

**Glenn Norman Davis** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DAVIS

File No.: 26441.

1999: February 26; 1999: November 25.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,\* McLachlin, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Criminal law — Extortion — Extortion of sexual favours — Complainants persuaded to pose nude or semi-nude for accused who misrepresented himself as having connections with modelling agencies — Extortion of sexual favours by threatened exposure of compromising photographs — Whether extortion offence in Criminal Code includes extortion of sexual favours — Scope of word “anything” in extortion provision of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 305(1).*

*Appeals — Supreme Court of Canada — Appeals as of right — Kienapple principle — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Supreme Court upholding both extortion and sexual assault convictions — Kienapple issue not raised in dissenting judgment in Court of Appeal — Whether Supreme Court has jurisdiction to address Kienapple issue — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 691(1)(a).*

*Criminal law — Kienapple principle — Extortion — Sexual assaults — Accused obtaining sexual favours from complainant by threatened exposure of compromising photographs — Whether principle against multiple convictions arising from same delict precluded convictions for both extortion and sexual assault.*

\*Cory J. took no part in the judgment.

**Glenn Norman Davis** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DAVIS

N° du greffe: 26441.

1999: 26 février; 1999: 25 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory\*, McLachlin, Major et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit criminel — Extorsion — Extorsion de faveurs sexuelles — Plaignantes amenées à poser totalement ou partiellement nues pour l'accusé qui se faisait passer pour un photographe ayant des relations avec des agences de mannequins — Extorsion de faveurs sexuelles sous la menace de dévoiler des photographies compromettantes — L'infraction d'extorsion prévue par le Code criminel comprend-elle l'extorsion de faveurs sexuelles? — Étendue de l'expression «quelque chose» dans la disposition relative à l'extorsion du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 305(1).*

*Appels — Cour suprême du Canada — Appels de plein droit — Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Maintien par la Cour suprême de la déclaration de culpabilité relativement à l'extorsion et à l'agression sexuelle — Arrêt Kienapple non soulevé dans le jugement dissident en Cour d'appel — La Cour suprême a-t-elle compétence pour examiner l'application de l'arrêt Kienapple? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 691(1)a).*

*Droit criminel — Principe énoncé dans l'arrêt Kienapple — Extorsion — Agressions sexuelles — Accusé ayant obtenu des faveurs sexuelles de la plaignante en la menaçant de dévoiler des photographies compromettantes — Le principe interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit empêche-t-il qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée à la fois pour extorsion et pour agression sexuelle?*

\*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

*Criminal law — Sexual assaults — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge failed to consider defence of honest but mistaken belief in consent — If so, whether there was air of reality to defence.*

*Criminal law — Sexual assaults — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in applying principle of reasonable doubt — Whether trial judge's comment that he was "not convinced" that complainants consented to sexual activity reversed burden of proof.*

Between 1984 and 1991, the accused, holding himself out as a photographer with connections to a modelling agency, invited the complainants, who ranged in age from 15 to 20, to pose for a portfolio of photographs with a view to initiating a modelling career. He persuaded all of them to pose nude or semi-nude, and some of them were photographed in bondage. The accused allegedly sexually assaulted the complainants D., K., S. and R. while they were posing in various stages of undress or were tied up and completely vulnerable. In the cases of B. and D., it was alleged that the accused threatened to send revealing photographs to either their parents or to a pornographic magazine if they did not agree to perform sexual favours for him. While D. ignored the accused's threats, B. acceded to them and performed sexual favours over the course of a two- to three-month period in exchange for the negatives. In her testimony, B. indicated that during that period there were at least two incidents in which the accused persisted in sexual activity after she had communicated her lack of consent. The accused testified that any sexual activity between B. and himself was consensual and that the photography sessions began after they had already been involved in a sexual relationship. He thus had no reason to threaten to expose the complainant, and never did so. In the case of D., the accused admitted taking her photos, but denied that any semi-nude photos were taken or that any sexual impropriety had occurred. He also denied trying to extort sexual favours from her, as there were no photographs with which to threaten her. With respect to K., S. and R., the accused claimed that any sexual contact was consensual. The trial judge convicted the accused of two counts of extortion against B. and D. and of five counts of sexual assault against the five complainants. On appeal, the majority of the Court of Appeal upheld the convictions.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Droit criminel — Agressions sexuelles — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il omis d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Dans l'affirmative, la défense était-elle vraisemblable?*

*Droit criminel — Agressions sexuelles — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant le principe du doute raisonnable? — Le commentaire du juge du procès selon lequel il «n'était pas convaincu» que les plaignantes aient consenti à l'activité sexuelle a-t-il eu pour effet d'inverser le fardeau de la preuve?*

De 1984 à 1991, l'accusé, qui se présentait comme un photographe ayant des relations avec une agence de mannequins, a invité les plaignantes, dont l'âge variait de 15 à 20 ans, à poser pour lui afin de se constituer un portfolio destiné à leur ouvrir une carrière de mannequin. Ils les a toutes persuadées à poser totalement ou partiellement nues, et certaines ont été photographiées dans des scènes d'asservissement. L'accusé aurait agressé sexuellement les plaignantes D., K., S. et R. alors qu'elles posaient plus ou moins dévêtues ou qu'elles étaient ligotées et complètement vulnérables. Dans les cas de B. et de D., l'accusé aurait menacé de faire parvenir des photographies révélatrices soit à leurs parents, soit à un magazine pornographique, si elles ne consentaient pas à lui accorder des faveurs sexuelles. D. n'a pas cédé aux menaces de l'accusé, mais B. a obtempéré et lui a accordé des faveurs sexuelles pendant une période de deux à trois mois en échange des négatifs. Selon le témoignage de B., au cours de cette période, à deux reprises au moins, l'accusé a continué l'activité sexuelle après qu'elle lui eut communiqué son absence de consentement. D'après le témoignage de l'accusé, toute activité sexuelle entre B. et lui était consensuelle et les séances de photographie n'ont commencé qu'après le début de leur liaison. Il n'avait donc aucun motif de menacer de dénoncer la plaignante et il ne l'a jamais fait. Dans le cas de D., l'accusé a admis avoir pris des photographies mais il a nié qu'elle ait été photographiée à moitié nue ou que toute inconvenance sexuelle ait eu lieu. Il a aussi nié avoir tenté de lui extorquer des faveurs sexuelles puisqu'il ne disposait d'aucune photographie lui permettant de la menacer. En ce qui concerne K., S. et R., l'accusé a prétendu que tout contact sexuel était consensuel. Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable de deux chefs d'extorsion contre B. et D. et de cinq chefs d'agression sexuelle contre les cinq plaignantes. En appel, la majorité de la Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

It is a crime to extort sexual favours. Although the extortion provision is located in the Part of the *Criminal Code* entitled "Offences Against Rights of Property", the word "anything" in the provision is not limited to things of a proprietary or pecuniary nature. Headings will never be determinative of legislative intention, but are merely one factor to be taken into account. In this case, the extortion provision's location in the *Criminal Code* is outweighed by competing considerations in determining the scope of "anything". First, the ordinary meaning of "anything" in its immediate context is clear and supports a broad interpretation, which would include sexual favours. Second, an interpretation of "anything" that includes sexual favours is suggested by the purpose and nature of the offence of extortion. That purpose, which can be directly inferred from the wording of the provision, is that extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. Given this objective, it would be unreasonable to criminalize extortion of money or property, but not extortion of sexual favours. Third, Parliament could have easily limited the scope of the word "anything" to things of a proprietary or pecuniary nature. Finally, a number of Canadian courts have found that "anything" includes sexual favours.

It is unnecessary in this case to decide whether there is consent to sexual activity if it is obtained by threatened exposure of nude photographs. The accused's conviction of sexually assaulting B. may be affirmed on the basis of an independent sexual assault, wholly apart from his extortionate conduct. B. testified that, during the two- to three-month period in which she went to the accused's apartment and had sexual intercourse with him in exchange for the negatives, there were at least two incidents in which the accused persisted in sexual activity after she had unambiguously communicated her lack of consent. The trial judge found B. to be a credible witness and this Court is satisfied that the events unfolded as the complainant described them. This evidence supports a conviction of sexual assault.

Even though this is an appeal as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* and the dissenting judge in the Court of Appeal dissented only on the extortion and sexual assault convictions in relation to

C'est un crime d'extorquer des faveurs sexuelles. Bien que la disposition relative à l'extorsion se trouve dans la partie du *Code criminel* intitulée «Infractions contre les droits de propriété», l'expression «quelque chose», qui y figure, n'est pas limitée aux choses telles que des biens ou de l'argent. Les rubriques ne sont jamais décisives quant à l'intention du législateur, elles constituent uniquement un facteur qu'il faut prendre en considération. En l'espèce, des considérations concurrentes l'emportent sur l'emplacement de la disposition relative à l'extorsion dans le *Code criminel* lorsqu'il s'agit de déterminer la portée de l'expression «quelque chose». Premièrement, le sens ordinaire de l'expression «quelque chose», placée dans son contexte immédiat, est clair et appuie une interprétation large, qui devrait comprendre les faveurs sexuelles. Deuxièmement, une interprétation de l'expression «quelque chose» qui comprend des faveurs sexuelles est suggérée par l'objet et la nature de l'infraction d'extorsion. Cet objet, qui peut être déduit directement du libellé de la disposition, est que l'extorsion criminalise l'intimidation et l'atteinte à la liberté de choix. Compte tenu de cet objectif, il serait déraisonnable de criminaliser l'extorsion d'argent ou de biens, mais non l'extorsion de faveurs sexuelles. Troisièmement, le législateur fédéral aurait pu facilement restreindre la portée de l'expression «quelque chose» aux choses telles que de l'argent ou des biens. Enfin, un certain nombre de tribunaux canadiens ont statué que l'expression «quelque chose» comprend les faveurs sexuelles.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de savoir s'il y a consentement à une activité sexuelle si celui-ci est obtenu sous la menace de dévoiler des photographies de nus. La déclaration de culpabilité de l'accusé pour agression sexuelle contre B. peut être confirmée en se fondant sur une agression sexuelle indépendante, totalement séparée de l'extorsion. B. a témoigné que pendant la période de deux à trois mois pendant laquelle elle s'est rendue à l'appartement de l'accusé et a eu des relations sexuelles avec lui en échange des négatifs, il y a eu au moins deux incidents au cours desquels l'accusé a continué l'activité sexuelle après qu'elle lui eut communiqué son absence de consentement. Le juge du procès a estimé que B. était un témoin digne de foi et notre Cour est convaincue que les événements se sont déroulés de la manière décrite par la plaignante. La preuve justifie une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle.

Même s'il s'agit d'un appel de plein droit formé sous le régime de l'al. 691(1)a) du *Code criminel* et que le juge dissident de la Cour d'appel n'a exprimé sa dissidence qu'à l'égard des déclarations de culpabilité pour

B., the Court has jurisdiction to address the application of *Kienapple* in the case of B. The Court's jurisdiction over both the extortion and sexual assault convictions must, of necessity, include the jurisdiction to make whatever order that is required to dispose of these grounds of appeal. The Court cannot make an order that would violate established principles or rules of law. In the case of B., there is a possibility that in affirming the convictions without considering the potential application of *Kienapple* the Court might be convicting the accused of multiple offences arising from the same delict. Such a disposition would be illegal, as it would contravene an established legal principle. Here, there is not a sufficient factual nexus between the extortion and sexual assault convictions to trigger the application of *Kienapple* in the case of B. The convictions arise out of different factual transactions. Any one of the occasions over the two- to three-month period in which the accused engaged in sexual activity with B. is sufficient to ground the extortion conviction. By contrast, the sexual assault conviction arises from one or two specific occasions in which B. explicitly communicated her lack of consent to sexual contact.

In the case of K., assuming, without deciding, that the trial judge failed to consider the defence of honest but mistaken belief in consent, a review of the evidence leads to the conclusion that there was no air of reality to the defence. Even if the testimony of the accused is completely accepted, it discloses that, at a minimum, he was wilfully blind as to whether K. consented to the fondling of her breasts and vagina. There is no suggestion by the accused that K. posed nude for any reason other than to further her modelling career. Nor was there any evidence that she invited him to touch her prior to his fondling of her breasts and vagina.

The trial judge did not err in his application of the principle of reasonable doubt. He clearly directed himself properly and his judgment reveals a thorough review of the evidence. In the cases of S. and R., the trial judge's remarks that he was "not convinced" that the complainants consented to the sexual activity in question suggest, when read out of context, that he may have reversed the burden of proof. These remarks,

extorsion et agression sexuelle prononcées relativement à B., notre Cour est compétente pour examiner l'application de l'arrêt *Kienapple* dans le cas de B. La compétence de la Cour sur les déclarations de culpabilité prononcées relativement à l'extorsion et à l'agression sexuelle doit, par la force des choses, inclure celle de rendre toute ordonnance requise pour trancher ces moyens d'appel. La Cour ne peut pas rendre une ordonnance qui contreviendrait aux principes établis ni aux règles de droit. Dans le cas de B., il se pourrait qu'en confirmant les déclarations de culpabilité sans examiner l'application possible de l'arrêt *Kienapple*, la Cour déclare l'accusé coupable d'infractions multiples relativement au même délit. Une telle décision serait illégale car elle contreviendrait à un principe juridique établi. En l'espèce, il n'existe pas entre les déclarations de culpabilité pour extorsion et pour agression sexuelle un lien factuel suffisant pour entraîner l'application de l'arrêt *Kienapple* dans le cas de B. Les déclarations de culpabilité ont été prononcées par suite d'opérations factuelles différentes. Chacun des incidents qui se sont produits au cours de la période de deux à trois mois pendant laquelle l'accusé a eu une activité sexuelle avec B. est suffisant pour justifier la déclaration de culpabilité pour extorsion. Par contre, la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle résulte d'une ou de deux occasions précises où B. a communiqué explicitement son absence de consentement au contact sexuel.

En ce qui concerne K., si l'on suppose, sans en décider, que le juge du procès n'a pas examiné la défense de croyance sincère mais erronée, un examen de la preuve mène à la conclusion que la défense n'était pas vraisemblable. Même si le témoignage de l'accusé était retenu entièrement, il révèle que celui-ci a à tout le moins fait preuve d'aveuglement volontaire quant à savoir si K. avait consenti à ce qu'il lui caresse les seins et le vagin. L'accusé n'a pas indiqué que K. avait posé nue pour une autre raison que pour lancer sa carrière de mannequin. Rien dans la preuve n'indiquait non plus qu'elle l'avait invité à la toucher avant qu'il ne lui caresse les seins et le vagin.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans l'application du principe du doute raisonnable. À l'évidence, il a examiné correctement le principe à appliquer et son jugement révèle qu'il a analysé la preuve en profondeur. Dans les cas de S. et de R., les remarques faites par le juge du procès selon lesquelles il «n'était pas convaincu» que les plaignantes aient consenti à l'activité sexuelle en question donnent à penser, lorsqu'elles sont interprétées hors contexte, que le juge du procès peut avoir inversé le fardeau de la preuve. Toutefois, examinées dans le contexte du jugement dans son ensemble,

however, when viewed in the context of the entire judgment, were effectively neutralized by other passages.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1; **considered:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; **referred to:** *R. v. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326; *R. v. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439; *R. v. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621; *R. v. Natarelli*, [1967] S.C.R. 539; *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167; *R. v. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302; *R. v. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143; *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, ss. 450, 451, 452, 453, 454.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 155, 246.1(1)(a) [ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 305(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(3)(b), 271(1)(a), 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 346(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 46], 691(1)(a) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 291.  
*Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 402, 403, 404, 405, 406.  
*Theft Act 1968* (U.K.), 1968, c. 60, ss. 21, 34.

### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
*Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

ces remarques étaient effectivement neutralisées par d'autres passages.

### Jurisprudence

**Arrêt suivi:** *R. c. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1; **arrêt examiné:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; **arrêts mentionnés:** *R. c. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326; *R. c. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439; *R. c. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621; *R. c. Natarelli*, [1967] R.C.S. 539; *Attorney-General of Canada c. Jackson*, [1946] R.C.S. 489; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *R. c. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302; *R. c. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143; *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(3)(b), 271(1)(a), 273.2 [aj. 1992, ch. 38, art. 1], 346(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 46], 691(1)(a) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., n<sup>o</sup> 9)].  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 291.  
*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 402, 403, 404, 405, 406.  
*Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 450, 451, 452, 453, 454.  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 155, 246.1(1)(a) [aj. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 305(1).  
*Theft Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 60, art. 21, 34.

### Doctrine citée

*Dictionnaire encyclopédique Quillet*. Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975, «chose», «quelque chose».  
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

*Oxford English Dictionary*, vol. 1, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "anything".  
 Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 8th ed. London: Butterworths, 1996.  
 Williams, Glanville L. "Blackmail", [1954] *Crim. L. Rev.* 79.  
 Winder, W. H. D. "The Development of Blackmail" (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273, [1998] N.J. No. 16 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of five counts of sexual assault, one count of extortion and one count of attempted extortion by Easton J., [1993] N.J. No. 143 (QL) (S.C.). Appeal dismissed.

*Robin Reid*, for the appellant.

*Wayne Gorman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right of the appellant's convictions of five counts of sexual assault and two counts of extortion involving five complainants. The appellant challenged his convictions on a number of grounds. The main issue to be decided in this appeal is whether the scope of the offence of extortion as set out in the *Criminal Code* includes the extortion of sexual favours.

#### I. Factual Background

<sup>2</sup> The appellant was charged with a total of 10 counts involving seven complainants: four counts of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 271(1)(a)), on complainants C.B., P.V.B., T.R., and C.D.; two counts of extortion contrary to s. 305(1) (now s. 346(1)) involving complainants P.V.B. and C.D.; one count of buggery contrary to s. 155 (now s. 159) involving complainant T.R.; and three counts of sexual assault contrary to

*Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law*, 8th ed. London: Butterworths, 1996.  
 Williams, Glanville L. «Blackmail», [1954] *Crim. L. Rev.* 79.  
 Winder, W. H. D. «The Development of Blackmail» (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273, [1998] N.J. No. 16 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui par le juge Easton, [1993] N.J. No. 143 (QL) (C.S.), relativement à cinq chefs d'agression sexuelle, un chef d'extorsion et un chef de tentative d'extorsion. Pourvoi rejeté.

*Robin Reid*, pour l'appellant.

*Wayne Gorman*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Il s'agit d'un appel de plein droit des déclarations de culpabilité prononcées contre l'appellant relativement à cinq chefs d'agression sexuelle et à deux chefs d'extorsion concernant cinq plaignantes. L'appellant a contesté les déclarations de culpabilité en invoquant plusieurs moyens d'appel. La principale question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si l'infraction d'extorsion, telle qu'elle est définie dans le *Code criminel*, comprend l'extorsion de faveurs sexuelles.

#### I. Les faits

L'appellant a été inculpé sous 10 chefs d'accusation concernant sept plaignantes: quatre chefs d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 271(1)a) en ce qui concerne les plaignantes C.B., P.V.B., T.R. et C.D.; deux chefs d'extorsion en contravention du par. 305(1) (maintenant le par. 346(1)) en ce qui concerne P.V.B. et C.D.; un chef de sodomie en contravention de l'art. 155 (maintenant l'art. 159)

s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, on complainants E.V.K., D.A.S., and J.C.H. The events which are the subject of the charges occurred on various dates between 1984 and 1991. The facts in this case are quite intricate and were set out in considerable detail in the trial judgment. A brief overview is provided below. I will discuss the facts in greater detail in my review of the trial judgment.

In every case the appellant held himself out as a photographer with connections to a modelling agency. In actual fact he had no such connections. Under this guise, he would interest the complainants, who ranged in age from 15 to 20, in the idea of having a portfolio of photographs taken with a view to initiating a modelling career. He persuaded all of the complainants to pose nude or semi-nude, and four of the complainants were photographed in bondage. In all but one of the cases he allegedly sexually assaulted the complainants while they were posing in various stages of undress. Some of them were assaulted when they were tied up and completely vulnerable. In the cases of P.V.B. and C.D., it was alleged that the appellant threatened either to send some of the more revealing photographs to their parents or to a pornographic magazine if they did not agree to perform sexual favours for him. While C.D. ignored the appellant's threats, P.V.B. acceded to them and performed sexual favours over the course of a two- to three-month period in exchange for the negatives of the impugned photographs.

The appellant was convicted of sexual assault on E.V.K., D.A.S., T.R. and of extortion and sexual assault in the cases of P.V.B. and C.D. He was acquitted of the charges of sexual assault relating to C.B. and J.C.H., and of the charge of buggery involving T.R. He was sentenced to a total of nine years imprisonment. This was later reduced to seven years by the Newfoundland Court of Appeal.

en ce qui concerne T.R.; et trois chefs d'agression sexuelle en contravention de l'al. 271(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en ce qui concerne les plaignantes E.V.K., D.A.S. et J.C.H. Les événements visés par les accusations se sont produits à diverses dates entre 1984 et 1991. Les faits de la présente espèce sont assez complexes et ils ont été exposés de façon très détaillée dans le jugement de première instance. Ils font l'objet d'une présentation sommaire ci-dessous. J'examinerai les faits plus en détail au moment d'aborder le jugement de première instance.

Dans chaque cas, l'appellant s'est fait passer pour un photographe ayant des relations avec une agence de mannequins. En réalité, il n'avait pas de relations de cette sorte. Il se servait de ce stratagème pour intéresser les plaignantes, âgées de 15 à 20 ans, à l'idée de se faire photographier pour se constituer un portfolio destiné à leur ouvrir une carrière de mannequin. Il a persuadé toutes les plaignantes de poser totalement ou partiellement nues, et quatre des plaignantes ont été photographiées dans des scènes d'asservissement. Sauf dans un cas, il aurait agressé sexuellement les plaignantes pendant qu'elles posaient plus ou moins dévêtues. Certaines ont été agressées alors qu'elles étaient ligotées et complètement vulnérables. Dans le cas de P.V.B. et de C.D., l'appellant les aurait menacées de faire parvenir certaines des photographies les plus révélatrices à leurs parents ou à un magazine pornographique si elles ne consentaient pas à lui accorder des faveurs sexuelles. C.D. n'a pas cédé aux menaces de l'appellant, mais P.V.B. a obtempéré et lui a accordé des faveurs sexuelles pendant une période de deux à trois mois en échange des négatifs des photographies visées.

L'appellant a été reconnu coupable d'agression sexuelle contre E.V.K., D.A.S. et T.R., et d'extorsion et d'agression sexuelle en ce qui concerne P.V.B. et C.D. Il a été acquitté des accusations d'agression sexuelle contre C.B. et J.C.H., et de l'accusation de sodomie concernant T.R. Il a été condamné à une peine totale de neuf ans d'emprisonnement. Cette peine a par la suite été réduite à sept ans par la Cour d'appel de Terre-Neuve.

3

4

5 The majority of the Court of Appeal dismissed the appellant's appeals against the convictions. O'Neill J.A., dissenting, would have allowed the appeals and ordered a new trial on the counts of sexual assault involving E.V.K., D.A.S., T.R. and C.D. He would have acquitted the appellant on the count of sexual assault involving P.V.B. and on the counts of extortion involving P.V.B. and C.D.

## II. Relevant Statutory Provisions

6 The relevant section of the *Criminal Code* at the time of the events was as follows:

**305.** (1) Every one who, without reasonable justification or excuse and with intent to extort or gain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

## III. Judicial History

A. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division*, [1993] N.J. No. 143 (QL)

7 Easton J. addressed two issues at trial that are not before this Court on appeal. The first was whether the Crown fulfilled its obligation of timely disclosure in respect of its intention to call expert evidence regarding post traumatic stress syndrome in sexual assault cases, as well as expert toxicological evidence. The second was whether similar fact evidence should have been introduced at trial. He found that the Crown made adequate disclosure. He would also have admitted similar fact evidence, but limited its use to the *modus operandi* used by the appellant and as a tool in the assessment of the credibility of all witnesses.

8 After cautioning himself as to the proper application of the presumption of innocence in a case with a large number of complainants and a total of 10 charges, he then turned to an assessment of the evidence presented by each complainant and the appellant on each count. I will not review the evi-

La Cour d'appel a rejeté à la majorité les appels formés par l'appelant contre les déclarations de culpabilité. Le juge O'Neill, dissident, aurait accueilli les appels et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux chefs d'agression sexuelle contre E.V.K., D.A.S., T.R. et C.D. Il aurait acquitté l'appelant sous le chef d'agression sexuelle contre P.V.B. et sous les chefs d'extorsion concernant P.V.B. et C.D.

## II. Dispositions législatives pertinentes

La disposition pertinente du *Code criminel*, au moment des événements, était ainsi libellée:

**305.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

## III. L'historique judiciaire

A. *Cour suprême de Terre-Neuve, Division de première instance*, [1993] N.J. No. 143 (QL)

En première instance, le juge Easton a examiné deux questions dont notre Cour n'est pas saisie. La première était de savoir si le ministère public s'était acquitté de son obligation de divulguer en temps utile son intention de présenter des témoignages d'expert sur le syndrome de stress post-traumatique dans les affaires d'agression sexuelle ainsi que sur la toxicologie. La deuxième portait sur la question de savoir si une preuve de faits similaires aurait dû être présentée au procès. Il a conclu que le ministère public avait fait une divulgation adéquate. Il aurait aussi admis la preuve de faits similaires, mais en limitant son utilisation au *modus operandi* de l'appelant et à l'appréciation de la crédibilité de tous les témoins.

Après s'être penché sur l'application de la présomption d'innocence dans une affaire où le nombre des plaignantes était élevé et où 10 chefs d'accusation avaient été portés, il a entrepris l'appréciation de la preuve présentée par chaque plaignante et par l'appelant à l'égard de chaque



dence pertaining to the complainant C.B. The appellant was acquitted of sexually assaulting her and his acquittal is not in issue in this appeal.

(1) P.V.B.

P.V.B., who was 15-16 years old at the time of the events in question, came to know the appellant through the motorcycle federation of which he was the chairman. The complainant went to the appellant's residence in the early spring of 1985 for several photo sessions. After some coaxing, nude photographs were taken. She testified that she kept asking the appellant about the photographs but he refused to show them to her. She finally refused to pose for any more photographs and insisted that he give her the negatives. The appellant told her that if she wanted the negatives she would have to perform sexual favours for him, and if she refused, he would send the photographs to her mother.

The complainant explained that because of her fear that she would be, in her words, "exposed", she agreed to his terms. Her evidence was that for the next two to three months she would regularly go to the appellant's apartment to have sexual intercourse with him. During these visits she was subjected to bondage and whipping, and had vibrators and dildos inserted in her vagina. At the end of each session, she received a strip of negatives. She collected them all and burned them. A friend of P.V.B.'s and her boyfriend of the time confirmed that they were aware of the "arrangement" she had with the appellant, and the friend saw P.V.B. destroy some of the negatives.

The appellant's claim was that any sexual activity between the complainant and himself was consensual and that the photography sessions only began after they had been involved in a sexual relationship for some time. As a result, he would have had no reason to threaten to expose the complainant, and he never did so.

chef. Je n'examinerai pas la preuve relative à la plaignante C.B. L'appellant a été acquitté de l'accusation de l'avoir agressée sexuellement et son acquittement n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

(1) P.V.B.

P.V.B., qui avait 15 ou 16 ans au moment des événements en cause, a fait la connaissance de l'appellant par l'intermédiaire de la fédération de motocyclistes dont il était président. La plaignante s'est rendue à la résidence de l'appellant au début du printemps 1985 pour plusieurs séances de photographie. Cédant finalement aux sollicitations, elle s'est fait photographier nue. Elle a témoigné qu'elle s'enqu Coastamment des photographies auprès de l'appellant, mais que celui-ci refusait de les lui montrer. Elle a finalement refusé de poser pour d'autres photographies et a insisté pour qu'il lui remette les négatifs. L'appellant lui a dit que si elle voulait les négatifs, il faudrait qu'elle lui accorde des faveurs sexuelles et que si elle refusait, il ferait parvenir les photographies à sa mère.

La plaignante a expliqué que par crainte d'être [TRADUCTION] «dénoncée», elle a accepté ses conditions. Selon son témoignage, au cours des deux ou trois mois suivants, elle s'est rendue régulièrement à l'appartement de l'appellant pour y avoir des relations sexuelles avec lui. Au cours de ces visites, elle était fouettée et obligée de se prêter à des scènes d'asservissement, et elle devait subir l'introduction de vibrateurs et de godemichés dans le vagin. À la fin de chaque séance, elle recevait une bande de négatifs. Elle les a tous recueillis et les a brûlés. Une amie de P.V.B. et son ami de l'époque ont confirmé avoir été au courant de l'«arrangement» qu'elle avait pris avec l'appellant, et l'amie a vu P.V.B. détruire certains des négatifs.

L'appellant prétend que toute activité sexuelle entre la plaignante et lui était consensuelle et que les séances de photographie n'ont commencé que quelque temps après le début de leur liaison. Par conséquent, il n'aurait eu aucun motif de menacer de dénoncer la plaignante, et ce qu'il n'aurait jamais fait.

9

10

11

- 12 Easton J. accepted P.V.B.'s evidence, and convicted the appellant of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(a), and extortion contrary to s. 305(1).
- (2) C.D.
- 13 C.D. met the appellant at a local mall during the summer of 1984. She was 19 years old at the time. Photographs were eventually taken at C.D.'s parents' home. A second session was later arranged in the basement of her apartment building. A friend of hers was present at this second photo session. At one point during the shoot, she asked her friend to go and check on her daughter who was upstairs with a third person. While her friend was away, the appellant asked her to take off her clothes. She refused, and he became angry and said that she was wasting his time. After some persuasion, she took off her top. He then grabbed her breasts with his hands, squeezed them, and made lewd comments. The complainant testified that she was shocked and did not know what to do. The appellant then slid his hand inside her bikini bottom and onto her vagina. C.D. claimed she became very upset and got up just as her friend returned from checking on her daughter. The appellant packed up his photographic equipment and left.
- 14 C.D. testified that he later returned to her apartment and brought the photographs with him. She told him they were disgusting. He replied that she would have to pay for them if she wanted them back. A figure was mentioned but she did not have the money. The appellant then told her that if she went to bed with him, she would not have to pay. He also threatened to publish the photographs in a pornographic magazine and to put others in her father's mailbox if she did not have sex with him although he did not, in the end, carry out his threats.
- 15 The appellant admitted taking photographs of the complainant, but denied that any semi-nude photos were taken or that any sexual impropriety
- Le juge Easton a accepté le témoignage de P.V.B. et a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)a) et d'extorsion en contravention du par. 305(1).
- (2) C.D.
- C.D. a rencontré l'appelant dans un centre commercial de sa région au cours de l'été 1984. Elle avait alors 19 ans. Des photographies ont été prises au domicile de ses parents en fin de compte. Une deuxième séance a par la suite été prévue dans le sous-sol de son immeuble d'habitation. Une amie de C.D. a assisté à cette deuxième séance de photographie. À un moment donné, C.D. a demandé à son amie d'aller voir sa fille qui se trouvait à l'étage supérieur avec une troisième personne. Pendant l'absence de son amie, l'appelant a demandé à C.D. de se déshabiller. Comme elle refusait, il s'est fâché et lui a dit qu'elle lui faisait perdre son temps. Après quelques efforts de persuasion, elle a retiré le haut. Il lui a alors pris les seins, les serrant dans ses mains et il a fait des commentaires obscènes. La plaignante a déclaré qu'elle était bouleversée, ne sachant que faire. L'appelant a alors glissé la main dans sa culotte et dans son vagin. C.D. a dit qu'elle s'est fâchée et qu'elle s'est levée au moment même où son amie revenait après s'être assurée que sa fille allait bien. L'appelant a rangé son matériel photographique et est parti.
- C.D. a témoigné qu'il est revenu plus tard à son appartement avec les photographies. Elle lui a dit qu'elles étaient dégoûtantes. Il lui a répondu qu'il faudrait les payer si elle voulait les ravoïr. Il a avancé un chiffre, mais elle n'avait pas l'argent nécessaire. L'appelant lui a alors dit que si elle couchait avec lui, elle n'aurait pas à les payer. Il l'a aussi menacée de publier les photographies dans un magazine pornographique et d'en déposer d'autres dans la boîte aux lettres de son père si elle refusait d'avoir des relations sexuelles avec lui, bien qu'en définitive, il n'ait pas mis ses menaces à exécution.
- L'appelant a admis avoir pris des photographies de la plaignante, mais il a nié qu'elle ait été photographiée partiellement nue ou que toute inconve-

had occurred. He also denied trying to extort sexual favours from her, as there were no photographs with which to threaten her.

