminal Code* provide:

**265.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

. . .

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault . . . and aggravated sexual assault.

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

. . .

(c) fraud;

. . .

n’était pas infectieux ou ne présentait qu’un faible risque d’infection aux moments considérés.

[8] La juge du procès a déclaré M. Mabior coupable de six chefs d’agression sexuelle grave (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). Elle l’a acquitté des trois autres chefs au motif qu’avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque sa charge virale est indétectable n’expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l’exige l’arrêt *Cuerrier*.

[9] M. Mabior a fait appel des six déclarations de culpabilité; le ministère public n’a pas interjeté appel des trois acquittements. La Cour d’appel du Manitoba a modifié la décision de la juge du procès, concluant qu’une faible charge virale *ou* l’utilisation du condom (*l’une ou l’autre*) pouvait écarter tout risque important (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). Dès lors, M. Mabior ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d’appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public interjette appel de ces acquittements. M. Mabior ne forme pas d’appel incident à l’encontre des deux déclarations de culpabilité confirmées par la Cour d’appel.

III. Les dispositions législatives

[10] Les articles 265 et 273 du *Code criminel* disposent :

**265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d’une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

. . .

(2) Le présent article s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles [. . .] et les agressions sexuelles graves.

(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 :

. . .

c) . . . de la fraude;

. . .

**273.** (1) Every one commits an aggravated sexual assault who, in committing a sexual assault, wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

(2) Every person who commits an aggravated sexual assault is guilty of an indictable offence and liable

. . . .

(b) in any other case, to imprisonment for life.

#### IV. The Issues

[11] The issues are as follows:

A. What is the correct interpretation of “fraud” vitiating consent to sexual activity in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*?

(1) Problems with the existing interpretation of “fraud” vitiating consent:

- (a) Uncertainty;
- (b) Breadth.

(2) Guides to interpretation:

- (a) The purposes of the criminal law;
- (b) The common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations;
- (c) *Charter* values;
- (d) The experience of other common law jurisdictions.

(3) Finding a solution:

- (a) The active misrepresentation approach;
- (b) The absolute disclosure approach;
- (c) A case-by-case fact-based approach;
- (d) Judicial notice;
- (e) Relationship-based distinctions;
- (f) The reasonable partner approach;
- (g) An evolving common law approach.

(4) Realistic possibility of HIV transmission.

**273.** (1) Commet une agression sexuelle grave qui-conque, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

(2) Quiconque commet une agression sexuelle grave est coupable d'un acte criminel passible :

. . . .

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

#### IV. Les questions en litige

[11] Les questions en litige sont les suivantes :

A. Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à une activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)c) du *Code criminel*?

(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement :

- a) l'incertitude;
- b) la portée.

(2) Considérations présidant à l'interprétation :

- a) les objectifs du droit criminel;
- b) l'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi;
- c) les valeurs consacrées par la *Charte*;
- d) la situation dans les autres ressorts de common law.

(3) Recherche d'une solution :

- a) la tromperie active;
- b) l'obligation absolue de révéler;
- c) la prise en compte des faits de chaque espèce;
- d) la connaissance d'office;
- e) la distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes;
- f) la notion de partenaire raisonnable;
- g) faire évoluer la common law.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH.

V. DiscussionA. *What is the Correct Interpretation of “Fraud” Vitiating Consent to Sexual Activity in Section 265(3)(c) of the Criminal Code?*(1) Problems With the Existing Interpretation of “Fraud” Vitiating Consent

[12] This Court considered “fraud” under s. 265(3)(c) 14 years ago in *Cuerrier*. The majority test in *Cuerrier* may be stated in different ways, but boils down to two elements: (1) *a dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused her to refuse sexual relations that exposed her to a significant risk of serious bodily harm).

[13] We are invited to revisit the *Cuerrier* test by the parties and by the Manitoba Court of Appeal in this case and the Quebec Court of Appeal in the companion case of *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626. Two main criticisms of the *Cuerrier* test are advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct (uncertainty), and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth.

[14] I turn first to the criticism that the *Cuerrier* test is uncertain. It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act. The rule of law requires that laws provide in advance what can and cannot be done: Lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condemning people for conduct that they could not have reasonably known was criminal is Kafkaesque and anathema to our notions of justice. After-the-fact condemnation violates the concept of liberty in s. 7 of the *Canadian Charter*

V. AnalyseA. *Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à l'activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)c) du Code criminel?*(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement

[12] Il y a 14 ans, dans l'arrêt *Cuerrier*, notre Cour s'est penchée sur la notion de « fraude » visée à l'al. 265(3)c). Le critère qu'ont établi les juges majoritaires peut être formulé de différentes manières, mais il exige essentiellement deux choses : (1) *un acte malhonnête* (le mensonge sur l'état de santé ou l'omission de révéler sa séropositivité) et (2) *la privation* (d'éléments d'information qui auraient causé le refus du plaignant d'avoir des relations sexuelles l'exposant à un risque important de lésions corporelles graves).

[13] Les parties et la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, de même que la Cour d'appel du Québec dans le pourvoi connexe *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626, nous invitent à revoir le critère issu de l'arrêt *Cuerrier*. Ce critère fait l'objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu'il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels (d'où l'incertitude). Deuxièmement, il conférerait au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée).

[14] Examinons d'abord le caractère incertain imputé au critère de l'arrêt *Cuerrier*. L'une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu'une personne puisse savoir qu'un acte est criminel avant de l'accomplir. La règle de droit exige que les lois délimitent à l'avance ce qui est permis et ce qui est interdit : lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condamner une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu'il était criminel est digne de l'univers kafkaïen et va à l'encontre de notre conception de la justice. La condamnation d'un acte après coup est contraire au

of *Rights and Freedoms* and has no place in the Canadian legal system.

[15] The *Cuerrier* test gives rise to two uncertainties — what constitutes “significant risk” and what constitutes “serious bodily harm”? These terms are broad and different people can and do read them in different ways.

[16] About “significant risk”, some people say that virtually any risk of serious bodily harm is significant. Others argue that to be significant, the risk must rise to a higher level. These debates centre on statistical percentages. Is a 1% risk “significant”? Or should it be 10% or 51% or, indeed, .01%? How is a prosecutor to know or a judge decide? And if prosecutors, defence counsel and judges debate the point, how — one may ask — is the ordinary Canadian citizen to know? This uncertainty is compounded by the fact that a host of variables may affect the actual risk of infection.

[17] Debate has also surrounded the requirement that the risk be one of “serious bodily harm”. Some sexually transmitted diseases (“STDs”) involve little beyond treatable temporary discomfort. Yet even that discomfort, while it persists, may be serious from the perspective of the victim. Other STDs, like HIV, are extremely serious, involving permanent and life-altering symptoms, and in some cases death. Between these two extremes lie many other STDs, some more debilitating than others. Which are sufficiently serious to attract the sanction of the criminal law? *Cuerrier* offers no clear answer.

[18] The uncertainty inherent in the concepts of significant risk and serious bodily harm is compounded by the fact that they are interrelated. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a significant risk of serious bodily harm, it is argued.

concept de liberté consacré à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle répugne au système de justice canadien.

[15] Le critère de l’arrêt *Cuerrier* se révèle incertain sur deux points : ce qu’il faut entendre par « risque important » et ce en quoi consistent les « lésions corporelles graves ». Il s’agit de termes généraux susceptibles d’être interprétés différemment par différentes personnes.

[16] S’agissant de la notion de « risque important », certains affirment que tout risque de lésions corporelles graves est pour ainsi dire important. D’autres font valoir que pour être important le risque doit atteindre un degré élevé. Les tenants de l’une et l’autre thèses invoquent des données statistiques. Un risque de 1 % est-il « important »? Doit-on plutôt fixer la barre à 10 % ou à 51 %, et pourquoi pas à 0,01 %? Comment le poursuivant peut-il le déterminer, et le juge trancher? Et dans la mesure où ni les poursuivants, ni les avocats de la défense, ni les juges ne sont fixés sur ce point, comment le citoyen canadien ordinaire peut-il s’y retrouver? À cette incertitude fondamentale s’ajoute une multitude de variables susceptibles d’influer sur le risque réel d’infection.

[17] On s’est aussi interrogé sur l’exigence d’un risque de « lésions corporelles graves ». Certaines maladies transmissibles sexuellement (« MTS ») n’occasionnent guère plus qu’un inconfort temporaire qui peut être traité. Or, même cet inconfort, tant qu’il persiste, peut être grave du point de vue de la victime. D’autres MTS, comme le VIH, sont extrêmement graves, s’accompagnant de symptômes permanents et invalidants et entraînant parfois la mort. Il existe entre ces deux pôles de nombreuses autres MTS, certaines plus débilitantes que d’autres. Lesquelles sont suffisamment graves pour commander l’application du droit criminel? L’arrêt *Cuerrier* n’offre pas de réponse claire.

[18] L’incertitude inhérente aux notions de risque important et de lésions corporelles graves est d’autant plus grande que ces notions sont interreliées. On fait valoir que plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu’il y ait risque important

So it is not simply a matter of percentage of risk and seriousness of the potential disease. It is a matter of the two as they relate to each other.

[19] What emerges is a complex calculus that makes it impossible, in many cases, to predict in advance whether a particular act is criminal under s. 265(3)(c) or not. The second major criticism of *Cuerrier* relates to the scope of the conduct it catches. The danger of an overbroad interpretation is the criminalization of conduct that does not present the level of moral culpability and potential harm to others appropriate to the ultimate sanction of the criminal law. A criminal conviction and imprisonment, with the attendant stigma that attaches, is the most serious sanction the law can impose on a person, and is generally reserved for conduct that is highly culpable — conduct that is viewed as harmful to society, reprehensible and unacceptable. It requires both a culpable act — *actus reus* — and a guilty mind — *mens rea* — the parameters of which should be clearly delineated by the law.

## (2) Guides to Interpretation

[20] As for all issues of statutory interpretation, the basic question is what Parliament intended. That intention is discovered by looking at the words of the provision, informed by its history, context and purpose.

[21] The words of s. 265(3)(c) do not on their face reveal much about how Parliament intended “fraud” to be interpreted. The concept was taken by Parliament from the common law.

[22] The interpretation of “fraud” vitiating consent to sexual relations is informed by four considerations: (a) the purposes of the criminal law; (b) the common law and statutory history of the concept; (c) *Charter* values, particularly equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity; and (d) the experience of other common law jurisdictions. I will consider each in turn.

de lésions corporelles graves. Il ne s’agit donc pas d’une simple question de pourcentage de risque et de gravité de la maladie possible. C’est l’interrelation entre les deux qui importe.

[19] Dès lors, on se retrouve aux prises avec des calculs complexes qui empêchent souvent de savoir à l’avance si un acte donné constitue ou non un acte criminel pour les besoins de l’al. 265(3)c). La seconde grande critique dont fait l’objet le critère de l’arrêt *Cuerrier* concerne sa portée. Une interprétation trop large risque de criminaliser un acte malgré l’absence du degré de culpabilité morale et du risque de causer préjudice à autrui qui justifient l’application de la sanction la plus grave du droit criminel. La déclaration de culpabilité assortie d’une peine d’emprisonnement, sans compter les stigmates qui s’y rattachent, est la sanction la plus grave que la loi puisse infliger, et on la réserve généralement à l’auteur d’un acte hautement coupable, un acte perçu comme préjudiciable à la société, répréhensible et inacceptable. Elle requiert à la fois un acte coupable — l’*actus reus* — et une intention coupable — la *mens rea* — dont les paramètres doivent être clairement définis par la loi.

## (2) Considérations présidant à l’interprétation

[20] Fondamentalement, pour interpréter une disposition législative, il faut déterminer quelle était l’intention du législateur, ce qui requiert d’examiner le libellé en cause à la lumière de l’historique, du contexte et de l’objet de la disposition.

[21] À première vue, le libellé de l’al. 265(3)c) ne renseigne guère sur le sens qu’entendait donner le législateur au mot « fraude », une notion empruntée à la common law.

[22] Quatre considérations président à l’interprétation de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles : a) les objectifs du droit criminel, b) l’évolution de la notion dans la common law et dans la loi, c) les valeurs consacrées par la *Charte*, en particulier l’égalité, l’autonomie, la liberté, le droit à la vie privée et la dignité humaine, de même que d) la situation dans les autres ressorts de common law. J’examine chacune de ces considérations successivement.

(a) *The Purposes of the Criminal Law*

[23] The interpretation of fraud vitiating consent to sexual relations should further the purposes of the criminal law, notably identifying, deterring and punishing criminal conduct, defined by a wrongful act and guilty mind. Morality infuses the criminal law. But the law does not seek to criminalize all immorality. The principal objective of the criminal law is the public identification of wrongdoing *qua* wrongdoing which violates public order and is so blameworthy that it deserves penal sanction: *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (P.C.); *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106.

[24] The law draws a sharp distinction between civil wrongdoing and criminal wrongdoing. Criminal conduct requires both a wrongful act and a guilty mind. It requires “a significant fault element”: *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 32. As Charron J. stated for the majority of this Court in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 34:

If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy. Such an approach risks violating the principle of fundamental justice that the morally innocent not be deprived of liberty.

