

Her Majesty The Queen Appellant

v.

Jean Clermont Respondent

INDEXED AS: R. v. CLERMONT

File No.: 19434.

1986: March 18; 1986: September 16.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson,
Le Dain and La Forest JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Evidence — Similar fact evidence — Probative value of evidence — Rape — Evidence of earlier rape presented to jury to establish accused intended to have sexual relations with victim despite absence of consent and to counter defence of honest belief in consent — Evidence inadmissible.

At his trial for rape, respondent admitted having had sexual relations with the complainant but argued that she had consented or he honestly believed she had. To establish that the accused intended to have sexual relations with the complainant in spite of her having refused consent and to counter a defence of honest belief in consent, the Crown led similar fact evidence of a rape committed by respondent five years before. Following a *voir dire*, the trial judge allowed this evidence to go to the jury. Respondent was in due course convicted and appealed this verdict. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial. This appeal is to determine whether the similar fact evidence led by the Crown was admissible.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge erred in allowing the evidence of the earlier rape to be presented. The absence of consent by a previous victim is not relevant to establishing absence of consent by the complainant, and evidence of an earlier rape whose only value as evidence is to establish that the accused is someone capable of disregarding the absence of consent by his victim is inadmissible. Such evidence would have been admissible if, for example, it had indicated a similarity to the fact that, in similar circumstances, the accused had alleged a belief in his victim's consent. In the case at bar, however, there is nothing to indicate that the accused alleged a mistake as to his victim's consent in the earlier incident.

Sa Majesté La Reine Appelante

c.

Jean Clermont Intimé

^a RÉPERTORIÉ: R. c. CLERMONT

N° du greffe: 19434.

1986: 18 mars; 1986: 16 septembre.

^b Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^c *Preuve — Preuve de faits similaires — Force probante — Viol — Preuve d'un viol antérieur soumise au jury pour démontrer l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la victime malgré l'absence de consentement et pour réfuter la défense de croyance honnête au consentement — Preuve inadmissible.*

À son procès pour viol, l'intimé a admis avoir eu des relations sexuelles avec la plaignante mais a soutenu qu'elle avait consenti ou qu'il croyait honnêtement qu'elle avait consenti. Afin de démontrer l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la plaignante malgré l'absence de consentement de cette dernière et afin de contrer une défense de croyance honnête au consentement, le ministère public a présenté une preuve de faits similaires relativement à un viol commis par l'intimé cinq ans auparavant. Après un *voir dire*, le juge du procès a permis que cette preuve soit soumise au jury. L'intimé a par la suite été déclaré coupable et a interjeté appel de ce verdict. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer si la preuve de faits similaires présentée par le ministère public était recevable.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge du procès a commis une erreur en autorisant la présentation de la preuve relative au viol antérieur. ^h L'absence de consentement d'une victime précédente n'est d'aucune pertinence pour démontrer l'absence de consentement de la plaignante et la preuve d'un viol antérieur dont la seule force probante est d'établir que l'accusé est une personne capable de passer outre au non-consentement de sa victime est inadmissible. Cette preuve aurait pu être admise si elle avait, à titre d'exemple, présenté comme similarité le fait que l'accusé, dans des circonstances analogues, avait prétendu croire au consentement de sa victime. Mais rien dans la preuve de ⁱ l'espèce n'indique que, dans le cas de l'incident antérieur, l'accusé ait allégué l'erreur sur le consentement de la victime.

Cases Cited

Referred to: *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1985), 46 C.R. (3d) 68, which allowed the accused's appeal from his conviction for rape and ordered a new trial. Appeal dismissed.

Rolande Matte, for the appellant.

Dominique Larose and *Linda Despots*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—This appeal raises only one question, that of whether the similar fact evidence presented by the Crown at respondent's trial was admissible.