Easton J. accepted the complainant's evidence and convicted the appellant of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(a) and of extortion contrary to s. 305(1).

(3) E.V.K.

E.V.K., who was approximately 20 years old at the time of the alleged assault, met the appellant near the Fraser Mall in August 1990. The appellant approached her and asked if she would consider modelling. She expressed interest, and later attended his apartment on several occasions for photo sessions. At her last photo session, the appellant convinced her to pose nude and tied her wrists with ropes to hooks in an archway in his apartment. While she was tied up, he came up behind her, touched her breasts, and fondled and inserted a finger in her vagina. She asked him: "[D]o you have to do that?" and he said: "No." He then untied her, brought over a chair, and proceeded to tie her to the chair. He again fondled her breasts and vagina. According to her evidence she saw his reflection in the glass of the stereo and watched him undo his pants. She asked him to untie her. He did, but not before touching her vagina with his penis.

The accused confirmed the two incidents in his testimony but claimed they were consensual. Easton J. disagreed, and convicted him of sexual assault contrary to s. 271(1)(a).

(4) T.R.

T.R., who was 19 years old at the time of the assault, was approached by the appellant in the spring of 1986. She posed for semi-nude photographs at his apartment. A couple of weeks later,

nance sexuelle ait eu lieu. Il a aussi nié avoir tenté de lui extorquer des faveurs sexuelles puisqu'il ne disposait d'aucune photographie lui permettant de la menacer.

Le juge Easton a accepté le témoignage de la plaignante et a déclaré l'appellant coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)(a) et d'extorsion en contravention du par. 305(1).

(3) E.V.K.

E.V.K., qui était âgée d'environ 20 ans au moment de l'agression sexuelle reprochée, a rencontré l'appellant près du centre commercial Fraser en août 1990. L'appellant l'a abordée en lui demandant si elle envisageait une carrière de mannequin. Elle a manifesté de l'intérêt, et s'est rendue par la suite à plusieurs reprises à son appartement pour des séances de photographie. À sa dernière séance, l'appellant l'a convaincue de poser nue et il lui a attaché les poignets avec de la corde à des crochets fixés dans une porte d'arche de son appartement. Une fois la plaignante attachée, il s'est approché d'elle par derrière, lui a touché les seins, lui a caressé le vagin et y a inséré un doigt. Elle lui a demandé [TRADUCTION] «[E]s-tu obligé de faire ça?» et il a répondu [TRADUCTION] «Non.» Il l'a alors détachée, est allé chercher une chaise et l'a attachée à la chaise. Il lui a de nouveau caressé les seins et le vagin. D'après son témoignage, elle a vu son reflet dans la vitre du stéréo et l'a regardé détacher son pantalon. Elle lui a demandé de la détacher, ce qu'il a fait, mais uniquement après lui avoir touché le vagin avec son pénis.

L'accusé a confirmé les deux incidents dans son témoignage, mais il a soutenu qu'ils étaient consensuels. Il n'a pas convaincu le juge Easton qui l'a reconnu coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 271(1)(a).

(4) T.R.

T.R., qui avait 19 ans au moment de l'agression sexuelle, a été approchée par l'appellant au printemps 1986. Elle a posé partiellement nue pour l'appellant à l'appartement de ce dernier. Quelques

16

17

18

19

she returned to his apartment. Photographs were taken and some wine was consumed. The appellant suggested some bondage shots, and she agreed. He tied her wrists to each side of the archway, and while he was behind her, he moved her clothes aside and had intercourse with her from behind. She said she tried to stop him when he tried to put his penis in her vagina, but he did not until he ejaculated. She was very upset and he untied her. According to her testimony, they had more wine and he assured her that nothing of that nature would ever happen again. She later posed over a blanket on a coffee table. The appellant coaxed her into being tied to the table. She was fairly drunk at the time. He took some more photographs of her, then sodomized her. Afterwards, he untied her and she gathered her belongings and left. She later came back to his apartment to see some of the photographs, but there was no sexual contact, nor were any photographs taken.

semaines plus tard, elle est revenue à l'appartement. Il y a eu prise de photographies et consommation de vin. L'appelant a suggéré de prendre en photo quelques scènes d'asservissement, ce à quoi elle a acquiescé. Il lui a attaché les poignets de chaque côté de la porte d'arche et, en se tenant derrière elle, il a écarté les vêtements qu'elle portait et a eu un rapport sexuel avec elle par derrière. Elle a déclaré avoir essayé de l'arrêter lorsqu'il a tenté d'insérer son pénis dans son vagin, mais il n'a pas cessé avant d'avoir éjaculé. Elle était très fâchée et il l'a détachée. Selon son témoignage, ils ont bu encore du vin et il l'a assurée que cela ne se reproduirait plus jamais. Plus tard, elle a posé sur une couverture placée sur une table de salon. L'appelant l'a convaincue de se laisser attacher à la table. Elle était passablement ivre à ce moment. Il a pris d'autres photographies d'elle, puis il l'a sodomisée. Il l'a ensuite détachée, puis elle a pris ses effets et est partie. Elle est revenue par la suite à son appartement pour voir quelques-unes des photographies, mais sans qu'il y ait eu de contact sexuel, ni de prise de photographies.

20 The evidence of the appellant was considerably different than that of the complainant. He testified that he had a sexual relationship with T.R. prior to the events in question. He also claimed that the two incidents T.R. complained of — intercourse and anal intercourse — did not occur on the same night. He admitted that he had intercourse with the complainant while she was tied up, but that it was wholly consensual and that they had later gone into the bedroom to continue having sex. The anal intercourse took place on another occasion. It was his evidence that T.R. had discussed the idea with him. She then performed oral sex on him until he became aroused and he reciprocated before anally penetrating her with her consent. The appellant also described another consensual sexual encounter following the alleged offences when the complainant came over to look at photographs.

Le témoignage de l'appelant était très différent de celui de la plaignante. Celui-ci a déclaré avoir eu une liaison avec T.R. avant les événements en cause. Il a aussi prétendu que les deux incidents dénoncés par T.R. — le rapport sexuel et le rapport sexuel anal — n'ont pas eu lieu le même soir. Il a admis avoir eu un rapport sexuel avec la plaignante pendant qu'elle était attachée, mais il a soutenu que cela était complètement consensuel et qu'ils s'étaient par la suite rendus dans la chambre à coucher pour continuer les rapports sexuels. Le rapport sexuel anal a eu lieu à une autre occasion. Selon son témoignage, T.R. et lui en avait parlé. Elle lui a ensuite fait des caresses bucco-génitales jusqu'à ce qu'il soit excité et il lui en a fait autant avant de la sodomiser avec son consentement. L'appelant a aussi décrit une autre relation sexuelle consensuelle postérieure aux infractions reprochées lorsque la plaignante s'est présentée chez lui pour voir les photographies.

21 Easton J. convicted the appellant of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(a). Although he wasn't sure whether the anal intercourse occurred

Le juge Easton a reconnu l'appelant coupable d'agression sexuelle en contravention de l'al. 246.1(1)(a). Même s'il n'était pas certain que le

on the same night as the sexual assault, even if the complainant's evidence that it occurred on the same night was accepted, he had grave doubts about her credibility *vis-à-vis* this second episode. He found it surprising that the complainant would allow herself to be put in an even more vulnerable and compromising position following a sexual assault. Accordingly, he was not convinced that the anal sex was not consensual and he acquitted the appellant of buggery.

(5) D.A.S. and J.C.H.

The sexual assault on D.A.S. allegedly occurred on the night of August 4, 1991. D.A.S., who was 15 years old at the time, went to Davis's apartment with her friend J.C.H., who had previously posed for photographs with the appellant. After a discussion about modelling, D.A.S. signed a consent form. She was then asked to stay in the bedroom for about half an hour while photographs were taken of J.C.H. D.A.S. then remembers being photographed as she was tied to the archway, and said that the appellant tried to take the straps off her bathing suit and touched her breasts and pinched her nipples "to make them hard". D.A.S. told him to leave her alone, and he untied her. This was the only allegation of sexual assault she made. The next thing she remembered was J.C.H. phoning for a ride and leaving the appellant's apartment.

D.A.S.'s recollection of the events was sketchy, and there was a period of about one and one-half hours for which she could not account. She could not remember how she got tied up, and did not know if she consented to sexual activity with the appellant during that time frame.

J.C.H., who was 17 years old, had previously been to the appellant's apartment and posed nude for him. On August 4, while D.A.S. was in the bedroom, it was J.C.H.'s testimony that he tied her to a chair and inserted a dildo in her vagina without her consent. She said nothing because she was

rapport sexuel anal ait eu lieu le même soir que l'agression sexuelle, malgré l'acceptation du témoignage en ce sens de l'appelante, il éprouvait de sérieux doutes quant à la crédibilité de la plaignante au sujet de ce deuxième incident. Il s'est dit étonné que la plaignante accepte de se mettre dans une position encore plus vulnérable et compromettante après une agression sexuelle. N'étant pas convaincu que le rapport sexuel anal n'avait pas été consensuel, il a acquitté l'appellant de l'accusation de sodomie.

(5) D.A.S. et J.C.H.

L'agression sexuelle de D.A.S. aurait eu lieu le soir du 4 août 1991. Alors âgée de 15 ans, D.A.S. s'est rendue à l'appartement de Davis avec son amie J.C.H., qui avait déjà posé pour l'appellant. Après un échange sur le métier de mannequin, D.A.S. a signé une formule de consentement. L'appellant lui a alors demandé de rester dans la chambre à coucher environ une demi-heure, pendant qu'il prenait des photographies de J.C.H. D.A.S. se souvient ensuite d'avoir été photographiée pendant qu'elle était attachée à la porte d'arche, et elle dit que l'appellant a tenté de faire glisser les bretelles de son maillot, et qu'il lui a touché les seins et pincé les mamelons [TRADUCTION] «pour les faire durcir». D.A.S. lui a dit de la laisser tranquille et il l'a détachée. C'est la seule allégation d'agression sexuelle qu'elle a faite. Elle se souvient ensuite avoir vu J.C.H. téléphoner pour qu'on vienne la chercher et avoir quitté l'appartement de l'appellant.

Le souvenir que D.A.S. a conservé des événements est vague, et il y a une période d'environ une heure et demie qui ne lui revient pas à la mémoire. Elle ne peut se souvenir dans quelles circonstances elle a été attachée et elle ne sait pas si elle a consenti à se livrer à une activité sexuelle avec l'appellant pendant ce laps de temps.

J.C.H., qui avait 17 ans, s'était déjà rendue à l'appartement de l'appellant et avait posé nue pour lui. Le 4 août, pendant que D.A.S. était dans la chambre à coucher, J.C.H. témoigne qu'elle a été attachée à une chaise et qu'elle a subi contre son gré l'introduction d'un godemiché dans le vagin.

22

23

24

scared. She further alleged that the appellant had touched her breasts while she was tied to the archway. She also offered the following account of the sexual activities between the appellant and D.A.S.: the appellant tied D.A.S. to a chair and had J.C.H. perform oral sex on him. The appellant then inserted his penis in D.A.S., who was crying at the time, and ejaculated over her. They left shortly afterwards, after being picked up by J.C.H.'s former boyfriend. He confirmed that when he picked them up both J.C.H. and D.A.S. appeared upset, and that D.A.S. seemed to be annoyed with J.C.H.

Elle n'a rien dit parce qu'elle avait peur. Elle a en outre soutenu que l'appelant lui a touché les seins pendant qu'elle était attachée à la porte d'arche. Elle a aussi fait le récit suivant des activités sexuelles entre l'appelant et D.A.S.: l'appelant a attaché D.A.S. à une chaise et a obtenu que J.C.H. lui fasse des caresses bucco-génitales. L'appelant a ensuite pénétré D.A.S. qui pleurait, et il a éjaculé sur elle. Elles ont quitté les lieux peu après, avec l'ancien ami de J.C.H., venu les chercher. Ce dernier a confirmé qu'au moment où il les a ramenées, J.C.H. et D.A.S. semblaient toutes deux bouleversées et que D.A.S. avait l'air fâchée contre J.C.H.

25 The appellant claimed that he had slept with J.C.H. on one of her previous visits, and that any sexual activity that took place, including the incidents on the night of August 4, was purely consensual. It was his evidence that on the night in question J.C.H. was urging D.A.S. to pose for photographs, and that J.C.H. suggested D.A.S. be tied to the chair. Once tied up, J.C.H. inserted a vibrator into D.A.S. and motioned him over and gave him oral sex. He said that J.C.H. then took out the vibrator and that he had intercourse with D.A.S. while J.C.H. was urging him on. He ejaculated over D.A.S., then untied her. D.A.S. then said: "Get out, get me out of here", which the appellant said was in response to J.C.H.'s proposal of lesbian sex with her.

L'appelant prétend qu'il a couché avec J.C.H. au cours de l'une de ses visites antérieures et que toutes les activités sexuelles qui ont eu lieu, y compris les incidents survenus le soir du 4 août, étaient purement consensuelles. Selon son témoignage, le soir en question, J.C.H. a insisté pour que D.A.S. pose pour des photographies, et c'est J.C.H. qui a suggéré que D.A.S. soit attachée à la chaise. Une fois D.A.S. ligotée, J.C.H. lui a inséré un vibreur et elle a invité l'appelant à s'approcher pour qu'elle lui fasse des caresses bucco-génitales. Il a déclaré que J.C.H. a alors retiré le vibreur et qu'il a eu un rapport sexuel avec D.A.S. pendant que J.C.H. l'encourageait. Il a éjaculé sur D.A.S. qu'il a ensuite détachée. D.A.S. aurait alors dit: [TRADUCTION] «Sors, sors-moi d'ici», en réponse, au dire de l'appelant, à la proposition de relations sexuelles lesbiennes que J.C.H. lui aurait faite.