The potential consequences of a conviction for aggravated sexual assault — up to life imprisonment — underline the importance of insisting on moral blameworthiness in the interpretation of s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

a) *Les objectifs du droit criminel*

[23] L'interprétation de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles doit favoriser la réalisation des objectifs du droit criminel, notamment la détection, la prévention et la répression de la conduite criminelle, laquelle est constituée d'un acte fautif et d'une intention coupable. La moralité imprègne le droit criminel, mais le législateur n'entend pas criminaliser toute forme d'immoralité. L'objet principal du droit criminel est la réprobation publique d'actes fautifs en ce qu'ils portent atteinte à l'ordre public et sont si répréhensibles qu'ils justifient une sanction pénale : *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. dans [1951] A.C. 179 (C.P.); *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106.

[24] Le droit établit une nette distinction entre la faute civile et la faute criminelle. La conduite criminelle exige à la fois un acte fautif et une intention coupable. Elle requiert un « haut degré de négligence » : *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 32. Comme le dit la juge Charron au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 34 :

S'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables. Une telle approche risque de porter atteinte au principe de justice fondamentale voulant qu'une personne moralement innocente ne doive pas être privée de sa liberté.

Les conséquences éventuelles d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle grave — qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité — font ressortir l'importance d'interpréter l'al. 265(3)(c) du *Code criminel* en mettant l'accent sur le caractère moralement blâmable de la conduite en cause.

(b) *The Common Law and Statutory History of Fraud Vitiating Consent to Sexual Relations*

[25] The common law history of fraud vitiating consent to sexual relations reveals three periods. The early cases support the view that failure to disclose to a partner the fact that one has a serious sexually transmitted disease could constitute fraud vitiating consent to sexual relations, resulting in convictions for rape or assault. This was reversed in *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), which held that fraud was confined to deception as to the sexual nature of the act or as to the identity of the male sexual partner. In the post-*Charter* era, a return to a broader view of fraud vitiating consent is appropriate.

[26] The first recorded cases to look at the problem before us took a generous approach to consent to sexual intercourse — one that accepted that sexual partners (always women in those days) were entitled to refuse sexual intercourse and should not be tricked into it by deceit. The courts adopted a flexible approach to “fraud” vitiating consent to sexual relations. Without attempting to define the term, they showed themselves willing to extend the term to fundamental aspects of sexual intercourse.

[27] For example, in *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), a conviction of rape was upheld for a man operating a booth at a fair who had obtained sex from a girl of 19 on the pretext of medical treatment. It was held that the victim’s consent to physical contact with the accused was vitiated by his fraud, because she had only consented to a surgical operation, and not to a sexual act.

[28] Similarly, early common law cases accepted that impersonation of the spouse — falsely pretending to be the victim’s husband — could constitute

b) *L'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi*

[25] On relève trois périodes dans l’histoire de la common law en ce qui a trait à la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Dans un premier temps, les tribunaux ont estimé que l’omission d’une personne de révéler à un partenaire qu’elle était atteinte d’une grave maladie transmissible sexuellement pouvait constituer une telle fraude, et la personne fautive pouvait être reconnue coupable de viol ou de voies de fait. Dans la décision *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), le tribunal a mis fin à ce courant et statué qu’il ne pouvait y avoir fraude qu’en cas de tromperie sur la nature sexuelle de l’acte ou sur l’identité du partenaire masculin. Après maintes années d’application de la *Charte*, le retour à une conception plus large de la fraude viciant le consentement s’impose.

[26] Les premières décisions rendues sur la question dont nous sommes aujourd’hui saisis résultent d’une interprétation extensive de la notion de consentement aux rapports sexuels, à savoir qu’un partenaire sexuel (toujours une femme à l’époque) était en droit de refuser un rapport sexuel et que son consentement ne devait pas être obtenu par la tromperie. Les tribunaux privilégiaient alors une interprétation souple de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles. Sans tenter de la définir, ils se montraient disposés à ce que la notion englobe les éléments fondamentaux du rapport sexuel.

[27] Par exemple, dans *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), une déclaration de culpabilité de viol a été confirmée dans le cas d’un exploitant de kiosque qui, lors d’une foire, avait eu des rapports sexuels avec une jeune femme de 19 ans en prétendant qu’il s’agissait d’un traitement médical. La cour a statué que le consentement de la victime au contact physique avec l’accusé avait été vicié par la fraude, la victime n’ayant consenti qu’à une intervention chirurgicale, et non à un acte sexuel.

[28] De même, il appert des premières décisions fondées sur la common law que l’usurpation de l’identité de l’époux — prétendre faussement être le

fraud vitiating consent. In *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), O'Brien J. left no doubt on this issue:

That brings us back to the question which in law is the crime of rape. The crime is the invasion of a woman's person without her consent, and I see no real difference between the want of consent and the act being against her will, which is the language of the indictment, though the distinction is taken by Lord Campbell, or between the negation of consent and positive dissent. Whether the act of consent be the result of overpowering force, or of fear, or of incapacity, or of natural condition, or of deception, it is still want of consent, and the consent must be, not consent to the act, but to the act of the particular person — not in the abstract, but in the concrete . . . [p. 598]

[29] In *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), similar reasoning was applied to hold that concealment of venereal disease amounted to fraud vitiating consent:

An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault. [p. 925]

[30] Again in *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, the Central Criminal Court found fraud vitiating consent for non-disclosure of gonorrhœa, stating that if the complainant “would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of an assault” (p. 29).

[31] These cases evinced a generous approach to the issue of consent and when deceit might vitiate it, an approach that respected the right of the women involved to choose whether to have intercourse or not. However, this jurisprudence was shortly to be set aside, in a series of cases which culminated in *Clarence*. To read these cases is to

mari de la victime — pouvait constituer une fraude viciant le consentement. Dans *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), le juge O'Brien ne laisse subsister aucun doute sur ce point :

[TRADUCTION] Cela nous ramène à la question de ce en quoi consiste légalement le crime de viol. C'est l'atteinte à l'intégrité physique d'une femme sans son consentement, et je ne vois aucune différence réelle entre l'acte commis sans son consentement et celui commis contre sa volonté, celui-ci correspondant à la formulation de l'acte d'accusation, bien que lord Campbell fasse cette distinction, ou encore entre le refus du consentement et l'opposition. Le consentement obtenu par le recours à la force ou à la tromperie, ou qui résulte de la crainte, de l'incapacité ou d'un état naturel n'en est pas un. Le consentement doit viser non pas l'acte, mais l'acte avec la personne en cause — non dans l'abstrait, mais dans la réalité . . . [p. 598]

[29] Dans *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), on a eu recours à un raisonnement semblable pour conclure que la dissimulation d'une maladie vénérienne équivalait à une fraude viciant le consentement :

[TRADUCTION] Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l'accusé, qui savait qu'il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l'a infectée alors qu'elle ignorait son état, tout consentement qu'elle peut avoir donné sera vicié, et l'accusé sera coupable d'attentat à la pudeur. [p. 925]

[30] Également, dans *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, la Central Criminal Court conclut à la fraude viciant le consentement dans une affaire où l'accusé avait omis de révéler qu'il avait la gonorrhée. Elle statue que dans le cas où la plaignante [TRADUCTION] « n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, son consentement est vicié par la tromperie dont elle a été victime, et l'accusé sera déclaré coupable de voies de fait » (p. 29).

[31] Ces décisions se caractérisaient par une interprétation généreuse du consentement et des circonstances où la tromperie pouvait le vicier, une interprétation qui reconnaissait aux femmes en cause le droit de décider d'avoir ou non des rapports sexuels. Toutefois, elles ont rapidement été écartées par une série de jugements qui ont débouché sur

enter a world foreign to modern sensitivities — the world of Victorian morality.

[32] The case that announced the change was *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), a civil case involving an action for assault. Mr. Shine, the master of the house, had sexual relations with his domestic servant over a period of two years. She became pregnant and had a child. Both she and the child were infected with syphilis. The court dismissed the action against Mr. Shine on the basis of *ex turpi causa non oritur actio* — the plaintiff was the victim of her own immoral act, which the law could not condone. On the matter of fraud, the majority stated that the doctrine of fraud was confined to *mistake as to whether the act was sexual or not*: “In the case before us the defendant actively consented to the very thing, that is to say, sexual intercourse, with full knowledge and experience of the nature of the act” (p. 130). The appeal court ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirmed that only deceit as to the nature of the act could vitiate consent. The court emphasized the pitiable condition of the victim, but concluded the law could not assist her.

[33] The point of no return for the earlier, more open view of fraud was reached in *Clarence*. That case confirmed that fraud could vitiate consent to sexual relations only if the complainant was deceived as to the *sexual nature* of the act or as to the identity of the man. The facts were simple. The couple were married. The husband did not tell his wife he had gonorrhœa and infected her. The husband was charged with assault and unlawful infliction of bodily harm.

[34] The fact that 13 judges sat suggests the case was viewed as important. The court divided nine to four, and the husband was acquitted. The majority held that fraud in the context of sexual relations had been interpreted too broadly by the earlier cases, and that it was necessary to limit its application to situations where the complainant was deceived as

la décision *Clarence*. La lecture des motifs rendus dans ces affaires nous fait plonger dans un univers étranger à notre sensibilité actuelle, celui de la moralité victorienne.

[32] La décision qui amorce le changement de cap est *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), une instance engagée au civil pour voies de fait. Le maître des lieux, M. Shine, avait eu des relations sexuelles avec sa domestique pendant deux ans. Celle-ci était devenue enceinte, puis avait donné naissance à un enfant. La mère et l'enfant avaient contracté la syphilis. La cour rejette l'action contre M. Shine sur le fondement de la règle *ex turpi causa non oritur actio*, la demanderesse étant victime de sa propre immoralité, que la loi ne pouvait approuver. Au sujet de la fraude, les juges majoritaires opinent que cette notion ne s'applique qu'à l'erreur quant à la nature sexuelle de l'acte : [TRADUCTION] « dans la présente affaire, la défenderesse a activement consenti à la chose même, c'est-à-dire aux rapports sexuels, en ayant pleinement connaissance et conscience de la nature de l'acte » (p. 130). La Cour d'appel ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirme que seule la tromperie sur la nature de l'acte peut vicier le consentement. Elle déplore le triste sort fait à la victime, mais conclut que la loi n'y peut rien.

[33] La décision *Clarence* marque la rupture définitive avec l'interprétation antérieure — plus extensive — de la fraude. Elle confirme que la fraude ne peut vicier le consentement aux relations sexuelles que si la plaignante est trompée quant à la *nature sexuelle* de l'acte ou à l'identité de l'homme. Dans cette affaire, les faits étaient simples et il s'agissait d'un couple marié. Le mari n'avait pas dit à sa femme qu'il avait la gonorrhée et il la lui avait transmise. Il a été accusé de voies de fait et d'infliction illicite de lésions corporelles.

[34] Le fait que 13 juges ont entendu l'affaire montre l'importance accordée à celle-ci. Ils statuent à raison de neuf contre quatre en faveur de l'acquiescement du mari. Les juges majoritaires estiment qu'on a jusqu'alors interprété trop largement la notion de fraude dans le contexte de relations sexuelles, et qu'il faut en limiter l'application aux

to the sexual nature of the act or as to the identity of the man. This produced a rule that was to prevail for almost a 100 years that fraud could not vitiate consent to sexual intercourse unless it went to the “sexual nature of the act” or to the identity of the sexual partner.

[35] The opinion of Stephen J. encapsulates the view of the majority in *Clarence*. Stephen J. found that the offence of unlawful infliction of bodily harm could not apply to the case. While the act posed by the husband was indeed unlawful — infecting one’s wife was forbidden by the law relating to marriage since it constituted cruelty and could be evidence of adultery —, it could not be said that it constituted infliction of bodily harm. Indeed, the words “infliction of bodily harm” were construed as requiring a physical assault. Stephen J. found that infecting a person with a disease did not constitute such an assault.

[36] Stephen J. went on to consider the question of obtaining sexual relations by fraud. He expressed the view that the only fraud capable of vitiating consent to sexual relations was fraud as to the nature of the act of intercourse, or as to the identity of the sexual partner. If the victim knew the act was sexual, and was not deceived as to the identity of her partner, she could not complain that she had been deceived and her “consent” fraudulently obtained. Stephen J. commented briefly that neither *Bennett* nor *Sinclair* could be relied upon as precedent.

[37] The reasons of Pollock B., also in the majority, added that sexual acts done by a husband to his wife cannot be unlawful (pp. 63-64). The husband possessed conjugal rights over his wife to which she had consented by marrying him. Once married, the wife had no right to refuse her husband’s demands. Since sexual acts between spouses were lawful, Pollock B. reasoned, all such acts done by a husband — including those characterized by cruelty — must be lawful.

situations où la plaignante a été trompée sur la nature sexuelle de l’acte ou sur l’identité de l’homme. Dès lors s’est appliquée pendant près de 100 ans la règle selon laquelle la fraude ne vicie le consentement aux rapports sexuels que si elle a trait à la « nature sexuelle de l’acte » ou à l’identité du partenaire sexuel.

[35] L’opinion du juge Stephen résume le point de vue des juges majoritaires dans *Clarence*. Il conclut que l’infraction d’infliction illicite de lésions corporelles ne pouvait avoir été perpétrée en l’espèce. Le mari avait certes agi illicitement — infecter son épouse étant cruel et susceptible de prouver l’adultère, les dispositions sur le mariage l’interdisaient —, mais on ne pouvait affirmer qu’il avait infligé des lésions corporelles graves. En effet, on considèrerait que l’[TRADUCTION] « infliction de lésions corporelles graves » devait comporter une agression physique. Le juge Stephen arrive à la conclusion que communiquer une maladie à autrui n’équivaut pas à l’agresser physiquement.