The Facts

On June 3, 1982, after trial by a judge and jury, respondent was convicted of raping L. Following his arrest for this incident, he made an extrajudicial statement to the police in which he admitted having had sexual relations with the complainant. He also admitted that she had resisted. However, he added that "in the fury of passion, I perhaps did not realize what was happening".

Clermont, who appeared on his own behalf, cross-examined the complainant at length, seeking to make her admit that she had consented to having sexual relations. He took advantage of this cross-examination to state himself that she had consented. Essentially, the accused made the following two arguments: "I think she consented, and if she did not, I can tell you her actions were such that I honestly believed she had consented". In response to the extrajudicial statement and the statements made in court, the Crown led similar fact evidence of a rape committed by respondent some five years earlier in allegedly similar circumstances. The present appeal raises the question of whether this evidence was admissible.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949.

^a POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1985), 46 C.R. (3d) 68, qui a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour viol et ordonné un nouveau procès. ^b Pourvoi rejeté.

Rolande Matte, pour l'appelante.

Dominique Larose et *Linda Despots*, pour l'intimé.

^c Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi ne soulève qu'une question, soit celle de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires présentée par la Couronne au procès de l'intimé.

Les faits

^e Le 3 juin 1982, suite à un procès tenu devant juge et jury, l'intimé a été déclaré coupable du viol de L. Suite à son arrestation pour cet incident, il a fait une déclaration extrajudiciaire à la police dans laquelle il a reconnu avoir eu des relations sexuelles avec la plaignante. Il a aussi reconnu qu'elle lui avait résisté. Il ajoutait cependant que [TRADUCTION] «dans la force de la passion, je n'ai peut-être plus bien réalisé ce qui se passait».

^g Clermont, qui se défendait lui-même, a longuement contre-interrogé la plaignante, cherchant à lui faire admettre qu'elle avait consenti aux relations sexuelles. Lors de ce contre-interrogatoire il en a profité pour lui-même affirmer qu'elle avait consenti. Essentiellement, l'accusé avançait les deux thèses suivantes: «D'après moi elle a consenti et, sinon, je vous dis que son comportement a été tel que j'ai honnêtement cru qu'elle consentait». En réponse à la déclaration extrajudiciaire et à celles faites en cour, la Couronne a présenté une preuve de faits similaires relativement à un viol commis par l'intimé quelque cinq ans auparavant dans des circonstances prétendument analogues. C'est l'admissibilité de cette preuve qui fait l'objet du présent pourvoi.

Superior Court Judgment

Following a *voir dire*, Rothman J. of the Superior Court ruled that the earlier incident was sufficiently similar to be regarded as a similar fact. He allowed it to be presented to establish that the accused intended to have sexual relations with the complainant in spite of her having refused consent and to counter a defence of honest belief in consent. While realizing the prejudice to the accused that could result, he allowed the evidence because, as he said, "it is evidence that is highly relevant to an issue before the jury". In his charge to the jury Rothman J. said, regarding the use they should make of this evidence:

I wish to talk to you about the similar fact evidence or the so-called similar fact evidence given by [S.] concerning the events she described following her meeting the accused at a "Laundromat" in February of 1975. The first principle that I must give you here is that you are not to use the evidence of the [S.] incident to infer that the accused is a person whose character or disposition is such that he is likely to have committed the offence in the present case. That is not its purpose and you are not to conclude that because of the acts he did with Miss [S.] he must have committed the crime charged in the present case. The guilt or innocence of the accused in this case must be decided on the evidence supporting the charges against him in this case and not what he may have done in the past. He is not being tried today for the events that occurred [*sic*] in 1975 as described by Miss [S.]. The sole purpose, the only purpose for which this similar fact evidence may be used relates to the intention of the accused and whether or not he knew that madam [L.], the complainant in this case, was not consenting. That is the sole purpose for which that evidence may be used and the questions that you will have to ask yourself will be the following: did the accused intend to have intercourse with madam [L.] without her consent? Was his association with madam [L.] an innocent association between two consenting adults or did the accused intend to have sexual intercourse with her without her consent? If madam [L.] was not consenting, as she says she was not in her evidence, did the accused know that she was not consenting? Now, you will recall that in his statement, the accused stated that although madam [L.] told him to stop and although she struggled, he did not realize what was happening in the fury of his passion. The Crown has tendered this similar fact evidence to establish a pattern of similarity