26 A video of J.C.H. that had been seized at the appellant's residence was also shown to the court. It included a segment in which J.C.H., who was obviously a willing participant, was masturbating herself with a dildo. According to the appellant, the video had been made sometime after August 4, 1991. J.C.H. denied having any knowledge whatsoever of this video.

Une bande vidéo de J.C.H., saisie à la résidence de l'appelant, a aussi été montrée à la cour. Elle comporte une séquence dans laquelle J.C.H., manifestement une participante consentante, se masturbait avec un godemiché. Selon l'appelant, l'enregistrement a été fait peu après le 4 août 1991. J.C.H. a nié avoir connaissance de cette bande vidéo.

27 Easton J. found it extremely difficult to reconstruct the events of the night in question. D.A.S. did not remember many events and contradicted herself at times. In addition, there were numerous

Le juge Easton a conclu qu'il était extrêmement difficile de reconstituer les événements survenus ce soir-là. D.A.S. se rappelait peu de choses et elle se contredisait parfois. De plus, il y avait de nom-

discrepancies between J.C.H.'s and D.A.S.'s testimony. Nevertheless, he found at paras. 95-97:

Here, even though we have the claimed lapse of memory; which I found suspect on the part of the complainant, this is not to say that she was not sexually assaulted. For many reasons she may not have told what I believe happened that evening at that residence. While her evidence about the pinching of her breasts may or may not have been true and was the only sexual assault which she asserted had occurred, nevertheless, I am not convinced that a sexual assault did not in fact take place.

. . . In my view, here there is other evidence, including that of the accused, which proves to me beyond a reasonable doubt that the accused did, in fact, commit a sexual assault upon the complainant without her consent . . . [T]he accused admits that he had sex with the complainant . . . He stated that the complainant, D.A.S. was very upset. It was his evidence that D.A.S.'s arms and legs had been tied and that D.A.S. was complaining while being tied to the chair . . . D.A.S. said: "Get out, get out". While the accused tries to divert this comment more towards J.C.H. than himself, I am not convinced that it was not equally applicable to him.

I also accept the evidence of J.C.H. that at the time the accused inserted his penis in D.A.S., she was crying. I take this as a manifestation of lack of consent.

He convicted Davis of sexually assaulting D.A.S., contrary to s. 271(1)(a) of the *Criminal Code*.

Easton J. acquitted Davis of sexually assaulting J.C.H. The fact that she did not remember doing the video, in which she appeared to be a willing participant, along with the fact that similar memory losses were claimed by C.B. and D.A.S., who were all good friends, cast doubts on her credibility.

B. *Newfoundland Court of Appeal* (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273

breuses divergences entre les témoignages de J.C.H. et de D.A.S. Il a toutefois conclu en ces termes, aux par. 95 à 97:

[TRADUCTION] Ici, même si nous sommes en présence d'un prétendu trou de mémoire, que j'ai trouvé suspect de la part de la plaignante, cela ne signifie pas qu'elle n'a pas été agressée sexuellement. Pour de nombreuses raisons, elle peut avoir tu ce qui, selon moi, s'est produit ce soir-là à la résidence. Même si son témoignage au sujet du pincement des seins peut être véridique ou ne pas l'être, et que cela constitue la seule agression sexuelle qui aurait eu lieu selon elle, je ne suis toutefois pas convaincu qu'il n'y a pas effectivement eu d'agression sexuelle.

. . . À mon avis, nous avons ici d'autres témoignages, y compris celui de l'accusé, qui prouvent hors de tout doute raisonnable que l'accusé a, en fait, commis une agression sexuelle contre la plaignante sans son consentement. [. . .] [L']accusé admet avoir eu un rapport sexuel avec la plaignante [. . .] Il a déclaré que la plaignante D.A.S. était très bouleversée. Selon son témoignage, les bras et les jambes de D.A.S. étaient ligotés et D.A.S. se plaignait pendant qu'elle était attachée à la chaise. [. . .] D.A.S. a dit «Sors, sors». Même si l'accusé tente de faire croire que ce commentaire était davantage dirigé vers J.C.H. que lui, je ne suis pas convaincu que cela ne lui était pas également applicable.

J'accepte aussi le témoignage de J.C.H. quand elle dit qu'au moment où l'accusé a pénétré D.A.S., celle-ci pleurait. Je considère cela comme une manifestation d'absence de consentement.

Il a déclaré Davis coupable d'avoir agressé sexuellement D.A.S. en contravention de l'al. 271(1)a) du *Code criminel*.

Le juge Easton a acquitté Davis de l'accusation d'agression sexuelle contre J.C.H. Le fait qu'elle ne se souvienne pas d'avoir fait la bande vidéo, dans laquelle elle semblait être une participante consentante, et le fait que des trous de mémoire semblables aient été invoqués par C.B. et par D.A.S., qui étaient de bonnes amies, jette un doute sur sa crédibilité.

B. *Cour d'appel de Terre-Neuve* (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 273

(1) Green J.A. for the majority (Steele J.A. concurring)

29 The appellant challenged his convictions on a number of grounds. I will deal with each ground of appeal in the order disposed of by the majority of the Court of Appeal.

30 Green J.A. first dismissed the appellant's arguments that the trial judge erred in holding that the Crown fulfilled its disclosure obligations and in admitting similar fact evidence. He then turned to consider more specific grounds of appeal relating to individual charges.

31 The appellant argued that the trial judge erred in a number of respects in convicting him of extortion in the cases of P.V.B. and C.D. His principal argument was that the word "anything" in s. 346(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly 305(1)), was limited to things of a proprietary or pecuniary nature and therefore did not include sexual favours. Green J.A. rejected this argument. Relying on the case of *R. v. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1 (B.C.C.A.), he held that the scope of the word "anything" extended to intangibles and included sexual favours. Acknowledging that the trial judge did not undertake a specific analysis of the law of extortion, he nevertheless found after a review of the record that the necessary elements of the offence were established. He therefore dismissed this ground of appeal.

32 The appellant argued that the trial judge erred in convicting him of sexual assault in the case of P.V.B. Although P.V.B. chose to have sexual intercourse with him as a result of his threatened exposure of nude photographs of her, the appellant submitted that a threat of this nature did not render her choice non-consensual. He argued that s. 265(3)(b) (formerly s. 244(3)(b)), which refers to threats of force, was exhaustive of the types of threats that vitiate consent. Green J.A. found that threatened exposure of nude photographs did not

(1) Le juge Green, pour la majorité (avec l'appui du juge Steele)

L'appelant a contesté les déclarations de culpabilité prononcées contre lui en invoquant divers moyens d'appel. Je traiterai de chacun dans l'ordre retenu par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Le juge Green a d'abord rejeté les arguments de l'appelant voulant que le juge du procès ait commis une erreur en concluant que le ministère public s'était acquitté de ses obligations de divulgation et en admettant une preuve de faits similaires. Il a ensuite examiné les moyens d'appel plus précis invoqués à l'égard des chefs particuliers.

L'appelant a prétendu que le juge du procès a commis un certain nombre d'erreurs en le déclarant coupable d'extorsion en ce qui concerne P.V.B. et C.D. Son argument principal, c'est que les mots «quelque chose» au par. 346(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (l'ancien par. 305(1)), se rapportent uniquement à des choses telles que de l'argent ou des biens et que, par conséquent, ils ne comprennent pas les faveurs sexuelles. Le juge Green a rejeté cet argument. En se fondant sur l'arrêt *R. c. Bird* (1969), 9 C.R.N.S. 1 (C.A.C.-B.), il a statué que l'expression «quelque chose» pouvait viser des choses incorporelles et qu'elle comprenait les faveurs sexuelles. Reconnaissant que le juge du procès n'avait pas procédé à une analyse particulière des règles du droit relatives à l'extorsion, il a néanmoins conclu après un examen du dossier que les éléments nécessaires de l'infraction avaient été établis. Il a donc rejeté ce moyen d'appel.

L'appelant a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en le reconnaissant coupable d'agression sexuelle contre P.V.B. Selon l'appelant, même si P.V.B. a décidé d'avoir des rapports sexuels avec lui parce qu'il menaçait de dévoiler les photographies où elle apparaissait nue, une telle menace n'aurait pas rendu sa décision non consensuelle. Il a soutenu que l'al. 265(3)(b) (l'ancien al. 244(3)(b)), qui mentionne les menaces avec emploi de la force, établit de façon exhaustive les types de menaces qui vicient le consentement.



fall within the ambit of s. 265(3). However, relying on *R. v. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326 (Nfld. C.A.), and *R. v. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439 (B.C.C.A.), he concluded that s. 265(3) was not exhaustive of the circumstances in which threats can vitiate consent. He also held that the appellant's threat in this case was sufficiently coercive to vitiate the complainant's consent. Accordingly, he dismissed this ground of appeal.

Green J.A. then considered the appellant's argument that the principle against multiple convictions arising from the same delict articulated by this Court in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, should have precluded one of the two convictions on the charges related to P.V.B. He found that for the *Kienapple* principle to apply, there must be both a factual and legal nexus between the offences. In this case there was not a sufficient legal nexus between extortion and sexual assault, given the different societal interests the two offences sought to protect. He dismissed this ground of appeal.

The appellant argued that the trial judge erred in not considering whether there was an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent in the case of E.V.K. Green J.A. held that the trial judge's failure to advert to the defence in an otherwise detailed judgment raised the question of whether he failed to consider it. Another possibility was that the trial judge had decided the defence had no "air of reality" and therefore did not need to be addressed in his reasons. Finding it impossible to resolve this question from a review of the judgment, Green J.A. conducted a review of the evidence and concluded there was no air of reality to the defence, and therefore dismissed this ground of appeal.

Le juge Green a conclu que la menace de dévoiler des photographies de nus n'est pas visée par le par. 265(3). Toutefois, en se fondant sur les arrêts *R. c. Coughlan* (1992), 100 Nfld. & P.E.I.R. 326 (C.A.T.-N.), et *R. c. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439 (C.A.C.-B.), il a conclu que le par. 265(3) n'établit pas de façon exhaustive les circonstances dans lesquelles des menaces peuvent vicier le consentement. Il a aussi statué que la menace de l'appelant en l'espèce était suffisamment contraignante pour vicier le consentement de la plaignante. Il a donc rejeté ce moyen d'appel.

Le juge Green s'est ensuite penché sur l'argument de l'appelant selon lequel le principe interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit, énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, aurait dû faire obstacle à l'une des deux déclarations de culpabilité relatives aux chefs d'accusation concernant P.V.B. Il a conclu que pour que le principe établi dans l'arrêt *Kienapple* s'applique, il faut qu'il y ait un lien factuel et juridique entre les infractions. Dans la présente espèce, il n'y avait pas de lien juridique suffisant entre l'extorsion et l'agression sexuelle, compte tenu des intérêts sociaux différents que les deux infractions cherchent à protéger. Il a rejeté ce moyen d'appel.

L'appelant a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en n'examinant pas la question de savoir si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans le cas d'E.V.K. avait quelque vraisemblance. Le juge Green a conclu que le fait que le juge du procès n'ait pas porté attention à ce moyen de défense dans un jugement par ailleurs détaillé soulevait la question de savoir s'il avait omis d'en tenir compte. L'autre possibilité était que le juge du procès ait conclu que ce moyen de défense n'était pas «vraisemblable» et qu'il n'y avait pas lieu d'en traiter dans ses motifs. Concluant qu'il était impossible de résoudre cette question à la lecture du jugement, le juge Green a procédé à l'examen de la preuve et il a jugé que ce moyen de défense n'était pas vraisemblable; il a par conséquent rejeté ce moyen d'appel.

33

34

35 Finally, Green J.A. addressed the appellant's contention that the trial judge erred in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants. He noted that the trial judge made two problematic statements in the cases of D.A.S. and T.R. where, in reviewing the evidence, he said he was "not convinced" that the complainants consented to the sexual activity in question. Green J.A. found that the trial judge properly directed himself as to the presumption of innocence and the principle of reasonable doubt at the outset of his judgment. He concluded that the problematic remarks, when viewed in the context of the entire judgment, were effectively neutralized by other passages. Green J.A. also found that the verdicts were all reasonable and supported by the evidence.

(2) O'Neill J.A. in dissent

36 O'Neill J.A. would have acquitted the appellant on both counts of extortion. Adopting the views of A.W. Mewett and M. Manning (*Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 833), he found that the word "anything" in the context of s. 346(1) could only refer to "something of some tangible proprietary or pecuniary nature". Therefore, "anything" could not include sexual acts. With respect to the extortion of sexual favours from C.D., O'Neill J.A. found that the offence required that an actual attempt be made by the appellant. An attempt in law required something more than a statement of intention. There was no evidence of any further contact between the appellant and the complainant after the meeting in her apartment, nor was there evidence to show that anything was done by the appellant in furtherance of the threats. Accordingly, the charge should have been dismissed.

37 O'Neill J.A. would have acquitted the appellant of sexual assault in the case of P.V.B. Relying on *R. v. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65 (Ont. C.A.),

Le juge Green a enfin étudié la prétention de l'appelant selon laquelle le juge du procès avait commis une erreur dans l'application du principe du doute raisonnable aux cas des cinq plaignantes. Il a noté que le juge du procès avait fait deux déclarations problématiques dans le cas de D.A.S. et de T.R. lorsqu'il a dit, au cours de l'examen des éléments de preuve, qu'il n'était [TRADUCTION] «pas convaincu» que les plaignantes aient consenti aux activités sexuelles en cause. Le juge Green a conclu que le juge du procès ne s'était pas trompé au sujet de la présomption d'innocence et du principe du doute raisonnable au début de son jugement. Il a conclu que, lorsqu'elles étaient examinées dans le contexte du jugement dans son ensemble, les deux remarques étaient effectivement neutralisées par d'autres passages. Le juge Green a aussi conclu que les verdicts étaient tous raisonnables et étayés par la preuve.

(2) Le juge O'Neill, dissident

Le juge O'Neill aurait acquitté l'appelant relativement aux deux chefs d'extorsion. Adoptant le point de vue exposé par A.W. Mewett et M. Manning dans leur ouvrage intitulé *Mewett & Manning on Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 833, il a conclu que les mots «quelque chose» au par. 346(1), ne pouvaient se rapporter qu'à [TRADUCTION] «une chose matérielle, telle que de l'argent ou des biens». Par conséquent, les mots «quelque chose» ne pouvaient viser des activités sexuelles. Quant à l'extorsion de faveurs sexuelles à C.D., le juge O'Neill a conclu que l'infraction exigeait que l'appelant fasse une véritable tentative. Une tentative en droit exige plus qu'une déclaration d'intention. Aucune preuve n'établit l'existence d'un contact entre l'appelant et la plaignante après la rencontre dans l'appartement de cette dernière, et il n'a pas été établi non plus que l'appelant ait fait quoi que ce soit pour mettre les menaces à exécution. L'accusation aurait donc dû être rejetée.

Le juge O'Neill aurait acquitté l'appelant de l'accusation d'agression sexuelle contre P.V.B. En se fondant sur l'arrêt *R. c. Guerrero* (1988), 64 C.R. (3d) 65 (C.A. Ont.), il a conclu que le par. 265(3) établissait de façon exhaustive les

he found that s. 265(3) was exhaustive of the circumstances in which threats vitiate consent.

With respect to the appellant's conviction of sexual assault in the case of E.V.K., O'Neill J.A. found that the trial judge was in error in not considering whether there was an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent, and would have ordered a new trial.