[36] Le juge Stephen examine ensuite la question de l’obtention de relations sexuelles par la fraude. Il estime que la seule fraude susceptible de vicier le consentement aux rapports sexuels est celle touchant à la nature des rapports ou à l’identité du partenaire sexuel. La victime qui savait que l’acte était sexuel et qui n’a pas été trompée sur l’identité de son partenaire ne peut prétendre avoir été trompée ni soutenir que son « consentement » a été obtenu frauduleusement. Le juge Stephen ajoute brièvement que ni *Bennett* ni *Sinclair* ne s’appliquent.

[37] Le baron Pollock, également de la majorité, ajoute dans ses motifs que l’activité sexuelle d’un mari avec sa femme ne saurait être illicite (p. 63-64). Le mari possède des droits conjugaux sur sa femme, ce à quoi cette dernière a consenti en l’épousant. Une fois mariée, l’épouse ne peut se soustraire aux exigences de son mari. Suivant le raisonnement du baron Pollock, comme les actes sexuels entre époux sont licites, ceux accomplis par le mari, même lorsqu’ils revêtent un caractère cruel, doivent être tenus pour licites.

[38] The *Clarence* test was accepted throughout the common law world and prevailed until recent times. The strictness with which it was applied is illustrated by a 1957 decision of the Australian High Court, *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249. The accused had induced the complainant to have sexual intercourse by duping her into believing that they were legally married. He was acquitted of the charge of rape. The court summed up the law as follows:

To say that in having intercourse with him she supposed that she was concerned in a perfectly moral act is not to say that the intercourse was without her consent. To return to the central point; rape is carnal knowledge of a woman without her consent: carnal knowledge is the physical fact of penetration; it is the consent to that which is in question; such a consent demands a perception as to what is about to take place, as to the identity of the man and the character of what he is doing. But once the consent is comprehending and actual the inducing causes cannot destroy its reality and leave the man guilty of rape. [Emphasis added; p. 261.]

[39] The views of the majority in *Clarence* were reflected in the first Canadian *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Parliament defined fraud for purposes of rape and indecent assault narrowly, by restricting it to “false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act”: ss. 259(b) and 266. The *Code* thus incorporated the concerns of the majority in *Clarence*. The deceitful act was limited to “false and fraudulent representations” by opposition to simple concealment, and the subject of the fraud was limited to the “nature and quality of the act”. As a consequence, Canadian courts accepted *Clarence* as settled law and continued to hold that only active fraud as to the nature of the act, i.e. fraud as to its sexual character, or as to the identity of one’s sexual partner constituted fraud vitiating consent to sexual intercourse: see, e.g., *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (Sask. C.A.); *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677.

[38] Le critère de l’arrêt *Clarence* a été reconnu dans tous les ressorts de common law et s’est appliqué jusqu’à une époque récente. Une décision de 1957 de la Haute Cour d’Australie, *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249, illustre la rigueur de son application. L’accusé avait incité la plaignante à avoir des rapports sexuels avec lui en lui faisant croire qu’ils étaient légalement mariés. Il a été acquitté de l’accusation de viol. La cour résume ainsi la règle :

[TRADUCTION] L’affirmation selon laquelle elle a supposé qu’il était parfaitement moral d’avoir des relations sexuelles avec lui ne revient pas à dire qu’il n’y a pas eu consentement. Pour revenir au point central, le viol consiste dans l’union charnelle avec une femme sans son consentement. L’union charnelle s’entend de l’acte physique de la pénétration. C’est le consentement à cet acte qui est requis. Un tel consentement exige la connaissance de ce qui est sur le point de se produire, de l’identité de l’homme et de la nature de ce qu’il fait. Mais dès lors que la personne consent véritablement et en toute connaissance, ce qui l’y a incité ne peut annuler la réalité du consentement et rendre l’homme coupable de viol. [Je souligne; p. 261.]

[39] Les opinions exprimées par les juges majoritaires dans *Clarence* ont trouvé écho dans le premier *Code criminel* canadien en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Le législateur a défini strictement la fraude en matière de viol et d’attentat à la pudeur de manière qu’elle ne s’entende que des « fausses et frauduleuses représentations à l’égard de la nature et du caractère de l’acte » : al. 259b) et art. 266. Le législateur donnait ainsi suite aux préoccupations des juges majoritaires dans *Clarence*. Il n’y avait tromperie qu’en présence de « fausses et frauduleuses représentations » par opposition à la seule dissimulation, et l’objet de la fraude se limitait à la « nature et [au] caractère de l’acte ». En conséquence, les tribunaux canadiens ont considéré que la décision *Clarence* établissait le droit applicable et ils ont continué de considérer que seule la fraude active quant à la nature de l’acte (son caractère sexuel) ou à l’identité du partenaire sexuel constituait une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir, p. ex., *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (C.A. Sask.); *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677.

[40] In 1983, Parliament amended the *Criminal Code* to create the present s. 265(3)(c): S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19. This amendment was part of a major overhaul of the law of sexual offences which aimed, *inter alia*, at protecting the integrity of the person and eliminating sexual discrimination in the criminal law. The new provision referred simply to “fraud”, dropping the qualifying phrases “false and fraudulent representations” and “nature and quality of the act”. Arguably, this change evidenced Parliament’s intent that “fraud” should be read more broadly than it had been in the past. However, courts continued to apply a restrictive interpretation to the term: see *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.); *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Gen. Div.); *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

[41] Occasionally, a more generous approach surfaced as to when fraud could vitiate consent to sexual relations. For instance, American caselaw was more inclined to convict the accused of assault or rape on facts similar to those in *Clarence: State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), at p. 973, and 43 S.W. 1095 (1898), at pp. 1097-98; *State v. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), at p. 64; *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), at p. 804; *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), at p. 839. And in Canada, in *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), Hart J. (*ad hoc*) held that “the words ‘nature and quality of the act’ . . . should not be so narrowly construed as to include only the physical action but rather must be interpreted to encompass those concomitant circumstances which give meaning to the particular physical activity in question” (p. 153). But these were minority voices.

[42] There are not many cases on the books, to be sure. One understands why when one considers the practical implications of the *Clarence* test. The cases where a woman consents to sex but thinks it is *not* sex or that it is sex with a different man are necessarily rare. Submitting to a medical examination

[40] En 1983, le législateur a modifié le *Code criminel* pour créer l’actuel al. 265(3)c) : S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19. La mesure s’inscrivait dans une réforme en profondeur du régime applicable aux infractions sexuelles en vue, notamment, de protéger l’intégrité de la personne et de purger le droit criminel de toute discrimination sexuelle. La nouvelle disposition renvoyait seulement à la « fraude », laissant tomber les éléments « fausses et frauduleuses représentations » et « la nature et [le] caractère de l’acte » qui en limitaient la portée. On pouvait certes y voir l’intention du législateur d’élargir la notion de « fraude », mais les tribunaux ont continué à interpréter cette notion restrictivement : voir *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.); *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Div. gén.); *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. de l’Ont. (Div. gén.)).

[41] À l’occasion, les tribunaux ont adopté une approche plus généreuse à l’égard des circonstances dans lesquelles la fraude pouvait vicier le consentement aux relations sexuelles. Par exemple, les tribunaux américains se sont montrés plus enclins à déclarer l’accusé coupable de voies de fait ou de viol dans des circonstances semblables à celles de l’affaire *Clarence : State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), p. 973, et 43 S.W. 1095 (1898), p. 1097-1098; *State c. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), p. 64; *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), p. 804; *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), p. 839. Au Canada, dans l’arrêt *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), le juge Hartt (*ad hoc*) conclut que [TRADUCTION] « les mots “la nature et [le] caractère de l’acte” [. . .] ne doivent pas être interprétés strictement et ne viser que l’acte concret accompli, mais doivent plutôt être interprétés comme englobant les circonstances concomitantes qui donnent un sens à cet acte » (p. 153). Ce courant était cependant minoritaire.

[42] Les affaires recensées ne sont évidemment pas nombreuses, ce qui s’explique par la portée concrète du critère énoncé dans la décision *Clarence*. Il est évidemment rare qu’une femme consente à des relations sexuelles tout en pensant qu’il ne s’agit *pas* de relations sexuelles ou qu’un homme différent est

only to discover it is a sexual encounter might be such a case; the complainant does not consent to the sexual act but to a medical procedure. Under *Clarence* and its progeny, if the woman consented to the sexual act with the given man, no matter what the deceit, the man could not be convicted for his act. It is not surprising that the legal lexicon contains few cases dealing with fraud vitiating consent. The stark fact was that in all but rare cases fraud could not vitiate consent.

[43] Canadian common law on fraud vitiating consent to sexual relations has now entered a third, post-*Clarence* era. *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity require full recognition of the right to consent or to withhold consent to sexual relations. Fraud under s. 265(3)(c) must be interpreted with these values in mind. The *Clarence* line of jurisprudence, which confined fraud to the question of whether the complainant knew the act was sexual or not, is no longer appropriate in the Canadian context. To hold that a complainant consents to the risk of an undisclosed serious disease because he or she knew the act was sexual affronts contemporary sensibilities and contemporary constitutional values.

#### (c) *Charter Values*

[44] Courts must interpret legislation harmoniously with the constitutional norms enshrined in the *Charter*: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 35. *Charter* values are always relevant to the interpretation of a disputed provision of the *Criminal Code*.

[45] The *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity are particularly relevant to the interpretation of fraud vitiating

en cause. La personne qui se soumet à un examen médical pour finalement s'apercevoir qu'il s'agit plutôt d'un acte sexuel pourrait alléguer la fraude, car elle consent à un acte non pas sexuel, mais médical. Suivant la décision *Clarence* et celles rendues dans sa foulée, lorsque la femme a consenti à l'acte sexuel avec l'homme en cause, peu importe qu'il y ait eu tromperie, l'homme ne peut pas être déclaré coupable d'un crime relativement à cet acte. Il n'est pas surprenant que les répertoires juridiques recensent peu de cas de fraude viciant le consentement. Le fait est que la fraude pouvait rarement vicier le consentement.

[43] La common law canadienne en matière de fraude viciant le consentement aux rapports sexuels est maintenant entrée dans une troisième phase et a rompu avec la règle établie dans *Clarence*. Les valeurs d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine que consacre la *Charte* commandent la pleine reconnaissance du droit de donner ou de refuser son consentement à des relations sexuelles. C'est en ayant ces valeurs à l'esprit qu'il faut interpréter la notion de fraude visée à l'al. 265(3)c). Le courant jurisprudentiel issu de la décision *Clarence*, qui réduisait la fraude à la question de la connaissance ou de l'ignorance du caractère sexuel de l'acte, n'a plus sa place dans la société canadienne. Conclure que la plaignante consent au risque de contracter une maladie grave non révélée parce qu'elle sait que l'acte est sexuel heurte notre sensibilité moderne et les valeurs constitutionnelles actuelles.

#### c) *Les valeurs consacrées par la Charte*

[44] Les tribunaux doivent interpréter les lois en harmonie avec les normes constitutionnalisées par la *Charte* : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 35. Les valeurs consacrées par la *Charte* ont toujours leur place dans l'interprétation d'une disposition contestée du *Code criminel*.

[45] Les valeurs constitutionnelles d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine revêtent une importance

consent to sexual relations. The formerly narrow view of consent has been replaced by a view that respects each sexual partner as an autonomous, equal and free person. Our modern understanding of sexual assault is based on the preservation of the right to refuse sexual intercourse: sexual assault is wrong because it denies the victim's dignity as a human being. Fraud in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code* must be interpreted in light of these values.

[46] As we have already seen, prior to the adoption of the *Charter* in 1982 and the reform of sexual offences in 1983, courts took a restrictive view of how lack of consent to sexual relations could be established and how consent could be negated by fraud. Rules of evidence and procedure, like the ancient rule that non-consent must be supported by evidence of a “hue and cry” in the neighbourhood immediately after the alleged sexual assault, or the willingness of judges to infer consent from dress or prior sexual experience, systemically biased the trial process in favour of finding consent. In like fashion, the jurisprudence, post-*Clarence*, took a narrow view of fraud capable of vitiating consent, holding that it went only to the sexual nature of the act, and that it did not apply to married women, who were bound to submit to their husbands in all circumstances.

[47] Post-*Charter* Canadian law has repudiated this crabbed view of consent and fraud. Amendments to the *Criminal Code* have removed the evidentiary burdens and presumptions that once made proof of lack of consent difficult. Courts have held that judges may not infer consent from the way the complainant was dressed or the fact that she may have flirted: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. And in 1998, *Cuerrier* signaled a return to a generous interpretation of fraud capable of vitiating consent.

particulière lorsqu'il s'agit de définir la fraude qui vicie le consentement aux relations sexuelles. L'ancienne conception étroite du consentement a été remplacée par une nouvelle selon laquelle chacun des partenaires sexuels est une personne autonome, égale et libre. De nos jours, la répression de l'agression sexuelle vise à protéger le droit de refuser un rapport sexuel : l'agression sexuelle est répréhensible en ce qu'elle nie la dignité de la victime en tant qu'être humain. C'est en fonction de ces valeurs qu'il faut interpréter la fraude visée à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*.