Jugement de la Cour supérieure

Suite à un *voir dire*, le juge Rothman de la Cour supérieure a jugé l'incident antérieur suffisamment analogue pour être qualifié de fait similaire. Il en a permis la production afin de prouver l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la plaignante malgré l'absence de consentement de cette dernière et afin de contrer une défense de croyance honnête au consentement. Conscient du préjudice qui pouvait en résulter pour l'accusé, il en a quand même permis la production parce que, selon lui: [TRADUCTION] «Il s'agit d'un élément de preuve qui est très pertinent à l'égard d'une question présentée au jury.» Dans son adresse au jury, le juge Rothman s'est exprimé ainsi quant à l'utilisation à être faite de cette preuve:

[TRADUCTION] Je désire vous parler de la preuve de faits similaires ou ce qu'on prétend être la preuve de faits similaires produite par [S.] concernant les événements qu'elle a décrits après avoir rencontré l'accusé dans une «laverie automatique» en février 1975. Le premier principe dont je dois vous faire part c'est que vous ne devez pas utiliser la preuve de l'incident [S.] pour déduire que l'accusé est une personne dont les traits de caractère ou les prédispositions sont tels qu'elle est susceptible d'avoir commis l'infraction en l'espèce. Ce n'est pas son but et vous ne devez pas conclure que, à cause des actes que l'accusé a commis avec Mlle [S.], il doit avoir commis le crime dont il est accusé en l'espèce. La culpabilité ou l'innocence de l'accusé en l'espèce doit être déterminée d'après les éléments de preuve à l'appui des accusations portées contre lui dans la présente affaire et non à cause de ce qu'il a fait par le passé. Il ne s'agit pas son procès aujourd'hui pour les événements de 1975 décrits par Mlle [S.] Le seul but, l'unique but dans lequel cette preuve de faits similaires peut être utilisée est relativement à l'intention de l'accusé et à la question de savoir s'il savait que Mme [L.], la plaignante en l'espèce, n'était pas consentante. C'est le seul but dans lequel cet élément peut être utilisé et les questions que vous devrez vous poser sont les suivantes: l'accusé avait-il l'intention d'avoir des rapports sexuels avec Mme [L.] sans son consentement? Sa liaison avec Mme [L.] était-elle une liaison innocente entre deux adultes consentants ou l'accusé avait-il l'intention d'avoir des rapports sexuels avec elle sans son consentement? Si Mme [L.] n'était pas consentante, comme elle le prétend dans son témoignage, l'accusé savait-il qu'elle n'était pas consentante? Maintenant, vous vous souviendrez que l'accusé a dit dans sa déclaration que, bien que Mme [L.] lui ait dit d'arrêter et bien qu'elle se soit débattue,

and to rebut a defence of innocent association or a defence of mistake in the present case. In short, the only purpose of this evidence is to rebut a defence of honest belief in consent. You are therefore entitled to consider the evidence of Miss [S.] not for the purpose of inferring that the accused was the kind of person likely to commit this kind of crime, but for the purpose of determining the intention of the accused as regards madam [L.] and whether he honestly did not realize she was not consenting as he suggests in his statement. You are entitled to infer from the evidence, although you are not required to do so, that the similarities in the two cases are such that the acts in both cases were committed by the same person and that the intention was the same in the both cases. It is entirely for you to decide whether such an inference should be made.

It will be for you to consider whether these similarities are sufficiently similar sufficiently striking in their similarity so that the acts must have been committed by the same person with the same intention in each case. If you conclude that that is the case, then the evidence of Miss [S.] may assist you in deciding what was the intention of the accused in the present case and whether or not the accused knew or realized that madam [L.] was not consenting, if you believe that she was not consenting.