Finally, O'Neill J.A. held that the trial judge erred in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants. He found that the trial judge made two notable errors. First, in each case the trial judge failed to consider all of the evidence in determining whether there was a reasonable doubt in the manner set out by this Court's decision in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. Second, that in the cases of D.A.S. and T.R., the trial judge used language that suggests that he reversed the onus on the burden of proof from the Crown to the appellant. He would have ordered new trials on the charges of sexual assault in the cases of D.A.S., T.R., and C.D. O'Neill J.A. specifically did not dissent on the reasonableness of verdicts or whether they were supported by the evidence.

#### IV. Issues

This is an appeal as of right, and the issues on which this Court has jurisdiction are limited to questions of law on which O'Neill J.A. dissented. There are five issues:

1. Is it a crime to extort sexual favours?
2. Is there consent to sexual activity if it is obtained by threatened exposure of nude photographs?
3. Does the *Kienapple* principle apply to the convictions of extortion and sexual assault in the case of P.V.B.?

circonstances dans lesquelles les menaces vicient le consentement.

En ce qui a trait à la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant pour agression sexuelle contre E.V.K., le juge O'Neill a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en n'examinant pas la question de savoir si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement avait quelque vraisemblance, et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Enfin, le juge O'Neill a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans l'application qu'il a faite du principe du doute raisonnable dans le cas des cinq plaignantes. Il a conclu que le juge du procès avait commis deux erreurs notables. En premier lieu, dans chaque cas, le juge du procès a omis de tenir compte de tous les éléments de preuve pour déterminer s'il existait un doute raisonnable, selon la méthode énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. En deuxième lieu, dans le cas de D.A.S. et de T.R., les propos du juge du procès donnent à penser qu'il a inversé le fardeau de la preuve le faisant passer du ministère public à l'appelant. Il aurait ordonné la tenue de nouveaux procès en ce qui concerne les chefs d'accusation d'agression sexuelle contre D.A.S., T.R. et C.D. Le juge O'Neill n'a exprimé aucune dissidence particulière quant au caractère raisonnable des verdicts ni sur la question de savoir s'ils étaient étayés par la preuve.

#### IV. Les points en litige

Il s'agit d'un pourvoi de plein droit, et les questions qui relèvent de notre compétence se limitent aux questions de droit à l'égard desquelles le juge O'Neill a exprimé sa dissidence. Il y a cinq points en litige:

1. L'extorsion de faveurs sexuelles constitue-t-elle un crime?
2. Y a-t-il consentement à une activité sexuelle si celui-ci est obtenu sous la menace de dévoiler des photographies de nus?
3. Le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* s'applique-t-il aux déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle dans le cas de P.V.B.?

38

39

40

4. Did the trial judge err in failing to consider the defence of honest but mistaken belief in consent in convicting the appellant of sexually assaulting E.V.K.?

5. Did the trial judge err in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants?

#### V. Analysis

A. *Is it a crime to extort sexual favours?*

41 Is it a crime to extort sexual favours? The answer to this question depends on the scope of the word “anything” in the extortion provision of the *Criminal Code*. The appellant was charged under s. 305, where extortion was defined as follows:

**305.** (1) Every one who, without reasonable justification or excuse and with intent to extort or gain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

Section 305(1) was slightly modified in 1985 (S.C. 1985, c. 19, s. 47). It is now s. 346(1), which reads as follows:

**346.** (1) Every one commits extortion who, without reasonable justification or excuse and with intent to obtain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done.

Both Green J.A. and O’Neill J.A. referred to s. 346(1) in their reasons. While ss. 305(1) and 346(1) are virtually identical, the words “with intent to extort or gain” precede the first reference to “anything” in s. 305, whereas the words “with intent to obtain” precede the first reference to “anything” in s. 346. Given this subtle difference and the fact that the appellant was charged and

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n’examinant pas la défense de croyance sincère mais erronée au consentement lorsqu’il a déclaré l’appelant coupable d’avoir agressé sexuellement E.V.K.?

5. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l’application du principe du doute raisonnable dans le cas des cinq plaignantes?

#### V. Analyse

A. *L’extorsion de faveurs sexuelles constitue-t-elle un crime?*

L’extorsion de faveurs sexuelles constitue-t-elle un crime? La réponse à cette question dépend de la portée de l’expression «quelque chose» qui figure dans la disposition du *Code criminel* relative à l’extorsion. L’appelant a été accusé en vertu de l’art. 305, qui définissait l’extorsion de la façon suivante:

**305.** (1) Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l’intention d’extorquer ou de gagner quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d’induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

Le paragraphe 305(1) a été légèrement modifié en 1985 (S.C. 1985, ch. 19, art. 47). C’est maintenant le par. 346(1), qui dispose:

**346.** (1) Commet une extorsion quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l’intention d’obtenir quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d’induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose.

Les juges Green et O’Neill se sont tous deux reportés au par. 346(1) dans leurs motifs. Bien que les par. 305(1) et 346(1) soient pratiquement identiques, les mots «avec l’intention d’extorquer ou de gagner» précèdent la première mention de l’expression «quelque chose» dans l’art. 305, tandis que les mots «avec l’intention d’obtenir» précèdent la première mention de l’expression «quelque chose» dans l’art. 346. Compte tenu de cette distinction subtile et du fait que l’appelant a été

convicted under s. 305, I will refer to s. 305 in the course of my analysis.

In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, the Court adopted the following passage from Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) as the general approach to be taken to statutory construction:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

I begin with the grammatical and ordinary sense of "anything". The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. 1, defines anything as follows: "A combination of ANY and THING, in the widest sense of the latter, with all the varieties of sense belonging to ANY." The dictionary definition suggests a broad interpretation, which would include sexual favours. Such an interpretation is also supported by the immediate context of the provision. "Anything" is referred to three times in s. 305(1):

**305.** (1) Every one who, without reasonable justification or excuse and with intent to extort or gain anything, by threats, accusations, menaces or violence induces or attempts to induce any person, whether or not he is the person threatened, accused or menaced or to whom violence is shown, to do anything or cause anything to be done, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years. [Emphasis added.]

In my view, the meaning of "anything" in the immediate context of "to extort or gain anything" and inducing any person "to do anything or cause anything to be done" is clearly in keeping with the wide, unrestricted dictionary definition, and includes sexual favours.

accusé et déclaré coupable sous le régime de l'article 305, je me reporterai à l'art. 305 dans le cadre de mon analyse.

Dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21, notre Cour a adopté le passage suivant de l'ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) pour résumer la méthode à suivre pour interpréter un texte législatif:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Je commence par le sens ordinaire et grammatical de l'expression «quelque chose». Le *Dictionnaire encyclopédique Quillet* (1975) définit l'expression «quelque chose» comme «une chose quelconque» (p. 5605), et il précise que le mot «chose» s'emploie pour désigner «tout être inanimé, soit réel, soit idéal, tout ce qu'on dit ou que l'on peut dire, tout ce que l'on fait ou que l'on peut faire, tout ce qui n'a pas de nom particulier» (p. 1283). La définition donnée à ces termes dans le dictionnaire suggère une interprétation large, qui devrait comprendre les faveurs sexuelles. Une telle interprétation est aussi appuyée par le contexte immédiat de la disposition. L'expression «quelque chose» figure à deux endroits dans le par. 305(1):

**305.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d'induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. [Je souligne.]

À mon avis, le sens de «quelque chose» dans le contexte immédiat «d'extorquer ou de gagner quelque chose» et d'induire une personne «à accomplir ou à faire accomplir quelque chose» est clairement en harmonie avec la définition large et sans restriction donnée par le dictionnaire, et englobe les faveurs sexuelles.

42

43

44 Mewett and Manning, *supra*, take a differing view. Commenting on *R. v. Bird*, they argue at p. 833 that:

Not a great deal of discussion appears in *Bird* on this wide interpretation of “anything”, the court being content to say that the word is clear and unambiguous and used in this context is of wide unrestricted application. Yet this is not what is normally meant by “extort or gain”. It is true that, in isolation, “anything” can be of the widest meaning, but in the context of “extort or gain”, one might have thought that it referred to something of some tangible proprietary or pecuniary nature.

I respectfully disagree. I do not believe the authors place sufficient weight on the fact that the meaning of “anything” is further qualified by the words “to do anything or cause anything to be done” at the end of the section.

45 I also find that an interpretation of “anything” that includes sexual favours is suggested by the purpose and nature of the offence of extortion. Extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. It punishes those who, through threats, accusations, menaces, or violence induce or attempt to induce their victims into doing anything or causing anything to be done. Threats, accusations, menaces and violence clearly intimidate: see *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 81; *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758, at pp. 761-62. When threats are coupled with demands, there is an inducement to accede to the demands. This interferes with the victim’s freedom of choice, as the victim may be coerced into doing something he or she would otherwise have chosen not to do.

46 Given this purpose, I find it difficult to accept the appellant’s contention that “anything” should be limited to things of a proprietary or pecuniary nature. If the appellant’s argument is accepted, it would be criminal to threaten exposure of nude photographs when coupled with a demand for money, but it would not be criminal to make that

Les auteurs Mewett et Manning, *op. cit.*, adoptent un point de vue différent. Dans leur commentaire sur l’arrêt *R. c. Bird*, il font valoir ce qui suit, à la p. 833:

[TRADUCTION] L’arrêt *Bird* ne donne pas beaucoup de détails sur cette interprétation large de «quelque chose», la cour se contentant de dire que le mot est clair et non ambigu, et que son application n’est pas limitée lorsqu’il est employé dans ce contexte. Ce n’est toutefois pas ce qu’on entend normalement par les mots «extorquer ou gagner». Il est vrai que, pris isolément, «quelque chose» peut avoir un sens très large, mais dans le contexte des mots «extorquer ou gagner», on se serait attendu à ce que l’expression se rapporte à une chose matérielle, telle que de l’argent ou des biens.

En toute déférence, je ne partage pas cet avis. Je crois que les auteurs ne prennent pas suffisamment en considération le fait que le sens de l’expression «quelque chose» est aussi qualifié par les mots «à accomplir ou à faire accomplir quelque chose» à la fin de la disposition.

Je constate aussi qu’une interprétation de l’expression «quelque chose» qui comprend des faveurs sexuelles est suggérée par l’objet et la nature de l’infraction d’extorsion. L’extorsion criminalise l’intimidation et l’atteinte à la liberté de choix. Elle rend passible de sanctions ceux qui, par menaces, accusations ou violence, induisent ou tentent d’induire leurs victimes à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. Les menaces, les accusations et la violence servent clairement à intimider: voir l’arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, à la p. 81; l’arrêt *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, aux pp. 761 et 762. Lorsque des menaces se combinent à des demandes, il y a incitation à donner suite aux demandes. Cela entrave la liberté de choix de la victime, puisque celle-ci peut être forcée de faire ce que, autrement, elle aurait choisi de ne pas faire.

Compte tenu de cet objet, j’éprouve de la difficulté à retenir la proposition de l’appelant selon laquelle l’expression «quelque chose» devrait se limiter à des choses telles que de l’argent ou des biens. Si l’argument de l’appelant était accueilli, il serait criminel de menacer de dévoiler des photographies de nus lorsque l’auteur de la menace

same threat when coupled with a demand for sex. This strikes me as unreasonable, and at odds with the purpose of the provision. The threat is equally intimidating in both cases, as the consequences of non-compliance are identical. With respect to interference with freedom of choice, in both cases the victim is asked to do something he or she may not want to do. It is likely that the victim would much sooner accede to the monetary demand than the sexual demand. Freedom of choice in sexual matters is at least as highly valued as freedom of choice in matters concerning property. Accordingly, there is no reason to think that extortion of sexual favours is not also a criminal offence.

It may be objected that this conception of the purpose of s. 305 is overly broad, and does not take into account two important contextual factors: that the offence of extortion was historically a property offence and that the extortion provision was located in Part VII (now Part IX) of the *Code*, entitled “Offences Against Rights of Property”. When these factors are properly taken into account, it is submitted that extortion only criminalizes demands of a proprietary or pecuniary nature. Accordingly, “anything” should be given a more limited interpretation.

In assessing the arguments about the historical origins of the offence, I will briefly review the evolution of the offences of blackmail and extortion in English and Canadian law. In Great Britain, “[b]lackmail was originally the tribute exacted by free-booters in the northern border countries to secure lands and goods from despoilment or robbery”: see W. H. D. Winder, “The Development of Blackmail” (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21, at p. 24. It later came to denote a number of offences in which property or some other advantage was demanded with threats: see G. L. Williams, “Blackmail”, [1954] *Crim. L. Rev.* 79, at p. 79. In the early stages of its development, the crime of blackmail “seems to have been pretty well coex-

exige de l’argent, mais il ne serait pas criminel de le faire lorsque l’auteur de la menace exige des faveurs sexuelles. Cela me paraît déraisonnable et en contradiction avec l’objet de la disposition. La menace est aussi intimidante dans les deux cas car les conséquences d’un refus d’obtempérer sont identiques. En ce qui a trait à l’atteinte à la liberté de choix, dans les deux cas la victime est appelée à faire quelque chose qu’elle peut ne pas vouloir faire. La victime préférerait probablement donner suite à la demande d’argent plutôt qu’à la demande de faveurs sexuelles. La liberté de choix en matière sexuelle est au moins aussi prisée que la liberté de choix en matière de propriété. Par conséquent, je ne vois aucune raison de penser que l’extorsion de faveurs sexuelles n’est pas elle aussi une infraction criminelle.

D’aucuns pourront objecter que cette conception de l’objet de l’art. 305 est trop large et qu’elle ne tient pas compte de deux facteurs contextuels importants, à savoir que l’infraction d’extorsion était historiquement une infraction contre la propriété et que la disposition relative à l’extorsion figurait à la partie VII (maintenant la partie IX) du *Code*, intitulée «Infractions contre les droits de propriété». Lorsque ces facteurs sont appréciés adéquatement, fait-on valoir, l’extorsion ne criminalise que les demandes visant des choses telles que de l’argent ou des biens. Par conséquent, l’expression «quelque chose» devrait recevoir une interprétation plus limitée.

En examinant les arguments relatifs aux origines historiques de l’infraction, j’esquisserai brièvement l’évolution des infractions de chantage et d’extorsion en droit anglais et canadien. En Grande-Bretagne, [TRADUCTION] «le *blackmail* (chantage) était à l’origine le tribut extorqué par des pirates dans les régions frontalières du Nord en échange de la protection des terres et des biens contre le pillage ou le vol»: voir W. H. D. Winder, «The Development of Blackmail» (1941), 5 *Modern L. Rev.* 21, à la p. 24. Le terme a par la suite été utilisé pour désigner un certain nombre d’infractions consistant à demander des biens ou d’autres avantages en recourant à des menaces: voir G. L. Williams, «Blackmail», [1954] *Crim. L.*

47

48

tensive with robbery and attempted robbery, but over the years the definition has been extended to embrace more subtle methods of extortion”: J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (8th ed. 1996), at p. 618. Extortion was originally a separate common law offence punishing the conduct of public officials who sought personal financial gain under colour of their office. It has since been statutorily expanded in some jurisdictions, such as Canada, to include more familiar forms of blackmail.

Rev. 79, à la p. 79. Dans les premières étapes de son développement, l’infraction de chantage [TRANSDUCTION] «semble avoir eu pratiquement la même portée que le vol et la tentative de vol, mais avec les années, sa définition s’est élargie au point d’embrasser des méthodes d’extorsion plus subtiles»: J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law* (8<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 618. À l’origine, l’extorsion était une infraction distincte en common law visant à sanctionner la conduite des représentants de l’État qui cherchaient à obtenir un avantage pécuniaire personnel en se servant de leurs fonctions. Sa portée a depuis été élargie par voie législative dans certains ressorts, dont le Canada, de façon à englober certaines formes plus connues de chantage.