[46] Nous avons vu qu'avant l'adoption de la *Charte* en 1982 et la réforme du régime applicable aux infractions sexuelles en 1983, les tribunaux se montraient réticents à conclure à l'absence de consentement à des relations sexuelles et à l'annulation de ce consentement par la fraude. Les règles de preuve et de procédure (telle l'ancienne règle voulant que le non-consentement doive être étayé par la preuve d'un appel à l'aide lancé au voisinage immédiatement après l'agression sexuelle alléguée) ou l'empressement des juges à inférer le consentement de l'habillement ou de l'activité sexuelle antérieure ont fait en sorte que les tribunaux concluent systématiquement à l'existence du consentement. Dans la même veine, la jurisprudence postérieure à la décision *Clarence* interprète elle aussi restrictivement la notion de fraude susceptible de vicier le consentement, estimant que celle-ci n'intéresse que la nature sexuelle de l'acte et que la femme mariée ne peut l'invoquer car elle doit être soumise à son mari en toutes circonstances.

[47] Après l'adoption de la *Charte*, le droit canadien a banni cette conception étriquée du consentement et de la fraude. Des modifications apportées au *Code criminel* ont supprimé les fardeaux de preuve et les présomptions qui rendaient jusqu'alors difficile la preuve de l'absence de consentement. Les tribunaux ont statué qu'on ne pouvait inférer le consentement de la manière dont était habillée la plaignante ni du fait qu'elle avait pu flirter : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. Puis, en 1998, l'arrêt *Cuerrier* a marqué le retour à une interprétation généreuse de la fraude susceptible de vicier le consentement.

[48] In keeping with the *Charter* values of equality and autonomy, we now see sexual assault not only as a crime associated with emotional and physical harm to the victim, but as the wrongful exploitation of another human being. To engage in sexual acts without the consent of another person is to treat him or her as an object and negate his or her human dignity. Although the *Charter* is not directly engaged, the values that animate it must be taken into account in interpreting s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

(d) *The Experience of Other Common Law Jurisdictions*

[49] The parties and a number of interveners have relied on the approach of foreign legal systems to support their positions.

[50] A survey of comparative law shows that common law jurisdictions criminalize the *actual sexual transmission* of HIV, when the HIV-positive person is aware of his or her serologic status and when the partner does not give informed consent to the risk of infection. Several jurisdictions treat transmission of HIV following non-disclosure as offences involving bodily harm, rather than as sexual offences. Such transmission has been prosecuted on the following legal grounds: in England, for reckless infliction of bodily injury, under s. 20 of *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100; in the Australian state of Victoria, for “[c]onduct endangering life” (s. 22 of the *Crimes Act 1958* (Vic.)); and in New Zealand, for, *inter alia*, “reckless disregard for the safety of others” that “causes grievous bodily harm” (s. 188(2) of the *Crimes Act 1961*, No. 43). See I. Grant, “The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*” (2011), 5 *M.J.L.H.* 7, at pp. 31-41.

[51] However, deception that exposes a partner to a *risk of transmission* — but that does not ultimately result in transmission — is not criminalized

[48] Dans l’esprit des valeurs d’égalité et d’autonomie que consacre la *Charte*, nous voyons aujourd’hui dans l’agression sexuelle non seulement un crime associé au préjudice émotionnel et physique causé à la victime, mais aussi l’exploitation illicite d’un être humain par un autre. Se livrer à des actes sexuels avec une autre personne sans son consentement c’est la traiter comme un objet et porter atteinte à sa dignité humaine. Même si la *Charte* n’est pas directement en cause, les valeurs qui la sous-tendent doivent être prises en compte pour interpréter l’al. 265(3)c) du *Code criminel*.

d) *La situation dans les autres ressorts de common law*

[49] Les parties et certains intervenants fondent leur thèse sur l’approche retenue à l’étranger.

[50] Un examen comparatif révèle que les ressorts de common law criminalisent *la transmission sexuelle effective* du VIH lorsque la personne se sait séropositive et que son partenaire ne consent pas de façon éclairée à s’exposer au risque d’infection. Certains ressorts considèrent la transmission du VIH sans révélation préalable de la séropositivité comme une infraction de voies de fait, et non une infraction de caractère sexuel. La transmission sans révélation préalable a fait l’objet, en Angleterre, de poursuites pour infliction insouciant de lésions corporelles sur le fondement de l’art. 20 de *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, en Australie, dans l’État de Victoria, de poursuites pour [TRADUCTION] « [c]onduite ayant mis en danger la vie d’autrui » (art. 22 de la *Crimes Act 1958* (Vic.)) et, en Nouvelle-Zélande, de poursuites pour, notamment, [TRADUCTION] « indifférence insouciant à l’égard de la sécurité d’autrui [. . .] ayant causé des lésions corporelles graves » (par. 188(2) de la *Crimes Act 1961*, No. 43). Voir I. Grant, « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7, p. 31-41.

[51] Cependant, de nombreux pays ne criminalisent pas la tromperie qui expose le partenaire à un *risque de transmission*, sans toutefois entraîner

in many jurisdictions. In England, exposing one's partner to HIV without advising of HIV status does not vitiate consent. Fraud vitiates consent only if it goes to "the nature or purpose of the relevant act", which excludes deception as to HIV status: *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, at para. 12. Theoretically, s. 18 of *The Offences against the Person Act, 1861*, which criminalizes intentional infliction of harm, could be used in England to punish non-disclosure of HIV-positive status as a form of *attempted* intentional infliction of harm. However, the high evidentiary burden "of proving that someone actually intended to transmit HIV through sex (as opposed to intending to have unprotected sex)" places a prohibitive onus on the Crown (Grant, at p. 32).

[52] In Australia, six of the nine jurisdictions do not criminalize exposure absent transmission. Of the three jurisdictions that criminalize exposure to a risk of transmission (*Crimes Act 1958* (Vic.), ss. 22 and 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), s. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), ss. 174C and 174D), two (Victoria and the Northern Territory) apply lesser criminal offences for cases where no actual transmission resulted from exposure.

[53] In New Zealand, liability hinges, *inter alia*, on whether transmission occurs. Absent transmission, the failure to disclose HIV-positive status prior to sexual relations attracts the lesser offence of criminal nuisance (s. 145 of the *Crimes Act 1961*; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149 (C.A.)).

[54] Professor Grant summarizes the contrast between the Canadian approach and the approach taken by England, Australia and New Zealand as follows:

In Canada, the same charge of aggravated (sexual) assault is typically used regardless of the nature of the deception, whether the virus is transmitted, or whether there is an isolated incident of non-disclosure or an ongoing course of non-disclosure. . . . In all other

la transmission effective du VIH. En Angleterre, le fait d'exposer son partenaire au VIH sans lui révéler sa séropositivité ne vicie pas le consentement. La fraude ne vicie le consentement que si elle touche [TRADUCTION] « à la nature ou à l'objet de l'acte », ce qui exclut la tromperie quant à la séropositivité : *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, par. 12. Théoriquement, en Angleterre, le poursuivant peut, lorsque la séropositivité n'a pas été dévoilée, invoquer l'art. 18 de *The Offences against the Person Act, 1861*, qui criminalise l'infliction délibérée d'un préjudice, et soutenir qu'il y a eu *tentative* d'infliction délibérée d'un préjudice. Cependant, la grande difficulté [TRADUCTION] « de prouver que l'intention de la personne était de transmettre sexuellement le VIH (et non seulement d'avoir une relation sexuelle non protégée) » est de nature à dissuader le poursuivant (Grant, p. 32).

[52] En Australie, six des neuf ressorts ne criminalisent pas l'exposition lorsqu'il n'y a pas transmission du virus. Parmi les trois États qui la criminalisent (au moyen des dispositions suivantes : *Crimes Act 1958* (Vic.), art. 22 et 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), art. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), art. 174C et D), deux (Victoria et le Territoire-du-Nord) prévoient des infractions moindres lorsque aucune transmission ne résulte de l'exposition.

[53] En Nouvelle-Zélande, la responsabilité tient entre autres au fait qu'il y a eu ou non transmission. Lorsque le VIH n'est pas transmis, celui qui a omis de révéler sa séropositivité avant un rapport sexuel fait l'objet de l'infraction moindre de nuisance criminelle (art. 145 de la *Crimes Act 1961*; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149 (C.A.)).

[54] La professeure Grant résume comme suit ce qui différencie l'approche canadienne de celle retenue en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande :

[TRADUCTION] Au Canada, la même accusation d'agression (sexuelle) grave est généralement portée peu importe la nature de la tromperie, que le virus soit transmis ou non ou que l'omission de révéler constitue un acte isolé ou habituel. [ . . . ] Dans tous les autres

jurisdictions [canvassed in this study], the offence is characterized as the infliction of bodily harm, and not as non-consensual sexual contact. [p. 42]

[55] In sum, while the experience of other jurisdictions is not conclusive, it sounds a note of caution against extending the criminal law beyond its appropriate reach in this complex and emerging area of the law.

### (3) Finding a Solution

[56] We have discussed the need for a clear and appropriately tailored test for fraud vitiating consent in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, in the context of failure to disclose HIV-positive status. With a view to meeting that need, we have canvassed four guides to construing the provision — the proper ambit of the criminal law, the common law and statutory background of the concept of fraud, *Charter* values and the approach to non-disclosure of HIV status adopted in other countries. This brings us to the nub of the question before us — when, precisely, should non-disclosure of HIV status amount to fraud vitiating consent under s. 265(3)(c)?

[57] The four interpretational considerations suggest that the *Cuerrier* test is valid from the perspective of principle and impact. The *Cuerrier* test, to recap, requires proof of two elements: (1) a dishonest act; and (2) deprivation. It defines the first element broadly in terms of either misrepresentation or non-disclosure of HIV, and the second element equally broadly in terms of whether the act poses a “significant risk of serious bodily harm”.

[58] While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. It reflects the *Charter* values of autonomy, liberty and equality, and the evolution of the common law, appropriately excluding the *Clarence* line of authority. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every

ressorts [considérés dans l’étude], l’infraction reprochée est celle d’infliction d’un préjudice corporel, et non celle de contact sexuel sans consentement. [p. 42]

[55] Bien que les solutions retenues dans les autres ressorts de common law ne nous lient pas, elles mettent en garde contre un accroissement indu de la portée du droit criminel dans ce domaine complexe et nouveau du droit.

### (3) Recherche d’une solution

[56] Nous avons examiné la nécessité d’un critère clair et adapté qui permette de déterminer l’existence d’une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c) du *Code criminel* lorsque la séropositivité n’est pas révélée. Nous avons donc retenu quatre éléments susceptibles de nous guider dans l’interprétation de cette disposition, à savoir la juste portée du droit criminel, l’origine de la notion de fraude en common law et dans la loi, les valeurs consacrées par la *Charte* et l’approche d’autres pays à l’égard de non-révélation de la séropositivité. Dès lors, la question est essentiellement celle de savoir dans quelles circonstances précises l’omission de révéler la séropositivité équivaut à une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c).

[57] Il appert des quatre éléments d’interprétation que le critère établi dans l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes et des conséquences. Rappelons que ce critère exige la preuve de deux choses : (1) un acte malhonnête et (2) une privation. De façon générale, la première s’entend de l’information inexacte sur la séropositivité ou de l’omission de révéler celle-ci, et la seconde s’entend de manière tout aussi générale de l’exposition à un « risque important de lésions corporelles graves ».

[58] Bien qu’il puisse être difficile à appliquer, le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». Il respecte les valeurs constitutionnelles d’autonomie, de liberté et d’égalité, et il tient compte de l’évolution de la common law, soit la rupture justifiée avec le courant jurisprudentiel

deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope. While *Cuerrier* takes the criminal law further than courts in other common law jurisdictions have, it can be argued other courts have not gone far enough: see L. H. Leigh, “Two cases on consent in rape” (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Some interveners challenge the use of the criminal law in the case of HIV on the ground that it may deter people from seeking treatment or disclosing their condition, thereby increasing the health risk to the carrier and those he has sex with. On the record before us, I cannot accept this argument. The only “evidence” was studies presented by interveners suggesting that criminalization “probably” acts as a deterrent to HIV testing: see, e.g., M. A. Wainberg, “Criminalizing HIV transmission may be a mistake” (2009), 180 *C.M.A.J.* 688. Other studies suggest little difference in reporting rates in states that criminalized and did not criminalize behaviour: S. Burris, et al., “Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial” (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, at p. 501. The conclusions in these studies are tentative, and the studies were not placed in evidence and not tested by cross-examination. They fail to provide an adequate basis to justify judicial reversal of the accepted place of the criminal law in this domain.