Quebec Court of Appeal

A majority of the Quebec Court of Appeal (Bisson J.A. and Chevalier J. (*ad hoc*)) reversed this decision and ordered that a new trial be held: (1985), 46 C.R. (3d) 68. Chevalier J. doubted the similarity of this evidence (at p. 85):

[TRANSLATION] Assuming, as my two brethren did, that essentially the Crown was only trying to establish in the case at bar that the victim did not consent, I consider that most of the similarities found by the trial judge to exist between the two events are not significant and have no connection with the fundamental question of deciding whether she consented.

Bisson J.A. said (at p. 83):

[TRANSLATION] As we know, the key issue was the absence of consent.

dans la force de sa passion, il ne s'est pas rendu compte de ce qui se passait. La poursuite a présenté cette preuve de faits similaires pour établir la similarité et pour réfuter le moyen de défense de la liaison innocente ou le moyen de défense de l'erreur en l'espèce. Bref, l'unique but de cet élément de preuve est de contrer une défense de croyance honnête au consentement. Par conséquent, vous avez le droit d'examiner le témoignage de Mlle [S.] non pour en déduire que l'accusé était le genre de personne susceptible de commettre ce genre de crime, mais dans le but de déterminer l'intention de l'accusé en ce qui concerne Mme [L.] et de déterminer si, honnêtement, il n'a pas réalisé qu'elle n'était pas consentante comme il l'affirme dans sa déclaration. Vous avez le droit de déduire de la preuve, bien qu'on ne vous demande pas de le faire, que les similarités dans les deux affaires sont telles que les actes ont été commis par la même personne et que l'intention était la même dans les deux affaires. Il vous appartient entièrement de décider si l'on devrait tirer une telle déduction.

Vous devrez voir si ces similarités sont suffisamment semblables, suffisamment frappantes dans leur ressemblance pour que les actes aient été commis par la même personne avec la même intention dans chaque affaire. Si vous concluez que c'est le cas, alors le témoignage de Mlle [S.] peut vous aider à décider quelle était l'intention de l'accusé en l'espèce et si l'accusé savait ou réalisait que Mme [L.] n'était pas consentante, si vous croyez qu'elle n'a pas consenti.

La Cour d'appel du Québec

La majorité de la Cour d'appel (les juges Bisson et Chevalier (*ad hoc*)) a renversé cette décision et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1985), 46 C.R. (3d) 68. Pour sa part, le juge Chevalier doutait de la similarité de cette preuve (à la p. 85):

Retenant, comme l'ont fait mes deux collègues, qu'en définitive, la Couronne voulait uniquement prouver, en l'occurrence, l'absence de consentement de la victime, je considère que la plupart des similitudes constatées par le juge du procès entre les deux événements ne présentent aucun intérêt et n'ont aucune relation avec la question essentielle, celle de déterminer si elle a ou non consenti.

Le juge Bisson quant à lui s'exprimait ainsi (à la p. 83):

On sait que l'objet du litige était l'absence de consentement.

I do not see how the absence of consent by a victim raped four years and eleven months earlier can aid in establishing the absence of consent by another victim, almost five years later.

He also considered that the five years which had elapsed between these two incidents deprived the similar fact evidence of any probative value. This evidence, which was likely to cause irreparable damage to the accused, should not in the opinion of Bisson J.A. have been allowed.

Finally, Turgeon J.A., dissenting, concluded that the evidence was relevant to establish the *mens rea* of the accused and would have dismissed the appeal.