49

The roots of s. 305 of the *Criminal Code* lie in five separate and relatively narrowly defined offences from the first *Criminal Code* of 1892 (S.C. 1892, c. 29). The five offences were defined in ss. 402 to 406, and may be briefly described as follows:

L’article 305 du *Code criminel* a ses origines dans cinq infractions distinctes définies de façon relativement restrictive dans le premier *Code criminel* de 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Les cinq infractions étaient définies aux art. 402 à 406, et elles peuvent être résumées de la façon suivante:

s. 402: Compelling the execution of a document by violence or restraint or by the threat of violence or restraint.

art. 402: Forcer quelqu’un à signer un document par violence ou contrainte ou par des menaces de violence ou de contrainte.

s. 403: Uttering a letter or other writing demanding with menaces any property, chattel, money, valuable security or other valuable thing.

art. 403: Envoyer une lettre ou un écrit exigeant par des menaces la remise de quelque bien, effet, argent, valeur négociable ou autre chose de valeur.

s. 404: Demanding with menaces anything capable of being stolen with intent to steal it.

art. 404: Demander par des menaces quelque chose pouvant être volée dans l’intention de la dérober.

s. 405: Accusing or threatening to accuse a person of certain listed crimes with intent to extort or gain anything or to compel the execution of a document.

art. 405: Accuser ou menacer d’accuser une personne de certains crimes énumérés dans l’intention d’extorquer ou d’obtenir quelque chose de quelqu’un ou de forcer quelqu’un à signer un document.

s. 406: Accusing or threatening to accuse a person of crimes other than those listed in s. 405 with intent to extort or gain anything or to compel the execution of a document.

art. 406: Accuser ou menacer d’accuser une personne de crimes autres que ceux énumérés à l’art. 405 dans l’intention d’extorquer ou d’obtenir quelque chose de quelqu’un ou de forcer quelqu’un à signer un document.

Minor changes were made to the provisions in the 1906 revision (R.S.C. 1906, c. 146), when ss. 402 to 406 were renumbered as ss. 450 to 454, and in

Des changements mineurs ont été apportés au moment de la révision de 1906 (S.R.C. 1906, ch. 146), en même temps que la renumérotation



the 1927 revision (R.S.C. 1927, c. 36). In the comprehensive 1955 amendments (S.C. 1953-54, c. 51), ss. 450 to 455 were combined into one global offence called “extortion” and re-enacted as s. 291, which in turn was subsequently renumbered unchanged as s. 305 in the 1970 revision (R.S.C. 1970, c. C-34).

Legislative history may be used as an aid in determining the intention of the legislature: see *Rizzo Shoes*, *supra*, at para. 31; see also *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, at p. 487; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621, at pp. 635, 653 and 660. However, the legislative history of s. 305 does not shed much light on the meaning of “anything”. As Cartwright J. (as he then was) held for a unanimous five-person bench in *R. v. Nataralli*, [1967] S.C.R. 539, at pp. 543-44:

It appears to me that the wording of s. 291 [later s. 305] of the present *Code* is so different from that of ss. 450 to 454 of the former *Code* that little is to be gained from a consideration of the cases decided under those sections.

The words of Lord Herschell in *Bank of England v. Vagliano Brothers* [[1891] A.C. 107, at pp. 144-45] appear to me to be appropriate to the problem before us. They are accurately summarized in *Halsbury*, 3rd ed., vol. 36, p. 406, s. 614, as follows:

In construing a codifying statute the proper course is, in the first instance, to examine its language and to ask what is its natural meaning; it is an inversion of the proper order of consideration to start with inquiring how the law previously stood, and then, assuming that it was probably intended to leave it unaltered, to see if the words of the enactment will bear interpretation in conformity with this view. The object of a codifying statute has been said to be that on any point specifically dealt with by it the law should be ascertained by interpreting the language used, instead of roaming over a number of authorities. After the language has been examined without presumptions, resort must only be had to the previous state of the law on some special ground, for example for the

des art. 402 à 406 qui sont devenus les art. 450 à 454. Plusieurs modifications se sont ajoutées en 1927 (S.R.C. 1927, ch. 36). À la suite des modifications d'ensemble apportées en 1955 (S.C. 1953-54, ch. 51), les art. 450 à 455 ont été combinés en une seule infraction appelée «extorsion» et cette disposition a été adoptée de nouveau pour devenir l'art. 291, qui a par la suite été renuméroté sans changement et est devenu l'art. 305 à l'issue de la révision de 1970 (S.R.C. 1970, ch. C-34).

L'historique législatif peut être utile pour déterminer l'intention du législateur: voir l'arrêt *Rizzo Shoes*, précité, au par. 31; voir également l'arrêt *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, à la p. 487; et l'arrêt *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621, aux pp. 635, 653 et 660. Toutefois, l'historique législatif de l'art. 305 ne jette pas beaucoup de lumière sur le sens de l'expression «quelque chose». Comme l'a dit le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) au nom de la formation de cinq juges dans l'arrêt *R. c. Nataralli*, [1967] R.C.S. 539, aux pp. 543 et 544:

[TRADUCTION] Le libellé de l'art. 291 [par la suite l'art. 305] du *Code* actuel m'apparaît si différent de celui des art. 450 à 454 du *Code* précédent qu'il y a peu à tirer de l'examen des affaires tranchées sous le régime de ces articles.

Les propos de lord Herschell dans *Bank of England c. Vagliano Brothers* [[1891] A.C. 107, aux pp. 144 et 145] me semblent appropriés compte tenu du problème dont nous sommes saisis. Ils sont fidèlement résumés dans *Halsbury*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 36, p. 406, art. 614, de la façon suivante:

Pour interpréter une loi codifiée, il convient premièrement d'en examiner le texte et de se demander quel est son sens naturel; c'est inverser le bon ordre de l'examen que de commencer par se demander quel était l'état du droit avant, et par la suite, en présumant qu'on avait probablement l'intention de ne pas le modifier, de voir si les mots du texte législatif supportent une interprétation conforme à ce point de vue. On a dit que l'objet d'une loi codifiée était de faire en sorte que sur tous les points particulièrement traités par elle, le sens de la loi pouvait être dégagé par l'interprétation de son libellé, plutôt que par l'examen de certains précédents. Après que le texte a été examiné sans présomption, il ne faut recourir à l'état du droit antérieur que pour des raisons spéciales, par exemple

construction of provisions of doubtful import, or of words which have acquired a technical meaning.

As a final point regarding legislative history I would note that there is no Hansard evidence or Committee Reports which illuminate Parliament's intention in enacting the new extortion provision in 1955.

51 I turn now to the fact that extortion is located in the Part of the *Code* entitled "Offences Against Rights of Property". The Court has held on a number of occasions that headings may be used as an aid in statutory construction: see *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489, at pp. 495-96; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at pp. 119-20; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167, at p. 179.

52 In *Skapinker*, Estey J. discussed the role of headings in constitutional interpretation. His reasons are just as apposite to the interpretation of ordinary statutes. At pp. 376-77 he held:

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision.

I conclude that an attempt must be made to bring about a reconciliation of the heading with the section introduced by it. If, however, it becomes apparent that the section when read as a whole is clear and without ambi-

l'interprétation de dispositions de sens incertain, ou de mots ayant acquis un sens technique.

En guise de point final au sujet de l'historique législatif, je voudrais souligner qu'aucun passage du hansard ni des rapports des comités ne jette la lumière sur l'intention du législateur lors de l'adoption de la nouvelle disposition relative à l'extorsion en 1955.

J'aborde maintenant le fait que l'infraction d'extorsion se trouve dans la partie du *Code* intitulée «Infractions contre les droits de propriété». Notre Cour a statué à nombre d'occasions que les rubriques peuvent servir d'aide à l'interprétation législative: voir les arrêts *Attorney-General of Canada c. Jackson*, [1946] R.C.S. 489, aux pp. 495 et 496; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, aux pp. 119 et 120; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167, à la p. 179.

Dans l'arrêt *Skapinker*, le juge Estey a décrit le rôle des rubriques en matière d'interprétation constitutionnelle. Ses motifs s'appliquent tout aussi bien à l'interprétation des lois ordinaires. Aux pp. 376 et 377, il a dit:

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit.

[J]e conclus qu'il faut tenter de concilier la rubrique avec l'article qu'elle précède. Si toutefois il devient évident que, dans l'ensemble, l'article est clair et ne comporte pas d'ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet

guity, the heading will not operate to change that clear and unambiguous meaning. Even in that midway position, a court should not, by the adoption of a technical rule of construction, shut itself off from whatever small assistance might be gathered from an examination of the heading as part of the entire constitutional document. [Emphasis added.]

In my view, Estey J.'s approach to the role of headings in statutory interpretation is the correct one. Headings "should be considered part of the legislation and should be read and relied on like any other contextual feature": *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 269. The weight to be given to the heading will depend on the circumstances. Headings will never be determinative of legislative intention, but are merely one factor to be taken into account: see *Lohnes, supra*, at p. 179.

In this case, I find the fact that the extortion provision is located in the "Offences Against Rights of Property" Part of the *Code* is outweighed by competing considerations in determining the scope of "anything". First, the ordinary meaning of "anything" in its immediate context is clear and supports a broad interpretation. Greater weight should be given to ordinary meaning than to headings. As Estey J. held in *Skapinker, supra*, at p. 377, "[i]f . . . it becomes apparent that the section when read as a whole is clear and without ambiguity, the heading will not operate to change that clear and unambiguous meaning." See also *Jackson, supra*, at pp. 495-96, *per* Kellock J.

Second, the purpose of s. 305 that can be directly inferred from the wording of the provision is that extortion criminalizes intimidation and interference with freedom of choice. Given this objective, it would be unreasonable to criminalize extortion of money or property, but not extortion of sexual favours. Adopting a narrower formulation of the purpose in light of the heading would lead to this consequence.

de modifier ce sens clair et précis. Même dans cette situation intermédiaire, une cour ne doit pas, en adoptant une règle formaliste d'interprétation, se priver de l'avantage qu'elle peut tirer, si mince soit-il, de l'analyse de la rubrique en tant que partie de l'ensemble du document constitutionnel. [Je souligne.]

À mon avis, l'approche du juge Estey quant au rôle des rubriques dans l'interprétation législative est juste. Les rubriques [TRADUCTION] «devraient être considérées comme faisant partie de la législation et elles devraient être lues et invoquées comme tout autre élément contextuel»: *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 269. Le poids à donner aux rubriques dépend des circonstances. Les rubriques ne sont jamais décisives quant à l'intention du législateur, elles constituent uniquement un facteur qu'il faut prendre en considération: voir l'arrêt *Lohnes*, précité, à la p. 179.

En l'espèce, j'estime que des considérations concurrentes l'emportent sur le fait que la disposition relative à l'extorsion figure dans la partie intitulée «Infractions contre les droits de propriété» du *Code* lorsqu'il s'agit de déterminer de la portée de l'expression «quelque chose». Premièrement, le sens ordinaire de l'expression «quelque chose», placée dans son contexte immédiat, est clair et appuie une interprétation large. Il y a lieu d'accorder plus de poids au sens ordinaire qu'aux rubriques. Ainsi que l'a dit le juge Estey dans l'arrêt *Skapinker*, précité, à la p. 377, «[s']il devient évident que, dans l'ensemble, l'article est clair et ne comporte pas d'ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet de modifier ce sens clair et précis.» Voir également l'arrêt *Jackson*, précité, aux pp. 495 et 496, le juge Kellock.

Deuxièmement, l'objet de l'art. 305, qui peut être déduit directement du libellé de la disposition, est que l'extorsion criminalise l'intimidation et l'atteinte à la liberté de choix. Compte tenu de cet objectif, il serait déraisonnable de criminaliser l'extorsion d'argent ou de biens mais non l'extorsion de faveurs sexuelles. L'adoption d'une formulation plus étroite de cet objet à la lumière de la rubrique entraînerait ce résultat.

53

54

55

56 Third, Parliament could have easily limited the scope of the word “anything” to things of a proprietary or pecuniary nature. In Great Britain, the offence of blackmail is defined in s. 21 of the *Theft Act 1968* (U.K.), 1968, c. 60, in part as follows:

(1) A person is guilty of blackmail if, with a view to gain for himself or another or with intent to cause loss to another, he makes any unwarranted demand with menaces;

The ordinary meaning of “any unwarranted demand” is of similar breadth as “anything” in s. 305. However, the scope of s. 21 is expressly limited by s. 34 of the *Theft Act*, which states that for the purposes of the *Theft Act* (and thus for the purpose of s. 21) “‘gain’ and ‘loss’ are to be construed as extending only to gain or loss in money or other property”. The fact that Parliament did not limit s. 305 in this manner is yet another reason in favour of adopting a broad interpretation.

57 Finally, a number of courts in Canada have found that “anything” includes sexual favours: see *Bird, supra*; *R. v. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302 (B.C.); *R. v. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143 (Sask. Dist. Ct.).

58 For all these reasons, I agree with the British Columbia Court of Appeal in *Bird, supra*, at p. 17, that “anything” should be given a “wide unrestricted application” and that sexual favours fall “squarely within the meaning of the word ‘anything’ as used in the section”.

59 I note that O’Neill J.A. dissented on the ground that the appellant did not attempt to extort anything from C.D. because his threats amounted merely to a statement of intention. I respectfully disagree with this conclusion. The appellant’s threats clearly amounted to an attempt to extort sexual favours from C.D., thereby constituting the *actus reus* of extortion, which includes an attempt

Troisièmement, le législateur fédéral aurait pu facilement restreindre la portée de l’expression «quelque chose» aux choses telles que de l’argent ou des biens. En Grande-Bretagne, l’infraction de chantage est définie à l’art. 21 de la *Theft Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 60, de la manière suivante:

[TRADUCTION] (1) Est coupable de chantage quiconque exige, en vue d’obtenir un gain pour lui-même ou pour autrui ou avec l’intention de faire subir une perte à autrui, la satisfaction d’une demande injustifiée accompagnée de menaces;

Le sens ordinaire de l’expression «demande injustifiée» est à peu près aussi large que celui de l’expression «quelque chose» à l’art. 305. La portée de l’art. 21 est toutefois expressément limitée par l’art. 34 de la *Theft Act* qui prévoit que pour l’application de ladite loi (et donc de l’art. 21), les mots [TRADUCTION] «“gain” et “profit” s’entendent uniquement d’un gain ou d’une perte d’argent ou d’un autre bien». Le fait que le législateur fédéral n’ait pas limité de la même manière la portée de l’art. 305 constitue une autre raison de lui donner une interprétation large.

Enfin, un certain nombre de tribunaux canadiens ont statué que l’expression «quelque chose» comprend les faveurs sexuelles: voir *Bird*, précité; *R. c. D.K.P. (No. 1)* (1991), 11 W.A.C. 302 (C.-B.); *R. c. Bloch-Hansen* (1977), 38 C.C.C. (2d) 143 (C. dist. Sask.).

Pour ces motifs, je suis d’accord avec la Cour d’appel de la Colombie-Britannique qui a statué dans l’arrêt *Bird*, précité, à la p. 17, qu’il faut donner à l’expression «quelque chose» une [TRADUCTION] «application large, illimitée» et que les faveurs sexuelles sont «directement visées par l’expression “quelque chose” telle qu’elle est employée dans cet article».