[60] It follows that *Cuerrier* should not be jettisoned. The problems of uncertainty and appropriate reach that have emerged in its application should be addressed, but to the extent possible within the general framework of *Cuerrier*. This brings us to the suggestions for dealing with the problems of uncertainty and overbreadth that have arisen in applying *Cuerrier*.

issu de l'arrêt *Clarence*. La notion de consentement qui le sous-tend s'inspire de la sagesse de la common law (qui s'abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement. Il est vrai que, dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour repousse les limites du droit criminel plus loin que n'importe quel tribunal d'un autre ressort de common law. Toutefois, on peut soutenir que ce sont les autres tribunaux qui ne sont pas allés assez loin : voir L. H. Leigh, « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Certains intervenants s'opposent à ce que la transmission du VIH relève du droit criminel parce que les gens pourraient hésiter à se faire traiter ou à dévoiler leur état, ce qui accroîtrait le risque pour la santé couru par le porteur du virus et les personnes avec lesquelles il a des rapports sexuels. Je ne saurais faire droit à cette thèse à partir du dossier qui nous est présenté. Les seuls « éléments de preuve » présentés par les intervenants à cet égard sont des études selon lesquelles il est « probable » que la criminalisation dissuade les gens de subir un test de dépistage du VIH : voir, notamment, M. A. Wainberg, « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688. Selon d'autres études, les comportements observés dans les États qui ont opté pour la criminalisation diffèrent peu de ceux observés dans les États qui n'ont pas opté pour elle : S. Burris, et al., « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, p. 501. Il s'agit de conclusions tirées sous toute réserve, et les études n'ont été ni produites en preuve, ni mises à l'épreuve dans le cadre d'un contre-interrogatoire. Elles n'offrent pas l'assise qui nous justifierait de modifier le rôle reconnu au droit criminel dans ce domaine.

[60] Le critère de l'arrêt *Cuerrier* ne devrait donc pas être écarté. Certes, il convient de remédier aux problèmes d'incertitude et de juste portée que soulève son application, mais dans le plus grand respect possible du cadre général établi par l'arrêt *Cuerrier*. Je passe maintenant aux solutions préconisées pour remédier aux problèmes d'incertitude et de portée excessive rencontrés dans l'application du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

(a) *The Active Misrepresentation Approach*

[61] It is argued that one way to correct the uncertainty and reach problems in *Cuerrier's* application is to narrow the concept of dishonest act to active deception — a clear misrepresentation or a lie in response to a clear question.

[62] This approach would go a long way to remedying the problem of uncertainty. A person would know that unless they made a positive misrepresentation or lied in response to a clear question, they would not be committing a crime. And it would also remedy the perceived problem of overbreadth; the narrower definition of fraud would prevent those who may inadvertently or negligently fail to disclose HIV status from being criminalized.

[63] This approach has some support. My concurring reasons in *Cuerrier* defined fraud as arising when “the person represents that he or she is disease-free” (para. 72, Gonthier J. concurring). This “active deception” approach has been viewed favourably by some: see Leigh, at p. 7.

[64] The approach, however, also suffers from difficulties. The first is that it may be difficult to distinguish between active deception and passive deception by non-disclosure. Everything depends on the circumstances. This approach's sensitivity to context blurs the line between criminal and non-criminal conduct. Conversations leading up to sexual acts are not always models of clarity. People tend not to use precise language. Gestures may supplant language. For example, is the shake of the head in response to a partner's question about HIV a positive representation that one does not have HIV? Moreover, there may be circumstances where the partner may reasonably infer absence of disease from prior conversations or circumstances. To be sure, trial judges can untangle complicated fact situations and decide if there has been a positive misrepresentation. But the fact remains that this marker may not fully or fairly capture the

a) *La tromperie active*

[61] L'un des moyens de résoudre les problèmes d'incertitude et de portée liés à l'application de l'arrêt *Cuerrier* consisterait à ramener le concept d'acte malhonnête à celui de tromperie active, à savoir une déclaration nettement trompeuse ou un mensonge en réponse à une question claire.

[62] Cette avenue remédierait en grande partie à l'incertitude. Chacun saurait qu'il ne commet pas de crime s'il ne fait pas de déclaration trompeuse ni ne ment en réponse à une question claire. L'approche apporterait également une solution à la portée apparemment excessive du droit criminel. En effet, la définition plus stricte de la fraude empêcherait de criminaliser la conduite de celui qui, par inadvertance ou par négligence, omet de révéler sa séropositivité.

[63] Cette piste de solution bénéficie d'un certain appui. Selon les motifs concordants que j'ai rédigés dans l'arrêt *Cuerrier*, il y a fraude lorsque « la personne affirme qu'elle n'est pas malade » (par. 72, avec le concours du juge Gonthier). Certains ont accueilli favorablement cette interprétation axée sur la [TRADUCTION] « tromperie active » : voir Leigh, p. 7.

[64] Cependant, cette approche soulève quelques difficultés, la première étant qu'il peut être ardu de distinguer tromperie active et tromperie passive par omission de révéler. Tout dépend des circonstances. La prise en compte du contexte brouille la ligne de démarcation entre l'acte criminel et l'acte non criminel. Les propos échangés avant des ébats sexuels ne sont pas toujours des modèles de clarté. Les gens ne s'expriment généralement pas de manière précise, et les gestes peuvent se substituer aux mots. Par exemple, hocher la tête de gauche à droite en réponse à une question sur la séropositivité constitue-t-il une véritable dénégation de celle-ci? De plus, il peut arriver qu'en raison de propos ou de faits antérieurs, le partenaire ait tout lieu de conclure à l'absence de maladie. Le juge du procès peut assurément démêler des données factuelles complexes et décider s'il y a eu ou non un acte trompeur. Il n'en demeure pas moins que le critère

deception that underlies a particular fraud, and may be a difficult test to apply in practice.

[65] Second, there is arguably no principled distinction between active deception and passive deception. Should the trusting wife who does not ask a direct question as to HIV status of her partner be placed in a worse position than the casual date who does? The point from the complainant's perspective is that in either case she would not have given her consent had the deception not occurred. Fraud is fraud, whether induced by blatant lies or sly deceit.

(b) *The Absolute Disclosure Approach*

[66] The Crown submits that all HIV-positive people should be required to disclose the fact to all sexual partners in all cases. This amounts to removing the "significant risk of serious bodily harm" requirement from the second element of the *Cuerrier* test.

[67] This approach provides a clear test, solving the problem of uncertainty. However, its solution to the problem of breadth is less convincing. This approach arguably casts the net of criminal culpability too widely. People who act responsibly and whose conduct causes no harm and indeed may pose no risk of harm, could find themselves criminalized and imprisoned for lengthy periods. Moreover, this approach seems to expand fraud vitiating consent in s. 265(3)(c) further than necessary, by defining it as simple dishonesty and effectively eliminating the deprivation element of fraud. Finally, this absolute approach is arguably unfair and stigmatizing to people with HIV, an already vulnerable group. Provided people so afflicted act responsibly and pose no risk of harm to others, they should not be put to the choice of disclosing their disease or facing criminalization.

pourrait ne pas faire ressortir totalement ou suffisamment la tromperie sous-jacente à une fraude en particulier, de sorte qu'il pourrait se révéler difficile à appliquer en pratique.

[65] La seconde difficulté est mise en relief par l'argument selon lequel il n'existe aucune distinction rationnelle entre la tromperie active et la tromperie passive. Le sort de l'épouse qui fait confiance à son conjoint et qui ne le questionne pas directement sur sa séropositivité devrait-il être pire que celui de la partenaire occasionnelle qui pose directement la question? Le fait est que ni l'une ni l'autre n'aurait donné son consentement n'eût été la tromperie. Une fraude est une fraude, qu'elle soit le fruit d'un mensonge flagrant ou d'une ruse.

b) *L'obligation absolue de révéler*

[66] Le ministère public soutient qu'une personne atteinte du VIH devrait toujours être tenue d'en informer un partenaire sexuel, ce qui reviendrait à écarter l'exigence du « risque important de lésions corporelles graves » correspondant au deuxième volet du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

[67] En établissant un critère précis, cette approche remédie à l'incertitude, mais la solution qu'elle apporte au problème de la portée est moins convaincante. On pourrait soutenir qu'elle ratisse trop large en matière de culpabilité criminelle. Une personne qui agit de manière responsable et dont la conduite ne cause pas de préjudice ni n'est susceptible d'en causer pourrait se voir déclarée coupable d'une infraction criminelle et condamnée à une longue peine d'emprisonnement. Qui plus est, l'approche paraît élargir plus qu'il ne faut la notion de fraude viciant le consentement visée à l'al. 265(3)(c) en l'assimilant à la simple malhonnêteté et en supprimant de fait l'élément de « privation ». Enfin, l'obligation absolue de révéler pourrait être qualifiée d'inéquitable et stigmatiser les personnes atteintes du VIH, qui constituent déjà un groupe vulnérable. Dans la mesure où elles agissent de manière responsable et ne présentent aucun risque de préjudice pour autrui, les personnes séropositives ne devraient pas avoir à choisir entre révéler leur état de santé ou devoir faire face à la justice criminelle.

(c) *A Case-by-Case Fact-based Approach*

[68] The respondent argues that the *Cuerrier* “significant risk of serious bodily harm” test remains a workable test, but seeks to clarify it by emphasizing that it is simply a statement of what the evidence must establish to support a finding of fraud under s. 265(3)(c). A “significant risk of serious bodily harm” must be established by medical evidence in each case. The question is whether at the time of the sexual act in question, the particular act posed a significant risk of transmitting HIV. This typically requires the Crown to call expert evidence as to the accused’s viral count at the time of the offence as well as risks associated with any condom protection used. The trial judge must be satisfied that the evidence establishes beyond a reasonable doubt that the accused’s conduct at the moment of the offence posed a significant risk of serious bodily harm. Any doubt must be resolved in favour of the accused.

[69] While respectful of the rights of accused persons, this approach does not remedy the problems of uncertainty and reach that make *Cuerrier* difficult to apply. The process would be onerous. In every case, medical experts would have to be called. Lengthy examination and cross-examination would have to take place. Trial judges would have to spend long hours assessing the evidence to determine if it establishes a “significant risk of serious bodily harm” at the time of the alleged offence. Finally, the risk of conflicting judgments could render the process unfair from a systemic standpoint. The court of appeal, while accepting the trial judge’s conclusions on the evidence, might take a different view on the mixed question of fact and law of whether the risk was “significant”. Years may pass in legal no-man’s-land with no one knowing whether the accused is guilty or not guilty. Enormous costs, both for the prosecution and the defence, would be run up. This case illustrates all these problems.

c) *La prise en compte des faits de chaque espèce*

[68] L’intimé soutient que l’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » établie par l’arrêt *Cuerrier* demeure valable. Il croit toutefois qu’il faut la clarifier en précisant qu’elle ne fait qu’énoncer ce qui doit être prouvé pour que le tribunal conclue à l’existence d’une fraude aux fins de l’application de l’al. 265(3)c). Dans tous les cas, le « risque important de lésions corporelles graves » doit faire l’objet d’une preuve médicale. Il s’agit de déterminer si, au moment de la relation sexuelle en cause, celle-ci présentait un risque important de transmission du VIH. À cette fin, le ministère public fait habituellement témoigner un expert sur la charge virale de l’accusé au moment de l’infraction, de même que sur les risques liés à la forme de protection par condom utilisée en l’espèce. Le juge du procès doit être convaincu que la preuve établit hors de tout doute raisonnable que la conduite de l’accusé, au moment de l’infraction, présentait un risque important de lésions corporelles graves. Tout doute joue en faveur de l’accusé.

[69] Bien qu’elle respecte les droits de l’accusé, cette approche ne résout pas les problèmes d’incertitude et de portée qui rendent le critère de l’arrêt *Cuerrier* difficile d’application. La démarche requise serait onéreuse. Des témoignages d’experts médicaux devraient être présentés dans tous les cas. Il s’ensuivrait de longs interrogatoires et contre-interrogatoires. Le juge du procès devrait consacrer de longues heures à l’appréciation de la preuve en vue de déterminer si elle établit l’existence d’un « risque important de lésions corporelles graves » au moment de l’infraction alléguée. Enfin, le risque que les jugements se contredisent entre eux pourrait compromettre l’équité du système judiciaire. Tout en faisant droit aux conclusions du juge du procès sur la preuve, la cour d’appel pourrait trancher différemment la question mixte de fait et de droit liée au caractère « important » du risque. Un vide juridique pourrait subsister pendant des années avant que l’accusé ne sache s’il est coupable ou non. Il en résulterait des frais considérables tant pour la poursuite que pour la défense. La présente affaire illustre tous ces inconvénients.

(d) *Judicial Notice of the Effect of Condom Use*

[70] To mitigate the uncertainties of the fact-based *Cuerrier* test, the respondent suggests that courts can take judicial notice of the fact that condom use always negates a significant risk of serious bodily harm.

[71] Before a judge can take judicial notice of a fact, the fact must be shown to be so “notorious” or in modern parlance, “accepted”, that no reasonable person would dispute it: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 53. Yet the record here is replete with debate about whether use of a condom alone negates significant risk of serious bodily harm, and the controversy is exacerbated by the rapidly changing state of the science and by the fact-specific nature of risk. Judicial notice is not available here and cannot form the basis for formulating general propositions relating to the factual issue of risk, in the absence of indisputable consensus.

(e) *Relationship-based Distinctions*

[72] Another way of narrowing the *Cuerrier* “significant risk of serious bodily harm” approach to fraud under s. 265(3)(c) is to confine it to special relationships. It has been suggested in the commercial context that failure to disclose may amount to fraud when parties have a relationship of trust, quasi-trust or confidence: B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (loose-leaf). The distinction could conceivably be extended to relationships where one party is vulnerable, like the young often intoxicated women who had sex with Mr. Mabiior in this case. This approach assumes that sexual partners who do not ask about STDs bear a risk of exposing themselves to HIV, unless a relationship of trust exists between them.

d) *La connaissance d’office de l’effet de l’utilisation du condom*

[70] Afin de réduire l’incertitude liée au critère de nature factuelle qu’énonce l’arrêt *Cuerrier*, l’intimé propose que les tribunaux prennent connaissance d’office du fait que l’emploi du condom écarte toujours le risque important de lésions corporelles graves.