The Law

I would dismiss this appeal. In light of the admissions made by the accused in the case at bar, the only elements left to be proved by the Crown were that the complainant did not consent and the accused's intent to disregard that lack of consent or his recklessness as to whether she was consenting or not. The fact that another complainant had not consented is of no relevance as to whether L. consented or not. In this, I agree with Bisson J.A. of the Court of Appeal. There remains the *mens rea* of the accused to ignore the absence of consent, that is his intent to have sexual relations despite L's failure to consent, or his recklessness as to whether she consented or not. Though very relevant, evidence of an earlier rape is not admissible when its only probative value is to establish that the accused is someone capable of disregarding the absence of consent by his victim, and that therefore he should not be believed when he says that she did consent or at least that he honestly and reasonably believed she had (*Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190). This would in fact be its sole probative value in the present case.

It would have been otherwise, having regard to the particular circumstances, if for example the earlier rape had been similar in that the accused had alleged a belief in consent in similar circumstances. That evidence would then be led to counter the credibility of the accused in his defence of an honest mistake as to consent, and as such would

Je ne peux voir comment une absence de consentement de la part d'une victime violée quatre ans et 11 mois auparavant peut aider à établir l'absence de consentement d'une autre victime, près de cinq ans plus tard.

De plus, selon lui, la période de cinq ans écoulée entre les deux incidents enlevait à la preuve de faits similaires toute force probante. De nature à causer un tort irréparable à l'accusé, cette preuve n'aurait, selon le juge Bisson, pas dû être permise.

Enfin le juge Turgeon, dissident, était d'avis que la preuve était pertinente pour prouver l'intention coupable de l'accusé, et il aurait rejeté l'appel.

Le droit

Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Eu égard aux admissions de l'accusé en l'espèce, il ne restait à la Couronne qu'à prouver l'absence de consentement de la plaignante et la volonté ou l'insouciance de l'accusé d'y passer outre. L'absence de consentement d'une autre plaignante n'est d'aucune pertinence en regard du non-consentement de L. En cela je suis d'accord avec le juge Bisson de la Cour d'appel. Reste la *mens rea* de l'accusé d'y passer outre, c'est-à-dire son intention d'avoir des relations sexuelles nonobstant l'absence de consentement de L. ou en étant insouciant (*reckless*) qu'elle ait consenti ou non. Quoique très pertinente, est inadmissible la preuve d'un viol antérieur dont la seule valeur probante est d'établir que l'accusé est une personne capable de passer outre au non-consentement de sa victime et que, par conséquent, on ne doit pas le croire lorsqu'il affirme qu'il y a eu consentement ou qu'à tout le moins il croyait honnêtement et raisonnablement à ce consentement (*Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190). Or, en l'espèce, c'est effectivement sa seule valeur probante.

Il en eût été autrement, eu égard à l'espèce, si, à titre d'exemple, le viol antérieur avait présenté comme similarité le fait que l'accusé, dans des circonstances analogues, avait prétendu croire au consentement. Cette preuve serait alors offerte dans le but de contrer la crédibilité de l'accusé dans sa défense d'erreur honnête quant au consen-

be admissible, subject of course to the court balancing its probative value as evidence against the obvious damage caused the accused by evidence of a prior record for rape (see *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949). In the present case however, there is nothing to indicate that the accused alleged a mistake as to his victim's consent in the earlier incident. The evidence of the earlier incident is therefore clearly not admissible.

For this reason, I would dismiss the appeal and uphold the order by the Court of Appeal for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Rolande Matte, Montréal.

Solicitors for the respondent: Archambault & Associés, Montréal.

tement et, comme telle, serait admissible, sous réserve bien entendu d'en jauger la valeur probante par rapport au préjudice évident causé à l'accusé par la preuve d'un antécédent judiciaire pour viol (voir *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949). Mais rien en preuve en l'espèce n'indique que dans le cas de l'incident antérieur l'accusé ait allégué l'erreur sur le consentement de sa victime. La preuve de l'incident antérieur est donc clairement inadmissible.

Pour ce motif, je rejetterais l'appel et maintiendrais l'ordonnance de la Cour d'appel pour un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Rolande Matte, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Archambault & Associés, Montréal.