Je note que le juge O’Neill était dissident pour le motif que l’appellant n’a pas tenté d’extorquer quoi que ce soit à C.D. parce que ses menaces étaient simplement assimilables à une déclaration d’intention. En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec cette conclusion. Les menaces proférées par l’appellant correspondaient clairement à une tentative d’extorquer des faveurs sexuelles à C.D.,

at inducing any person to do anything or to cause anything to be done. The attempt is completed once the offender threatens the victim with a view to extorting or gaining anything.

B. *Is there consent to sexual activity if it is obtained by threatened exposure of nude photographs?*

The trial judge found that P.V.B. chose to engage in sexual activity with the appellant by reason of his threats to expose the nude photographs he had taken of her. He found this choice to be non-consensual and convicted the appellant of sexual assault.

The appellant, adopting O'Neill J.A.'s dissent, argued that the trial judge erred because s. 265(3)(b), which refers to threats of force, was exhaustive of the circumstances in which no consent is obtained by reason of threats. The Crown took the contrary position, arguing that s. 265(3)(b) was merely illustrative, and not exhaustive.

I find that I do not need to decide this issue. The appellant's conviction of sexually assaulting P.V.B. may be affirmed on the basis of an independent sexual assault, wholly apart from his extortionate conduct. This alternative basis of affirming the appellant's conviction was argued by the Crown.

Over the course of a two- to three-month period P.V.B. would go to the appellant's apartment and have sexual intercourse with him in exchange for the negatives of the photographs he had taken of her. By the appellant's own admission P.V.B. was tied up on several occasions. On at least two such occasions, P.V.B. testified that the appellant persisted in sexual activity after she had unambiguously communicated her lack of consent. I reproduce the following excerpts from her examination in chief:

constituant donc l'*actus reus* de l'infraction d'extorsion qui comprend la tentative d'induire une personne à accomplir ou à faire accomplir quelque chose. La tentative est commise lorsque le délinquant menace la victime avec l'intention d'extorquer ou de gagner quelque chose.

B. *Y a-t-il consentement à une activité sexuelle si celui-ci est obtenu sous la menace de dévoiler des photographies de nus?*

Le juge du procès a statué que P.V.B. avait décidé d'avoir des rapports sexuels avec l'appellant parce que ce dernier l'avait menacée de dévoiler les photographies qu'il avait prises d'elle nue. Il a conclu à l'absence de consentement et il a déclaré l'appellant coupable d'agression sexuelle.

Reprenant les motifs dissidents du juge O'Neill, l'appellant a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur parce que l'al. 265(3)(b), où il est question de menaces de recours à la force, constitue une liste exhaustive des cas où il y a absence de consentement en raison de menaces. Le ministère public a adopté la position contraire, soutenant que l'al. 265(3)(b) était simplement explicatif et non exhaustif.

J'estime que je n'ai pas à trancher cette question. La déclaration de culpabilité de l'appellant pour agression sexuelle contre P.V.B. peut être confirmée en se fondant sur une agression sexuelle indépendante, totalement séparée de l'extorsion. Cet autre motif servant à confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant a été plaidé par le ministère public.

Pendant une période d'environ deux à trois mois, P.V.B. s'est rendue à l'appartement de l'appellant où elle avait des rapports sexuels avec lui en échange des négatifs des photographies qu'il avait prises d'elle. De l'aveu même de l'appellant, P.V.B. a été ligotée plusieurs fois. P.V.B. a déclaré dans son témoignage qu'à deux reprises, au moins, l'appellant avait continué l'activité sexuelle après qu'elle lui eut communiqué sans ambiguïté son absence de consentement. Je reproduis ci-dessous des extraits de son interrogatoire principal:

60

61

62

63

A. He would tie my wrists, one in each corner; and my ankles to the bottom corners and then he would blindfold me and perform sexual acts on me in there[,] [i]nsert objects in me and sometimes he would use a leather strap to hit me with.

Q. Where would he hit you?

A. He would hit me on various parts of my body and on my vagina.

Q. Were you consenting to these activities, what would you, what did you say to him?

A. No, I never told him anything to do to me. And I told him to stop hitting me with [the] strap, it was hurting me.

Q. Yes.

A. And he would continue to do so. [Emphasis added.]

P.V.B. also referred to at least one other incident in which the appellant persisted notwithstanding her lack of consent:

A. He had me bent over the back of the couch with each leg tied to a corner and my hands tied together and bound around the middle leg of the couch and I was blindfolded and he was performing sexual acts on me this way and it was very uncomfortable. He was inserting objects in me that were very uncomfortable and it was hurting me and I managed to get my hands free and I took the blindfold off and I looked at him and said to stop, he was hurting me and he said you're not playing fair. And the tone of his voice and the look in his eyes frightened me that I went back to the position and he tied my hands again and I just stayed still, just hoping that it would be over soon so I could leave.

. . . .

Q. There was that occasion where you had broken free and told him to stop and you'd also mentioned other occasions when he was strapping you?

A. Yes.

. . . .

Q. Okay. What other forms of resistance did you make known to him?

[TRADUCTION]

R. Il m'attachait les poignets, un à chaque coin; et les chevilles aux coins inférieurs, ensuite il me bandait les yeux et il se livrait à des actes sexuels sur moi[,] [i]nserait des objets en moi et, parfois, il utilisait une lanière de cuir pour me frapper.

Q. Où vous frappait-il?

R. Il me frappait sur diverses parties du corps et sur le vagin.

Q. Étiez-vous consentante à ces activités, que vouliez-vous, que lui avez-vous dit?

R. Non, je ne lui ai jamais dit de me faire quoi que ce soit. Et je lui ai dit d'arrêter de me frapper avec [la] lanière, cela me faisait mal.

Q. Oui.

R. Et il continuait à le faire. [Je souligne.]

P.V.B. a aussi mentionné au moins un autre incident au cours duquel l'appelant a continué en dépit de son absence de consentement:

[TRADUCTION]

R. Il m'avait fait pencher sur le dossier du divan, chacune de mes jambes étant attachée à l'un des coins, mes mains liées ensemble et attachées à la patte centrale du divan, et j'avais les yeux bandés et il se livrait à des actes sexuels sur moi de cette manière, et c'était très désagréable. Il insérait en moi des objets qui étaient très inconfortables, et cela me faisait mal et j'ai réussi à me libérer les mains et j'ai arraché le bandeau et je l'ai regardé et je lui ai dit d'arrêter, qu'il me faisait mal et il a dit tu n'es pas correcte. Et le ton de sa voix et l'expression de ses yeux m'ont effrayée, j'ai donc repris la position initiale et il m'a rattachée les mains et je suis restée immobile, espérant simplement que cela serait terminé rapidement pour que je puisse partir.

. . . .

Q. Il y a eu cette fois où vous vous êtes libérée et où vous lui avez dit d'arrêter et vous avez mentionné d'autres occasions où il vous frappait avec une lanière?

R. Oui.

. . . .

Q. Bien. Quelles autres formes de résistance lui avez-vous opposées?

A. I had asked him to stop inserting large objects because it was hurting me. I was experiencing discomfort and pain and he would not. He would continue to do so. Most times though, I was in bondage, [so] I couldn't stop him. [Emphasis added.]

Davis was cross-examined by Crown counsel as to these incidents. I reproduce the relevant excerpts:

Q. She was consenting to everything that took place.

A. Yes.

Q. How about the vegetables inserted up her?

A. There was no vegetables inserted up her.

Q. How about the dildos inserted up her?

A. There was one time that I can recall, maybe twice, that the vibrator was used.

Q. Consensual.

A. Yes.

Q. How about the strapping of her?

A. She was never strapped.

Q. The tying up, that took place.

A. She was never blindfolded either.

Q. Never blindfolded. How about being bent over the couch?

A. She was.

Q. She wasn't blindfolded at that time. She didn't indicate it hurt at that time.

A. She indicated that she was sore.

While the trial judge did not comment directly on these incidents in his reasons, he did find P.V.B. to be a credible witness. At para. 62 he held: "On an overall assessment of the credibility of the complainant, it is fair to say that she gave her evidence in a straightforward manner with no apparent evasiveness". The trial judge made only one qualification to this conclusion: "[O]n cross-examination it was evident that she was somewhat defensive and on occasions almost belligerent". However, he quickly went on to add, "When considering the nature of the evidence that was given and the type of cross-examination which obviously

R. Je lui avais demandé d'arrêter d'insérer de gros objets parce que ça me faisait mal. Je ressentais de l'inconfort et de la douleur et il n'arrêtait pas. Il continuait de le faire. La plupart du temps toutefois, j'étais ligotée [de sorte que] je ne pouvais pas l'arrêter. [Je souligne.]

Davis a été contre-interrogé par l'avocat du ministère public au sujet de ces incidents. Je reproduis les extraits pertinents:

[TRADUCTION]

Q. Elle consentait à tout ce qui se passait.

R. Oui.

Q. Parlez-nous des légumes insérés en elle?

R. Il n'y a pas eu de légumes insérés en elle.

Q. Parlez-nous des godemichés insérés en elle?

R. Je peux me souvenir d'une fois, peut-être de deux fois, où le vibreur a été utilisé.

Q. Avec son consentement.

R. Oui.

Q. Parlez-nous des coups donnés avec une lanière?

R. Elle n'a jamais été frappée avec une lanière.

Q. Le ligotage qui a eu lieu.

R. Elle n'a jamais eu les yeux bandés non plus.

Q. Elle n'a jamais eu les yeux bandés. Qu'avez-vous à dire au sujet du fait qu'elle se serait penchée sur le dossier du divan?

R. Elle l'a fait.

Q. Elle n'avait pas les yeux bandés à ce moment-là. Elle n'a pas dit à ce moment-là que cela faisait mal.

R. Elle a dit que ça lui faisait mal.

Même s'il n'a pas commenté directement ces incidents dans ses motifs, le juge du procès a considéré que P.V.B. était un témoin digne de foi. Il a dit au par. 62: [TRADUCTION] «Après une appréciation générale de la crédibilité de la plaignante, il est juste de dire qu'elle a témoigné de manière franche, sans ambiguïté apparente». Le juge du procès n'a fait qu'une réserve: [TRADUCTION] «[L]ors du contre-interrogatoire, il était évident qu'elle était un peu sur la défensive et, à l'occasion, presque agressive». Il s'est toutefois empressé d'ajouter [TRADUCTION] «Lorsque l'on considère la nature du témoignage qui a été fait et

had to be conducted, it is not surprising that the witness would react in a defensive manner”.

le genre de contre-interrogatoire qui devait évidemment être mené, il n'est pas étonnant que le témoin ait réagi en se tenant sur la défensive».

66 By contrast, the trial judge found the appellant's testimony incredible. The appellant contended that he had an ongoing consensual relationship with P.V.B. well before the photography sessions took place, and that P.V.B. initiated the sexual activity between them. He denied ever threatening to expose the photographs. He said there was no reason to extort sex from her, since they were already having sex anyway. Despite his testimony, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant threatened to expose the photographs and that any sexual activity that took place occurred because of P.V.B.'s fear that the appellant would expose her.

Par contre, le juge du procès a conclu que le témoignage de l'appellant n'était pas digne de foi. L'appellant a prétendu qu'il avait des rapports consensuels réguliers avec P.V.B. bien avant que les séances de photographie n'eurent lieu, et que P.V.B. avait pris l'initiative de l'activité sexuelle entre eux. Il a nié avoir jamais menacé de dévoiler les photographies. Il a dit qu'il n'avait aucune raison de chercher à lui extorquer des rapports sexuels puisqu'ils en avaient déjà de toute manière. Malgré ce témoignage, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant avait menacé de dévoiler les photographies et que toute activité sexuelle qui avait eu lieu résultait du fait que P.V.B. craignait que l'appellant ne dévoile les photographies.

67 Given the trial judge's findings in this regard, I am satisfied that the events unfolded as the complainant described them. The testimony of a friend of the complainant, provides further support for this conclusion. P.V.B.'s friend testified that on a couple of occasions following sexual encounters with the appellant, P.V.B. arrived at her apartment distraught. She further testified that she knew P.V.B. was hurt because she was bleeding from her vagina even though she was not menstruating. I would note that her testimony was accepted by the trial judge to corroborate P.V.B.'s testimony regarding the burning of the negatives after P.V.B. received them from the appellant.

Compte tenu des conclusions du juge du procès à cet égard, je suis convaincu que les événements se sont déroulés de la manière décrite par la plaignante. Le témoignage d'une amie de la plaignante vient étayer cette conclusion. L'amie de P.V.B. a témoigné qu'à quelques occasions, P.V.B. était arrivée affolée à son appartement après avoir eu des rapports sexuels avec l'appellant. Elle a ajouté qu'elle savait que P.V.B. était blessée parce que son vagin saignait même si elle n'était pas menstruée. J'aimerais souligner que son témoignage a été retenu par le juge du procès pour corroborer le témoignage de P.V.B. quant au fait qu'elle avait brûlé les négatifs après les avoir reçus de l'appellant.

68 The question, then, is whether this evidence supports a conviction of sexual assault. The Crown argued before us that it does. I agree. P.V.B. clearly communicated her lack of consent to the appellant. She asked him to stop, yet he persisted. He did so even though, through his own admission, he knew she was “sore”. As such, both the *actus reus* and *mens rea* of sexual assault have been

La question qui se pose est donc celle de savoir si la preuve justifie une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Le ministère public a soutenu devant nous qu'elle le justifie. Je suis d'accord. P.V.B. a clairement fait part de son absence de consentement à l'appellant. Elle lui a demandé d'arrêter, pourtant il a continué. Il l'a fait même si, de son propre aveu, il savait que «ça lui faisait mal». L'*actus reus* et la *mens rea* de l'agression sexuelle ont donc été établis. Je confirmerais par conséquent la déclaration de culpabilité pour



made out. I would therefore affirm the appellant's conviction of sexual assault on these grounds.

C. *Does the Kienapple principle apply to the convictions of extortion and sexual assault in the case of P.V.B.?*

The appellant argued that the *Kienapple* principle, which precludes multiple convictions in respect of the same "delict", "matter", or "cause", ought to apply to his convictions of sexual assault and extortion in relation to P.V.B.

As a preliminary matter, I will first consider whether the Court has jurisdiction to address this issue. At the hearing the Crown argued that the Court does not have jurisdiction because this issue was not raised by O'Neill J.A. in his dissenting judgment. Since this is an appeal as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Code*, the jurisdiction of this Court is limited to questions of law on which a judge of the court of appeal dissents. O'Neill J.A. dissented only on the extortion and sexual assault convictions in relation to P.V.B. He did not dissent on the application of *Kienapple*. Accordingly, the Crown contended the Court's jurisdiction is limited solely to these grounds, unless leave to appeal to address the application of *Kienapple* is granted.

I do not find this argument convincing. In light of the fact that I would affirm both convictions, the Court has, by necessary implication, the jurisdiction to consider *Kienapple*. The Court's jurisdiction over both the extortion and sexual assault convictions must, of necessity, include the jurisdiction to make whatever order is required to dispose of these grounds of appeal. It goes without saying that any order the Court makes in this regard must be a legal order. The Court cannot make an order that would violate established principles or rules of law. There is a possibility, however, that in affirming the convictions without considering the

agression sexuelle prononcée contre l'appellant pour ces motifs.

C. *Le principe énoncé dans l'arrêt Kienapple s'applique-t-il aux déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle dans le cas de P.V.B.?*

L'appellant a soutenu que le principe de l'arrêt *Kienapple*, qui empêche les déclarations de culpabilité multiples relativement au même «délit», à la même «chose» ou à la même «cause», devrait s'appliquer aux déclarations de culpabilité prononcées contre lui pour agression sexuelle et extorsion à l'égard de P.V.B.