[71] Pour qu’un juge prenne connaissance d’office d’un fait, il faut démontrer que celui-ci est à ce point « notoire » ou, pour employer un terme plus moderne, « admis », qu’aucune personne raisonnable ne saurait le contester : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53. Or, en l’espèce, les thèses abondent quant à savoir si, à elle seule, l’utilisation du condom écarte ou non le risque important de lésions corporelles graves, et la controverse est exacerbée par l’évolution rapide de la science et le caractère circonstanciel du risque. Il ne saurait y avoir connaissance d’office en l’espèce et, à défaut d’un consensus incontestable, celle-ci ne peut servir de fondement à la formulation d’énoncés généraux sur la question factuelle du risque.

e) *La distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes*

[72] Une autre façon de resserrer l’exigence du « risque important de lésions corporelles graves » établie dans l’arrêt *Cuerrier* pour l’interprétation de la fraude visée à l’al. 265(3)c) consiste à ne l’appliquer qu’aux relations spéciales. D’aucuns laissent entendre que, dans le contexte commercial, l’omission de révéler une chose peut s’apparenter à la fraude lorsqu’il existe entre les parties une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance : B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (feuilles mobiles). Cette distinction pourrait fort bien s’appliquer aux relations où l’une des parties est vulnérable, ce qui était le cas des jeunes femmes, souvent intoxiquées, qui ont eu des relations sexuelles avec M. Mabiior dans la présente affaire. Cette approche repose sur le postulat que la personne qui ne demande pas à un partenaire sexuel s’il a une MTS s’expose au risque de contracter le VIH, sauf s’il existe entre eux une relation de confiance.

[73] The law of fraud in commercial situations provides some support for this approach. Originally, the common law and courts of equity did not regard mere silence, standing on its own without some other form of conduct which induced a false belief in another, as being fraudulent: *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. However, over time, equity recognized specific circumstances warranting a positive duty to disclose material facts, including a relationship of trust, quasi-trust or confidence.

[74] Against this approach, it can be argued that it narrows “fraud” under s. 265(3)(c) too much. Is there a good reason for compelling disclosure to one’s wife but not to a casual date? Where the concern is the contraction of a life-altering disease, the answer is no.

[75] Historically, fraud capable of vitiating consent to sexual intercourse has not followed the patterns of commercial fraud. The special context of sexual fraud raises unique concerns. This has generally resulted in a narrower approach to fraud, marked by its own peculiar considerations. The relationship between the parties in a particular case has tended not to figure among them. The closest the law has come to a relationship-based approach are the suggestions in Victorian times that wives and prostitutes — for different reasons relating to the mores of the time — could never assert fraud vitiating consent to sexual intercourse: see *Clarence*. Such ideas strike the modern ear, attuned to equality, as offensive.

(f) *The Reasonable Partner Approach*

[76] Yet another possibility is to define “fraud” under s. 265(3)(c) as what a reasonable and informed person in the position of the HIV-positive person’s potential partner would expect. The test would be objective, but based on the circumstances

[73] Le droit applicable en matière de fraude commerciale offre un certain appui à cette interprétation. À l’origine, la common law et les tribunaux d’équity estimaient que le seul silence, sans aucune autre forme de comportement qui induisait autrui en erreur, n’était pas frauduleux : *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. Or, au fil du temps, l’équity a reconnu que, dans certaines circonstances précises, l’obligation positive de révéler des faits importants s’imposait, notamment dans le cas d’une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance.

[74] On peut toutefois reprocher à cette approche de trop limiter l’application de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c). Est-il justifié d’obliger le mari à informer son épouse, mais non une partenaire occasionnelle? Lorsqu’il y a risque de contracter une maladie qui bouleverse la vie de sa partenaire sexuelle, la réponse est négative.

[75] Historiquement, la fraude susceptible de vicié le consentement aux relations sexuelles n’a pas connu la même évolution que la fraude commerciale. Vu son contexte particulier, la fraude d’ordre sexuel comporte des enjeux uniques. C’est pourquoi elle a généralement fait l’objet d’une interprétation stricte qui obéit à des considérations qui lui sont propres et dont fait rarement partie le lien existant entre les partenaires dans un cas donné. C’est à l’époque victorienne que l’approche axée sur la nature du lien a le plus imprégné le droit applicable, car on laissait entendre qu’épouses et prostituées — pour différentes raisons liées aux mœurs du temps — ne pouvaient jamais invoquer la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir *Clarence*. De telles conceptions heurtent notre société éprise d’égalité, qui les juge choquantes.

f) *La notion de partenaire raisonnable*

[76] Une autre interprétation de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c) tient aux attentes d’une personne raisonnable et bien informée se trouvant dans la situation du partenaire éventuel d’une personne atteinte du VIH. Le critère serait objectif, mais son

of the particular case, including the type of relationship the parties had.

[77] This approach has the advantage of taking into account the expectations of the parties as they existed on the facts of the case. In this sense, it is fairer than a test that is based on a general norm presumed to apply in all cases. An HIV-positive person may be expected to understand the expectations of his partner in the particular circumstances at hand, and act accordingly.

[78] This approach also recognizes that allocation of responsibility for protecting against transmission of sexual diseases may vary with relationships and with the passage of time. One of the historic difficulties in formulating a test for fraud vitiating consent to sexual relations has been the variation in social norms and expectations over time. In Victorian times, husbands were held to be incapable of committing fraud vitiating consent, since wives had no right to refuse consent to sexual intercourse with their husbands. In more recent times, some argue that expectations have shifted from the view that an infected person bears all the responsibility for the sexual health of both partners, to the view that each party is responsible for his or her own sexual health. A contextually grounded reasonableness approach would avoid these problems by tailoring the result to the relationship from which the criminal charge arises.

[79] Again, however, the approach can be criticized. The most telling criticism is that it does not lay down a clear test for fraud, leaving people uncertain as to where the line lies between criminal conduct and non-criminal conduct. Unless the partners have themselves established the lines, the HIV-positive person is left to infer from the nature of the relationship what his potential partner, acting reasonably, would expect.

[80] This leads to a second criticism — overreach of the criminal law, and its correlative, unfairness to the accused. In the heat and anticipation of the sexual moment, assessments of what a reasonable partner would expect may be mistaken. Is the

application prendrait en considération les circonstances propres à chaque cas, notamment la nature du lien entre les parties.

[77] L'approche est intéressante, car elle tient compte des attentes des parties au vu des faits en cause. Le critère retenu est donc plus juste que celui fondé sur une norme générale censée s'appliquer à tous les cas. Dans les circonstances de l'espèce, la personne atteinte du VIH peut devoir tenir compte des attentes de son partenaire et agir en conséquence.

[78] L'approche reconnaît également que le partage de l'obligation de prévenir la transmission sexuelle d'une maladie peut varier en fonction de la relation et de l'époque en cause. Historiquement, l'une des difficultés inhérentes à la formulation d'un critère qui permette d'établir l'existence d'une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles tient à l'évolution des normes sociales et des attentes. À l'époque victorienne, un mari ne pouvait commettre une fraude viciant le consentement, puisque l'épouse n'avait pas le droit de se refuser à lui. Plus récemment, certains ont fait valoir que les attentes avaient changé, passant de l'obligation faite à la personne infectée de veiller à la santé sexuelle des deux partenaires, à l'obligation de chacune des parties de veiller sur sa propre santé sexuelle. Une approche axée à la fois sur la raisonabilité et le contexte contournerait ces difficultés en adaptant le résultat à la relation qui est à l'origine de l'accusation criminelle.

[79] Toutefois, l'approche fait elle aussi l'objet de critiques, la plus percutante voulant qu'elle n'établisse pas un critère clair permettant de conclure à la fraude, de sorte qu'on ne peut déterminer avec certitude si un comportement est criminel ou non. À moins que les partenaires n'établissent eux-mêmes les paramètres voulus, la personne séropositive doit inférer de la nature de la relation les attentes d'un « partenaire raisonnable ».

[80] Ce qui appelle une seconde critique — la portée excessive du droit criminel et son corollaire, l'absence d'équité envers l'accusé. Dans le feu du désir et dans la perspective d'ébats sexuels, on peut aisément se tromper sur les attentes d'un

person then to be criminalized and sent to prison for perhaps years, for what is at its base the result of misjudgment? Such may be the consequence of the reasonable partner expectation test.

(g) *An Evolving Common Law Approach*

[81] This leaves the option of building greater certainty into the *Cuerrier* test by indicating when the significant risk test is met in terms of principle and concrete situations. Such an approach is consistent with the incremental role of common law courts in adapting the contours of an offence to the requirements of justice and practical application.

[82] The question, building on *Cuerrier*, is: when do sexual relations with an HIV-positive person pose a “significant risk of serious bodily harm”? In answering this question, the facts as found by the trial judge should be accepted, absent palpable and overriding error. Whether those facts establish a “significant risk of serious bodily harm” is a question of law: see C.A., at para. 37. The terms “serious bodily harm” mean “any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the integrity, health or well-being of a victim”: *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 88. Of course, actual transmission of HIV constitutes serious bodily harm.

[83] The courts below answered this question of law differently. The trial judge took the approach that any risk of transmission of HIV, however small, constitutes “significant risk of serious bodily harm” (see reference to the trial judge’s reasons, at C.A. para. 66). The Court of Appeal, by contrast, held that “significant risk” connoted a high risk of transmission of HIV. In its view “significant risk of serious bodily harm” under *Cuerrier* requires a “significant or high risk” (para. 80) — the “opposite of evidence of a ‘high probability’ of no infectiousness” (para. 127).

partenaire raisonnable. Faut-il alors criminaliser ce qui constitue, somme toute, une erreur de jugement et condamner le fautif à une peine d’emprisonnement dont la durée peut être de plusieurs années? Telle pourrait être la conséquence du critère fondé sur les attentes du partenaire raisonnable.

g) *Faire évoluer la common law*

[81] Reste donc la possibilité d’accroître la certitude associée au critère de l’arrêt *Cuerrier* en précisant à quelles conditions est remplie l’exigence du risque important, sur les plans théorique et pratique. Une telle approche est compatible avec la fonction des tribunaux de common law qui consiste à adapter progressivement les éléments d’une infraction aux exigences de la justice et de l’application concrète.

[82] Il s’agit donc de pousser plus loin l’arrêt *Cuerrier* en déterminant dans quelles circonstances une relation sexuelle avec une personne séropositive présente un « risque important de lésions corporelles graves ». Dès lors, il faut adhérer aux conclusions de fait du juge du procès, sauf erreur manifeste et dominante de sa part. Que ces conclusions établissent ou non un « risque important de lésions corporelles graves » est une question de droit qu’il convient de trancher : voir C.A., par. 37. Il faut entendre par « lésions corporelles graves » « toute blessure ou lésion, physique ou psychologique, qui nuit d’une manière importante à l’intégrité, à la santé ou au bien-être d’une victime » : *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 88. La transmission effective du VIH inflige de toute évidence des lésions corporelles graves.

[83] Les juridictions inférieures statuent différemment sur cette question de droit. La juge du procès estime que tout risque de transmission du VIH, aussi minime soit-il, constitue un « risque important de lésions corporelles graves » (voir le renvoi à ses motifs dans ceux de la C.A., par. 66). Par contre, la Cour d’appel conclut qu’un « risque important » connote un risque élevé de transmission du VIH. À son avis, suivant l’arrêt *Cuerrier*, un « risque important de lésions corporelles graves » s’entend d’un [TRADUCTION] « risque important ou élevé » (par. 80), « par opposition à la preuve d’une “grande probabilité” de non-infectiosité » (par. 127).

[84] In my view, a “significant risk of serious bodily harm” connotes a position between the extremes of no risk (the trial judge’s test) and “high risk” (the Court of Appeal’s test). Where there is a *realistic possibility of transmission of HIV*, a significant risk of serious bodily harm is established, and the deprivation element of the *Cuerrier* test is met. This approach is supported by the following considerations.

[85] First, “significant risk of serious bodily harm” cannot mean any risk, however small. That would come down to adopting the absolute disclosure approach, with its numerous shortcomings, and would effectively read the word “significant” out of the *Cuerrier* test.

[86] Second, a standard of “high” risk does not give adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission. “Significant risk” in *Cuerrier* is informed both by the risk of contraction of HIV and the seriousness of the disease if contracted. These factors vary inversely. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a “significant risk of serious bodily harm”.

[87] Third, as discussed earlier in considering guides to interpretation, a standard of realistic possibility of transmission of HIV avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. A standard of any risk, however small, would arguably set the threshold for criminal conduct too low. On the other hand, to limit s. 265(3)(c) to cases where the risk is “high” might condone irresponsible, reprehensible conduct.

[88] Fourth, the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations supports viewing “significant risk of serious bodily harm” as requiring a realistic possibility

[84] À mon sens, le « risque important de lésions corporelles graves » se situe entre les pôles que sont l’absence de risque (le critère retenu par la juge du procès) et le « risque élevé » (celui adopté par la Cour d’appel). Lorsqu’il existe une *possibilité réaliste de transmission du VIH*, le risque important de lésions corporelles graves est établi, et le second volet du critère de l’arrêt *Cuerrier* — la privation — est respecté. Les considérations suivantes militent en faveur de cette interprétation.

[85] Premièrement, le « risque important de lésions corporelles graves » ne saurait s’entendre de tout risque, aussi minime soit-il. Pareille interprétation reviendrait à adopter l’approche de l’obligation absolue de révéler, qui comporte de nombreuses lacunes, et à faire abstraction du qualificatif « important » employé dans la formulation du critère de l’arrêt *Cuerrier*.

[86] Deuxièmement, la norme du risque « élevé » ne tient pas dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH. Dans l’arrêt *Cuerrier*, la notion de « risque important » tient à la fois au risque de contracter le VIH et à la gravité de la maladie lorsqu’elle est transmise, deux facteurs inversement proportionnels. Plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu’il y ait « risque important de lésions corporelles graves ».

[87] Troisièmement, comme je le mentionne précédemment dans l’examen des principes d’interprétation, la norme de la possibilité réaliste de transmission du VIH ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu’il puisse y avoir déclaration de culpabilité. La norme correspondant à tout risque, aussi minime soit-il, pourrait établir un seuil de criminalité trop facile à franchir. Par ailleurs, limiter l’application de l’al. 265(3)(c) aux cas où le risque est « élevé » pourrait avoir l’effet d’excuser un comportement irresponsable et répréhensible.

[88] Quatrièmement, l’évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles étaye la proposition selon laquelle le « risque important de

of transmission of HIV. This history suggests that only serious deceptions with serious consequences are capable of vitiating consent to sexual relations. Interpreting “significant risk of serious bodily harm” in *Cuerrier* as extending to any risk of transmission would be inconsistent with this. A realistic possibility of transmission arguably strikes the right balance for a disease with the life-altering consequences of HIV.

[89] Fifth, the values of autonomy and equality enshrined in the *Charter* support an approach to fraud vitiating consent that respects the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. The law must strike a balance between this interest and the need to confine the criminal law to conduct associated with serious wrongs and serious harms. Drawing the line between criminal and non-criminal misconduct at a realistic possibility of transmission arguably strikes an appropriate balance between the complainant’s interest in autonomy and equality and the need to prevent over-extension of criminal sanctions.

[90] Finally, interpreting “significant risk of serious bodily harm” as entailing a realistic possibility of transmission of HIV is supported by a number of cases. Apart from the trial reasons in this case, we have been referred to no case holding that “significant” means any risk, however small. To be sure, not many cases have considered the point. But the few that have are worth noting. In *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), the court held that a risk of transmission of hepatitis C between 1.0 and 2.5% was “so low that it cannot be described as significant” (para. 33). And in *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), the trial judge stated that “[a] significant risk means a risk that is of a magnitude great enough to be considered important” (para. 56).

lésions corporelles graves » exige une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette évolution donne à penser que seule la tromperie grave et lourde de conséquences est susceptible de vicier le consentement aux relations sexuelles, ce qui est incompatible avec une interprétation voulant que le « risque important de lésions corporelles graves » requis dans l’arrêt *Cuerrier* vise tout risque de transmission. On peut soutenir que la possibilité réaliste de transmission établit un juste équilibre dans le cas d’une maladie dont les conséquences bouleversent la vie, comme le VIH.

[89] Cinquièmement, les valeurs d’autonomie et d’égalité que consacre la *Charte* militent en faveur d’une définition de la fraude viciant le consentement qui respecte le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. La loi doit établir un équilibre entre ce droit et l’impératif de ne criminaliser que le comportement associé à un acte fautif et à un préjudice graves. Départager l’inconduite criminelle et l’inconduite non criminelle en fonction de la possibilité réaliste de transmission pourrait établir un juste équilibre entre le droit à l’autonomie et à l’égalité du plaignant, d’une part, et la nécessité de faire en sorte que la répression criminelle n’ait pas une portée excessive, d’autre part.

[90] Enfin, un certain nombre de décisions appuient l’assimilation du « risque important de lésions corporelles graves » à la possibilité réaliste de transmission du VIH. Hormis celle rendue à l’issue du procès en l’espèce, nulle décision selon laquelle un « risque important » englobe tout risque, aussi minime soit-il, n’a été invoquée devant nous. Les décisions sur ce point sont certes peu nombreuses, mais elles valent d’être mentionnées. Dans *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), la cour conclut qu’un risque de transmission de l’hépatite C se situant entre 1,0 et 2,5 % est [TRADUCTION] « si faible qu’on ne saurait le qualifier d’important » (par. 33). Et dans *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), le juge du procès dit qu’[TRADUCTION] « [un] risque important s’entend d’un risque dont l’ampleur justifie qu’on le tienne pour important » (par. 56).

[91] These considerations lead me to conclude that the *Cuerrier* requirement of “significant risk of serious bodily harm” should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(c).

[92] The test of realistic possibility of transmission proposed in these reasons is specific to HIV. As discussed above, “significant risk” depends both on the degree of the harm and risk of transmission. These two factors vary inversely. A treatable sexually transmitted disease that does not seriously alter a person’s life or life-expectancy might well not rise to the level of constituting “serious bodily harm”, and would also fail to meet the requirement of endangerment of life for aggravated sexual assault under s. 273(1). Where the line should be drawn with respect to diseases other than HIV is not before us. It is enough to note that HIV is indisputably serious and life-endangering. Although it can be controlled by medication, HIV remains an incurable chronic infection that, if untreated, can result in death. As such, the failure to advise a sexual partner of one’s HIV status may lead to a conviction for aggravated sexual assault under s. 273(1) of the *Criminal Code*. (This said, it may be that with further medical advances, the death rate may decline to the point where the risk of death is virtually eliminated, reducing the offence to sexual assault *simpliciter* under s. 271(1) of the *Criminal Code*. Similarly, the day may come when researchers will find a cure for HIV, with the possible effect that HIV will cease to cause “serious bodily harm” and the failure to disclose will no longer fall under the category of fraud vitiating consent for the purposes of sexual assault.)

[91] Ces considérations m’amènent à conclure que l’exigence d’un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l’arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu’il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. À défaut d’une telle possibilité, l’omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l’application de l’al. 265(3)c).

[92] Le critère de la possibilité réaliste de transmission proposé dans les présents motifs ne vaut que pour le VIH. Rappelons que le « risque important » tient à la fois à la gravité du préjudice et à l’ampleur du risque de transmission, deux facteurs inversement proportionnels. Une maladie transmise sexuellement qui est traitable et qui ne bouleverse pas l’existence ni ne réduit sensiblement l’espérance de vie pourrait très bien ne pas emporter de « lésions corporelles graves » et, de ce fait, ne pas satisfaire à l’exigence de mise en danger de la vie que comporte l’infraction d’agression sexuelle grave prévue au par. 273(1). L’objet du présent pourvoi n’est pas de tracer la ligne de démarcation dans le cas d’autres maladies que le VIH. Il suffit de signaler que le VIH est incontestablement une maladie grave qui met la vie en danger. Bien que son évolution puisse être contrôlée à l’aide de médicaments, le VIH demeure une maladie chronique incurable qui, lorsqu’elle n’est pas traitée, peut entraîner la mort. C’est pourquoi l’omission d’informer un partenaire sexuel de sa séropositivité peut donner lieu à une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle grave suivant le par. 273(1) du *Code criminel*. (Cela dit, il se peut que de nouvelles avancées médicales permettent de réduire le taux de mortalité au point de rendre le risque de mortalité presque inexistant, et que l’on ramène l’infraction à celle d’agression sexuelle simple prévue au par. 271(1) du *Code criminel*. De même, les chercheurs pourraient un jour trouver un remède, de sorte que le VIH ne cause plus de « lésions corporelles graves » et que l’omission de révéler qu’on en est atteint ne constitue plus une fraude viciant le consentement pour l’application de l’infraction d’agression sexuelle.)

(4) Realistic Possibility of HIV Transmission

[93] A review of the case law pertaining to fraud vitiating consent to sexual relations leads to the following general principle of law: the *Cuerrier* requirement of a “significant risk of serious bodily harm” entails a *realistic possibility of transmission of HIV*. This applies to all cases where fraud vitiating consent to sexual relations is alleged on the basis of the non-disclosure of HIV-positive status.

[94] This leaves the question of when there is a realistic possibility of transmission of HIV. The evidence adduced here satisfies me that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if (i) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low, *and* (ii) condom protection was used.

[95] The conclusion that low viral count coupled with condom use precludes a realistic possibility of transmission of HIV, and hence does not constitute a “significant risk of serious bodily harm” on the *Cuerrier* test, flows from the evidence in this case. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

[96] In this case, the evidence accepted by the trial judge was that Mr. Mabor had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. The accused underwent antiretroviral treatment on a regular basis, but he only wore condoms occasionally. Mr. Mabor’s medical record also shows that he had been successfully treated for gonorrhœa and had no sexually transmitted infections at the time of intercourse with the four complainants other than HIV. Based on this evidence, three factors were relevant to risk: baseline risk for vaginal intercourse when the male partner is HIV-positive; reduction in risk with condom use; and antiretroviral therapy. I will consider each in turn.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH

[93] Le principe de droit général suivant se dégage de la jurisprudence en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : l’exigence par notre Cour dans *Cuerrier* d’un « risque important de lésions corporelles graves » suppose une *possibilité réaliste de transmission du VIH*. Le principe vaut pour toute allégation de fraude viciant le consentement à des relations sexuelles fondée sur l’omission de révéler sa séropositivité.

[94] La question se pose alors de savoir dans quelles circonstances il y a possibilité réaliste de transmission du VIH. La preuve offerte me convainc que, de manière générale, cette possibilité est écartée (i) lorsque la charge virale de l’accusé est faible au moment du rapport sexuel *et* (ii) que le condom est utilisé.

[95] La conclusion selon laquelle une charge virale faible combinée à l’utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH, de sorte qu’il n’y a pas de « risque important de lésions corporelles graves » pour l’application du critère de l’arrêt *Cuerrier*, découle de la preuve en l’espèce. Cet énoncé général n’empêche pas la common law de s’adapter aux avancées thérapeutiques et aux circonstances où d’autres facteurs de risque que ceux considérés en l’espèce sont en cause.

[96] En l’espèce, il appert de la preuve admise au procès qu’il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels de M. Mabor avec les quatre plaignantes. L’accusé suivait un traitement aux antirétroviraux sur une base régulière, mais il n’utilisait le condom qu’à l’occasion. Son dossier médical indique également qu’il a été traité avec succès pour une gonorrhée et qu’il ne souffrait d’aucune autre infection sexuellement transmissible que le VIH au moment de ses rapports sexuels avec les quatre plaignantes. À la lumière de cette preuve, trois éléments sont pertinents quant à l’évaluation du risque couru : le risque de base d’une relation vaginale avec un partenaire masculin séropositif, la réduction du risque lorsqu’un condom est utilisé et la thérapie antirétrovirale. Je les examine tour à tour.

[97] As the Court of Appeal noted, baseline risk of HIV transmission per act of vaginal intercourse with an infected male partner (i.e. the risk of transmission based on the male ejaculating, without a condom, having a normal unreduced viral load) varies from study to study. Dr. Smith's written report put the risk at 0.05% (1 in 2000) to 0.26% (1 in 384) (p. 4). Ms. McDonald, a public health nurse, testified about the Manitoba Health post-exposure protocol, which puts risk per act at 0.1% (1 in 1000). A systemic review and meta-analysis of 43 publications comprising 25 different study populations, put the risk in high-income countries at 0.08% per sexual act (1 in 1250): M.-C. Boily, et al., "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies" (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] It is undisputed that HIV does not pass through good quality male or female latex condoms. However, condom use is not fail-safe, due to the possibility of condom failure and human error. Dr. Smith testified that consistent condom protection reduces the risk of HIV transmission by 80%, relying on the widely accepted Cochrane review: S. C. Weller and K. Davis-Beaty, "Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission" (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. It was pointed out that the 80% reduction in the transmission risk refers to consistent condom use: the reduction may be larger for consistent *and* correct condom use, but this has not been verified empirically.

[99] The Court of Appeal, in applying a "high risk" approach, held that condom use reduces the risk of HIV transmission "below the level of significance" (para. 87). However, in my view, the evidence does not establish that condom protection alone precludes a *realistic possibility* of transmission, the standard proposed here. According to the expert evidence, the risk might still fall above the "negligible" threshold: Dr. Smith's report, at p. 6.

[97] Comme le signale la Cour d'appel, le risque de base de transmission du VIH lors d'une relation vaginale avec un partenaire masculin infecté (à supposer que l'homme éjacule, qu'il n'emploie pas de préservatif et que sa charge virale soit normale, plutôt que réduite) varie selon les études. Dans son rapport, le D<sup>r</sup> Smith situe le risque par acte entre 0,05 % (1 sur 2000) et 0,26 % (1 sur 384) (p. 4). Une infirmière en santé publique, M<sup>me</sup> McDonald, a témoigné au sujet du protocole post-exposition du Manitoba, lequel fait état d'un risque par acte de 0,1 % (1 sur 1000). L'examen systématique et la méta-analyse de 43 publications portant sur 25 études de population établit le risque couru dans les pays où les revenus sont élevés à 0,08 % par acte sexuel (1 sur 1250) : M.-C. Boily, et al., « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] Nul ne conteste que le VIH ne passe pas à travers la paroi d'un préservatif masculin ou féminin en latex de bonne qualité. Cependant, tout risque n'est pas éliminé, car le condom peut être défectueux ou mal employé. Le D<sup>r</sup> Smith a témoigné que l'utilisation systématique du condom 100, et il a cité à l'appui l'étude de Cochrane, qui jouit d'une large reconnaissance : S. C. Weller et K. Davis-Beaty, « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. Il a précisé que ce pourcentage de réduction correspondait à l'utilisation systématique du condom, car il peut être plus élevé s'il y a à la fois utilisation systématique *et* adéquate du condom, une hypothèse qui n'a cependant pas été vérifiée empiriquement.

[99] Adoptant l'angle du « risque élevé » d'infection, la Cour d'appel conclut que l'utilisation du condom abaisse le risque de transmission du VIH [TRADUCTION] « sous le seuil du risque important » (par. 87). Toutefois, à mon avis, la preuve n'établit pas que, à elle seule, cette protection écarte la *possibilité réaliste* de transmission, la norme proposée en l'espèce. Selon la preuve d'expert, le risque pourrait toujours dépasser le seuil du risque « négligeable » : rapport du D<sup>r</sup> Smith, p. 6.

[100] This brings us to the final factor, antiretroviral therapy. As noted by the Court of Appeal, the transmissibility of HIV is proportional to the viral load, i.e. the quantity of HIV copies in the blood. The viral load of an untreated HIV patient ranges from 10,000 copies to a few million copies per millilitre. When a patient undergoes antiretroviral treatment, the viral load shrinks rapidly to less than 1,500 copies per millilitre (low viral load), and can even be brought down to less than 50 copies per millilitre (undetectable viral load) over a longer period of time. This appears to be scientifically accepted at this point, on the evidence in this case.

[101] Dr. Smith explained in his report that antiretroviral therapy is not a safe-sex strategy, and that “it is highly advisable that persons even with an undetectable viral load who are having sex with more than one partner unfailingly and correctly use a condom” (pp. 5 and 7). The most recent wide-scale study on this issue, relied on by a number of interveners, concludes that the risk of HIV transmission is reduced by 89 to 96% when the HIV-positive partner is treated with antiretrovirals, irrespective of whether the viral load is low or undetectable: M. S. Cohen, et al., “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy” (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. This evidence indicates that antiretroviral therapy, alone, still exposes a sexual partner to a realistic possibility of transmission. However, on the evidence before us, the ultimate percentage risk of transmission resulting from the combined effect of condom use *and* low viral load is clearly extremely low — so low that the risk is reduced to a speculative possibility rather than a realistic possibility.

[102] In reaching this conclusion, I use *low* viral load, rather than *undetectable* viral load, as one of the factors for determining risk. This avoids the evidentiary difficulties associated with establishing an *undetectable* viral load. Dr. Smith presented evidence that various factors such as common infections and treatment issues may lead to fluctuations in a person’s viral load. So-called

[100] Passons maintenant au dernier élément, la thérapie antirétrovirale. Comme le signale la Cour d’appel, la transmissibilité du VIH est proportionnelle à la charge virale, soit le nombre de copies du VIH dans le sang. La charge virale d’une personne séropositive qui n’est pas traitée se situe entre 10 000 et quelques millions de copies par millilitre. Lorsque le patient suit un traitement aux antirétroviraux, sa charge virale chute rapidement à moins de 1 500 copies par millilitre (charge faible), voire jusqu’à moins de 50 copies par millilitre (charge indétectable) sur une plus longue période de temps. Selon la preuve au dossier, ces données seraient celles admises de nos jours par la science.

[101] Le D<sup>r</sup> Smith explique dans son rapport que la thérapie antirétrovirale n’offre pas un moyen d’avoir des relations sexuelles sans risque et qu’[TRADUCTION] « il est fortement recommandé aux personnes qui ont plus d’un partenaire sexuel, même lorsque leur charge virale est indétectable, d’utiliser systématiquement et correctement le condom » (p. 5 et 7). Citée par un certain nombre d’intervenants, l’étude à grande échelle la plus récente sur ce point conclut que le risque de transmission du VIH diminue de 89 à 96 % lorsque le partenaire séropositif est traité aux antirétroviraux, peu importe que sa charge virale soit faible ou indétectable : M. S. Cohen, et al., « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. C’est donc dire que la seule thérapie antirétrovirale expose quand même le partenaire sexuel à une possibilité réaliste de transmission. Toutefois, il appert de la preuve au dossier que le risque de transmission résultant de l’effet combiné de l’utilisation du condom *et* d’une charge virale faible est de toute évidence extrêmement faible, si faible que le risque devient hypothétique plutôt que réaliste.

[102] Pour arriver à cette conclusion, je retiens au nombre des éléments qui permettent d’évaluer le risque la charge virale *faible*, plutôt que la charge virale *indétectable*. Ce choix évite les difficultés liées à la preuve d’une charge virale *indétectable*. Le D<sup>r</sup> Smith a témoigné que plusieurs choses, comme une infection banale ou un aléa thérapeutique, peuvent faire fluctuer la charge virale d’une

“spikes” or “blips” bring the viral load of a person treated with antiretrovirals above the detectable level. Furthermore, detectability depends on the accuracy of ever-developing technology: a viral load that assays do not detect today, might very well be detectable by future assays. Finally, it must be observed that Dr. Smith did not accept, and presented as controversial, the 2008 announcement by the Swiss Federal Commission for HIV/AIDS that an HIV-positive person with an undetectable viral load is not sexually infectious (p. 5). As he noted, this statement is subject to important qualifications, based only on a review of scientific literature, and requires corroborating research.

[103] This leads to the conclusion that on the evidence before us, the combined effect of condom use *and* low viral load precludes a realistic possibility of transmission of HIV. In these circumstances, the *Cuerrier* requirement of significant risk of serious bodily harm is not met. There is no deprivation within the meaning of *Cuerrier* and failure to disclose HIV status will not constitute fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

#### (5) Summary

[104] To summarize, to obtain a conviction under ss. 265(3)(c) and 273, the Crown must show that the complainant’s consent to sexual intercourse was vitiated by the accused’s fraud as to his HIV status. Failure to disclose (*the dishonest act*) amounts to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm (*deprivation*). A significant risk of serious bodily harm is established by a realistic possibility of transmission of HIV. On the evidence before us, a realistic possibility of transmission is negated by evidence that the accused’s viral load was low at the time of intercourse and that condom protection

personne. Des variations brusques ou passagères élèvent au-dessus du seuil de la détectabilité la charge virale d’une personne traitée aux antirétroviraux. De plus, la détectabilité dépend de la précision d’une technologie en évolution constante : la charge virale qui n’est pas détectable aujourd’hui pourrait très bien l’être ultérieurement grâce à un nouveau test. Enfin, il convient de signaler le désaccord du D<sup>r</sup> Smith avec la Commission fédérale suisse sur le VIH/sida, qui a affirmé en 2008 qu’une personne séropositive dont la charge virale est indétectable n’est pas sexuellement infectieuse. Il s’agit selon lui d’une affirmation controversée (p. 5). Il ajoute que cet avis appelle des réserves importantes parce qu’il n’est fondé que sur un examen de la littérature scientifique et qu’il doit être confirmé par la recherche.

[103] Au vu de la preuve au dossier, force est donc de conclure que l’effet combiné de l’utilisation du condom *et* de l’existence d’une charge virale faible écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH. Dans ces circonstances, il n’est pas satisfait à l’exigence établie par la Cour dans *Cuerrier*, à savoir l’existence d’un risque important de lésions corporelles graves. Il n’y a aucune privation au sens de l’arrêt *Cuerrier*, et l’omission de l’accusé de révéler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux fins de l’al. 265(3)(c) du *Code criminel*.

#### (5) Résumé

[104] En résumé, pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l’al. 265(3)(c) et de l’art. 273, le ministère public doit démontrer que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l’accusé concernant sa séropositivité. L’omission de révéler (*l’acte malhonnête*) constitue une fraude lorsque le plaignant n’aurait pas donné son consentement s’il avait su que l’accusé était séropositif et lorsqu’un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions (*la privation*). La possibilité réaliste de transmettre le VIH établit le risque important de lésions corporelles graves. Selon la preuve au dossier, la possibilité réaliste de transmission est écartée par la

was used. However, the general proposition that a low viral load combined with condom use negates a realistic possibility of transmission of HIV does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in the present case are at play.

[105] The usual rules of evidence and proof apply. The Crown bears the burden of establishing the elements of the offence — a dishonest act and deprivation — beyond a reasonable doubt. Where the Crown has made a *prima facie* case of deception and deprivation as described in these reasons, a tactical burden may fall on the accused to raise a reasonable doubt, by calling evidence that he had a low viral load at the time and that condom protection was used.

#### B. Application

[106] With respect to the four counts before us, the complainants all consented to sexual intercourse with the accused. Each of the complainants testified that they would not have had sex with the accused had they known that he was HIV-positive. The only issue is whether their consent was vitiated because he did not tell them that he had HIV.

[107] The trial judge found the accused guilty of aggravated sexual assault on the four counts where it was established that his viral load was not undetectable or no condom was used. The Court of Appeal set aside the convictions on the basis that *either* an undetectable viral load *or* condom protection would suffice.

[108] As set out above, at this point in the development of the common law, a clear test can be laid down. The absence of a realistic possibility of HIV transmission precludes a finding of fraud vitiating consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*. In

preuve selon laquelle, lors de la relation sexuelle considérée, la charge virale de l'accusé était faible et un condom a été utilisé. Cependant, l'énoncé général voulant que la charge virale faible combinée à l'emploi du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH n'empêche pas la common law de s'adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où d'autres facteurs de risque que ceux considérés en l'espèce sont en jeu.

[105] Les règles de preuve habituelles s'appliquent en l'espèce. C'est au ministère public qu'il incombe d'établir hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction, à savoir l'acte malhonnête et la privation. Une fois ces deux éléments établis *prima facie* conformément aux présents motifs, l'accusé peut avoir l'obligation tactique de soulever un doute raisonnable par la présentation d'éléments de preuve selon lesquels, au moment considéré, sa charge virale était faible et un condom a été utilisé.

#### B. Application

[106] En ce qui concerne les quatre chefs d'accusation visés par le pourvoi, les plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels qu'elles ont eus avec l'accusé. Chacune a déclaré qu'elle n'aurait pas eu de relations sexuelles avec l'accusé si elle l'avait su séropositif. La seule question en litige est celle de savoir si leur consentement est vicié par l'omission de l'accusé de les informer de sa séropositivité.

[107] La juge du procès reconnaît l'accusé coupable d'agression sexuelle grave quant aux quatre chefs dans la mesure où était établi que sa charge virale n'était pas indétectable ou qu'il n'avait pas utilisé de condom. La Cour d'appel annule les déclarations de culpabilité au motif que *soit* une charge virale indétectable, *soit* une protection au moyen d'un condom était suffisante.

[108] Comme je le dis précédemment, à cette étape de l'évolution de la common law, il est possible d'établir un critère clair. L'absence de possibilité réaliste de transmission du VIH empêche de conclure à l'existence d'une fraude viciant le

the case at hand, no realistic possibility of transmission was established when the accused had a low viral load and wore a condom. It follows that the appeal should be allowed insofar as the decision of the Court of Appeal conflicts with this conclusion.

[109] The accused had a low viral load at the time of intercourse with each of S.H., D.C.S. and D.H., but did not use a condom. Consequently, the trial judge's convictions on these counts should be maintained. This leaves K.G. The trial judge convicted on the ground that, although the accused used a condom at the time of the encounter, his viral load "was not suppressed" (para. 128). As discussed, the combination of a low viral load — as opposed to an *undetectable* viral load — and of condom use negates a realistic possibility of transmission, on the evidence in this case. The record shows that the accused's viral load was low at the time of sexual relations with K.G. When combined with condom protection, this low viral load did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. The trial judge's conviction on this count must be reversed.

[110] I would allow the appeal in part and restore the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. I would dismiss the appeal in respect of the complaint by K.G.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Legal Aid Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS*

consentement suivant l'al. 265(3)c) du *Code criminel*. Dans la présente affaire, nulle possibilité réaliste de transmission n'a été établie relativement aux rapports sexuels au cours desquels l'accusé avait une charge virale faible et utilisait un condom. Le pourvoi doit donc être accueilli dans la mesure où la décision de la Cour d'appel va à l'encontre de cette conclusion.

[109] Lors de ses rapports sexuels avec chacune des plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., l'accusé avait une charge virale faible, mais n'a pas utilisé de condom. Il convient donc de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées par la juge du procès sur les chefs correspondants. Reste à statuer sur le cas de K.G. La juge du procès déclare l'accusé coupable au motif que, même s'il a utilisé un condom lors des relations sexuelles avec elle, sa charge virale [TRADUCTION] « n'était pas supprimée » (par. 128). Je rappelle qu'une charge virale faible — par opposition à une charge virale *indétectable* — combinée à l'utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission suivant la preuve présentée en l'espèce. Il appert du dossier qu'au moment de ses rapports sexuels avec K.G., l'accusé avait une charge virale faible. Jumelée à la protection au moyen d'un condom, cette charge virale faible n'a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. La déclaration de culpabilité prononcée par la juge sur ce chef doit être annulée.

[110] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rétablir les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., ainsi que de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la plaignante K.G.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimé : Aide juridique Manitoba, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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