Comme question préliminaire, j'examinerai tout d'abord si la Cour a compétence pour trancher cette question. À l'audience, le ministère public a soutenu que la Cour n'est pas habilitée à le faire parce que cette question n'a pas été soulevée par le juge O'Neill dans son jugement dissident. Comme il s'agit d'un pourvoi de plein droit formé sous le régime de l'al. 691(1)a) du *Code*, la compétence de notre Cour se limite aux questions de droit sur lesquelles un juge d'une cour d'appel exprime sa dissidence. Le juge O'Neill n'a exprimé sa dissidence qu'à l'égard des déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle relativement à P.V.B. Il n'était pas dissident quant à l'application de l'arrêt *Kienapple*. Par conséquent, le ministère public a soutenu que la compétence de la Cour se limitait uniquement à ces moyens, à moins que l'autorisation de se pourvoir quant à la question de l'application de l'arrêt *Kienapple* ne soit accordée.

J'estime que cet argument n'est pas convaincant. Compte tenu du fait que je confirmerais les deux déclarations de culpabilité, la Cour a, par implication nécessaire, la compétence requise pour examiner l'arrêt *Kienapple*. La compétence de la Cour sur les déclarations de culpabilité pour extorsion et agression sexuelle doit, par la force des choses, inclure celle de rendre toute ordonnance requise pour trancher ces moyens d'appel. Il va sans dire que toute ordonnance de la Cour à cet égard doit être une ordonnance légale. La Cour ne peut pas rendre une ordonnance qui contreviendrait aux principes établis ni aux règles de droit. Par

69

70

71

potential application of *Kienapple* that the accused could be convicted of multiple offences arising from the same delict. Such a disposition would be illegal, as it would contravene an established legal principle. Thus, in order to safeguard against this possibility, the Court has an implied jurisdiction to consider the application of *Kienapple*, to which I now turn.

contre, si les déclarations de culpabilité devaient être confirmées sans examen de l'application possible de l'arrêt *Kienapple*, l'accusé pourrait être reconnu coupable d'infractions multiples découlant du même délit. Une telle décision serait illégale puisqu'elle contreviendrait à un principe juridique établi. C'est pourquoi, afin de se protéger contre cette éventualité, la Cour est implicitement habilitée à examiner l'application de l'arrêt *Kienapple*, ce que je ferai maintenant.

72 The scope of the *Kienapple* principle was considered in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480. Dickson C.J. found that the application of the principle required that there be both a factual and legal nexus between the offences in issue. At p. 493 he held "[o]nce it has been established that there is a sufficient factual nexus between the charges, it remains to determine whether there is an adequate relationship between the offences themselves".

La portée du principe de l'arrêt *Kienapple* a été examinée dans l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480. Le juge en chef Dickson a conclu que l'application de ce principe exigeait l'existence d'un lien factuel et juridique entre les infractions en cause. À la page 493, il a statué qu'«[u]ne fois établie l'existence d'un lien factuel suffisant entre les accusations, il reste à déterminer s'il y a un rapport suffisant entre les infractions elles-mêmes».

73 In this appeal there is not a sufficient factual nexus between the extortion and sexual assault convictions to trigger the application of *Kienapple*. The convictions arise out of different factual transactions. Any one of the occasions over the two- to three-month period in which the appellant engaged in sexual activity with P.V.B. is sufficient to ground the extortion conviction. By contrast, the sexual assault conviction arises from one or two specific occasions in which the complainant explicitly communicated her lack of consent to sexual contact. Since there are separate factual circumstances which give rise to the different convictions, *Kienapple* does not apply.

Dans le présent pourvoi, il n'existe pas entre les déclarations de culpabilité pour extorsion et pour agression sexuelle un lien factuel suffisant pour entraîner l'application de l'arrêt *Kienapple*. Les déclarations de culpabilité ont été prononcées par suite d'opérations factuelles différentes. Chacun des incidents qui se sont produits, au cours de la période de deux à trois mois pendant laquelle l'appelant a eu une activité sexuelle avec P.V.B., est suffisant pour justifier la déclaration de culpabilité pour extorsion. Par contre, la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle résulte d'une ou de deux occasions précises où la plaignante a clairement communiqué son absence de consentement au contact sexuel. Comme des circonstances factuelles distinctes sont à l'origine de déclarations de culpabilité différentes, l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas.

D. *Did the trial judge err in failing to consider the defence of honest but mistaken belief in consent in convicting the appellant of sexually assaulting E.V.K.?*

D. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'examinant pas la défense de croyance sincère mais erronée au consentement lorsqu'il a déclaré l'appelant coupable d'avoir agressé sexuellement E.V.K.?*

74 The appellant argued that the trial judge erred in convicting him of sexual assault in the case of E.V.K. because the trial judge failed to consider

L'appelant a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en le déclarant coupable d'agression sexuelle dans le cas de E.V.K. parce

the defence of honest but mistaken belief in consent.

Although the trial judge gave detailed reasons for his findings, he did not specifically advert to the possibility that the appellant honestly but mistakenly believed the complainant consented to the sexual activity in question.

Green J.A. held that the trial judge's failure to advert to the defence of honest but mistaken belief in an otherwise detailed judgment raised the question of whether the trial judge failed to consider it. If so, the accused may not have been afforded the benefit of the doubt on that issue. Another possibility was that the trial judge had decided that the defence had no "air of reality" and therefore did not need to be addressed in his reasons. Finding it impossible to resolve this question from a review of the judgment, Green J.A. conducted an extensive review of the evidence to determine whether there was an air of reality to the defence. He concluded there was none. Therefore, he held that even if the trial judge had failed to consider the issue at all, no reversible error was committed. O'Neill J.A. dissented, and would have ordered a new trial.

In order for the appellant to succeed on this ground of appeal, he must establish two things. First, that the trial judge failed to consider the defence, and second, that there was an air of reality to the defence. Failure of a trial judge to consider the defence when there is an air of reality to it, whether sitting alone or with a jury, is an error of law.

Since the trial judge did not advert to the defence at all in his reasons, it cannot be determined whether he in fact considered it. Resolving this issue requires the Court to determine whether in these circumstances the failure to give reasons may be deemed a failure to consider the defence, and thus an error of law.

qu'il n'avait pas examiné la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Même s'il a fourni des motifs détaillés au soutien de ses conclusions, le juge du procès n'a pas spécifiquement fait allusion à la possibilité que l'appelant ait pu croire sincèrement mais erronément que la plaignante avait consenti à l'activité sexuelle en cause.

Le juge Green a statué que l'omission par le juge du procès de faire allusion à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans un jugement par ailleurs étoffé soulevait la question de savoir s'il avait omis de l'examiner. Le cas échéant, il se pouvait que l'on n'ait pas donné le bénéfice du doute à l'accusé sur ce point. Il était également possible que le juge du procès ait décidé que la défense n'avait aucune «vraisemblance» et qu'il n'était donc pas nécessaire de l'examiner dans ses motifs. Estimant impossible de trancher cette question en examinant le jugement, le juge Green a fait une analyse approfondie de la preuve pour déterminer si la défense avait quelque vraisemblance. Il a conclu que ce n'était pas le cas. Il a donc statué que, même si le juge du procès avait omis d'examiner cette question, aucune erreur justifiant annulation n'avait été commise. Le juge O'Neill était dissident et il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Pour obtenir gain de cause sur ce moyen d'appel, l'appelant doit établir deux choses. Premièrement, que le juge du procès n'a pas examiné la défense et, deuxièmement, que la défense a quelque vraisemblance. L'omission par le juge du procès d'examiner la défense lorsqu'elle a une certaine vraisemblance, qu'il siège seul ou avec un jury, constitue une erreur de droit.

Comme le juge du procès n'a nullement fait allusion à la défense dans ses motifs, on ne peut pas déterminer s'il l'a en fait examinée. Pour trancher cette question, la Cour doit déterminer si, dans les circonstances, l'omission de fournir des motifs peut être considérée comme une omission d'examiner la défense et, par conséquent, comme une erreur de droit.

75

76

77

78

79

Counsel did not address this issue in either oral or written arguments, focussing instead on whether there was an air of reality to the defence. Given that there was no argument on this point and that I am of the opinion that the appeal can be disposed of on the grounds that there was no air of reality to the defence, it is safer to assume without deciding that the failure of the trial judge to advert to the defence amounted to a failure to consider it. It is best to leave to another day the question of whether a trial judge's complete silence as regards a defence raised by the evidence constitutes a failure to consider it and therefore an error of law.

Les avocats n'ont abordé cette question ni dans leurs plaidoiries ni dans leurs mémoires, insistant plutôt sur la question de savoir si la défense avait quelque vraisemblance. Comme aucun argument n'a été avancé sur ce point et que je suis d'avis que le pourvoi peut être tranché pour le motif que la défense n'était pas vraisemblable, il est plus prudent de supposer sans en décider que l'omission du juge du procès de faire allusion à la défense est assimilable à une omission de l'examiner. Il est préférable d'examiner dans une autre instance la question de savoir si le silence absolu du juge du procès au sujet d'un moyen de défense soulevé par la preuve constitue une omission de l'examiner et, par conséquent, une erreur de droit.

80

The defence of honest but mistaken belief in consent is simply a denial of the *mens rea* of sexual assault: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 44; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 148. The *actus reus* of sexual assault requires a touching, of a sexual nature, without the consent of the complainant. The *mens rea* requires the accused to intend the touching and to know of, or to be reckless or wilfully blind as to the complainant's lack of consent: *Ewanchuk*, *supra*, at paras. 25 and 42. In some circumstances, it is possible for the complainant not to consent to the sexual touching but for the accused to honestly but mistakenly believe that the complainant consented. In these circumstances, the *actus reus* of the offence is established, but the *mens rea* is not.

La défense de croyance sincère mais erronée au consentement est simplement une dénégation de la *mens rea* de l'agression sexuelle: *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, au par. 44; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, à la p. 148. L'*actus reus* de l'agression sexuelle est constitué par des attouchements, de nature sexuelle, sans le consentement du plaignant. La *mens rea* est constituée par l'intention de l'accusé de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard: *Ewanchuk*, précité, aux par. 25 et 42. Dans certaines circonstances, il se peut que le plaignant ne consente pas aux attouchements sexuels, mais que l'accusé croit sincèrement mais erronément que le plaignant y a consenti. Dans de tels cas, l'*actus reus* de l'infraction est établi, mais la *mens rea* ne l'est pas.

81

Before the defence can be considered, there must be sufficient evidence for a reasonable trier of fact to conclude that (1) the complainant did not consent to the sexual touching, and (2) the accused nevertheless honestly but mistakenly believed that the complainant consented: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 648, *per* McLachlin J. In other words, given the evidence, it must be possible for a reasonable trier of fact to conclude that the *actus reus* is made out but the *mens rea* is not. In these circumstances, the defence is said to have an "air of reality", and the trier of fact, whether a judge or jury, must consider it. Conversely, where

Avant que la défense puisse être examinée, il faut qu'il y ait suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir convaincre un juge des faits raisonnable (1) que le plaignant n'a pas consenti aux attouchements sexuels, et (2) que l'accusé a néanmoins cru sincèrement mais erronément qu'il était consentant: voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 648, le juge McLachlin. En d'autres termes, compte tenu de la preuve, il doit être possible pour un juge des faits raisonnable de conclure que l'*actus reus* est établi, mais que la *mens rea* ne l'est pas. Dans ces circonstances, on dit que la défense a une certaine «vraisemblance» et le juge des faits,

there is no air of reality to the defence, it should not be considered, as no reasonable trier of fact could acquit on that basis: see *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 11.

In determining whether there is an air of reality to the defence, the trial judge should consider the totality of the evidence: see *Osolin*, *supra*, at p. 683, *per* Cory J.; *Park*, *supra*, at para. 16. The role of the judge in making this determination was set out by Major J. in *Ewanchuk*, *supra*, at para. 57. He held that the judge should make “no attempt to weigh the evidence”. The sole concern is “with the facial plausibility of the defence”, and the judge should “avoid the risk of turning the air of reality test into a substantive evaluation of the merits of the defence”. Care should be taken not to usurp the role of the trier of fact. Whenever there is a possibility that a reasonable trier of fact could acquit on the basis of the defence, it must be considered.

It is not necessary for the accused to specifically assert a belief that the complainant consented. By simply asserting that the complainant consented, either directly under oath or through counsel, the accused is also asserting a belief that the complainant consented: see *Park*, *supra*, at para. 17. However, the accused’s mere assertion will not give the defence an air of reality: see *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790.

While this is evidence of a belief in consent, it is not sufficient evidence of an honest but mistaken belief in consent. Sexual assault is not a crime that is generally committed by accident: see *Pappajohn*, at p. 155, *per* Dickson J.; *Osolin*, at pp. 685-86, *per* Cory J. In most cases, the issue will be simply one of “consent or no consent”, and there will be only one of two possibilities. The first is that the complainant consented, in which case there is no *actus reus*. The second is that the complainant did not consent, and the accused had subjective knowledge of this fact. Here, the *actus reus*

qu’il s’agisse d’un juge ou d’un jury, doit l’examiner. Par contre, lorsque la défense n’a aucune vraisemblance, il ne faut pas en tenir compte puisque aucun juge des faits raisonnable ne pourrait prononcer un verdict d’acquiescement sur ce fondement: voir *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 11.

Pour déterminer si la défense est vraisemblable, le juge du procès doit examiner l’ensemble de la preuve: voir *Osolin*, précité, à la p. 683, le juge Cory; *Park*, précité, au par. 16. Le rôle du juge dans un tel cas a été énoncé par le juge Major dans l’arrêt *Ewanchuk*, précité, au par. 57. Il a statué que le juge ne devait pas «soupeser les éléments de preuve». La seule préoccupation est «la plausibilité apparente de la défense», et le juge doit «éviter le risque de transformer le critère de la vraisemblance en une évaluation substantielle du bien-fondé de la défense». Il faut faire attention de ne pas usurper le rôle du juge des faits. Chaque fois qu’il est possible qu’un juge des faits raisonnable puisse prononcer un verdict d’acquiescement sur le fondement de la défense, celle-ci doit être examinée.

Il n’est pas nécessaire pour l’accusé de faire spécifiquement valoir qu’il croyait que le plaignant avait donné son consentement. En alléguant simplement, directement sous serment ou par l’intermédiaire de son avocat, que le plaignant avait donné son consentement, l’accusé allègue aussi une telle croyance: voir *Park*, précité, au par. 17. Cependant, la simple allégation de l’accusé ne confèrera pas de vraisemblance à la défense: voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 790.

Bien qu’il s’agisse d’une preuve de la croyance au consentement, ce n’est pas une preuve suffisante d’une croyance sincère mais erronée au consentement. L’agression sexuelle n’est pas un crime qui survient généralement par accident: voir *Pappajohn*, à la p. 155, le juge Dickson; *Osolin*, aux pp. 685 et 686, le juge Cory. Dans la plupart des cas, la question qui se posera sera celle du «consentement ou de l’absence de consentement», et il n’y aura qu’une alternative. Soit le plaignant a consenti, auquel cas il n’y a pas d’*actus reus*. Soit le plaignant n’a pas consenti et l’accusé avait une

82

83

84

is made out, and the *mens rea* follows straightforwardly.

85 For example, suppose the complainant and the accused relay diametrically opposed stories. The complainant alleges a brutal sexual assault and vigorous resistance, whereas the accused claims consensual intercourse. Suppose further that it is impossible to splice together the evidence to create a third version of events in which the accused honestly but mistakenly believed the complainant consented. In such circumstances, the trial becomes, essentially, a pure question of credibility. If the complainant is believed, the *actus reus* is made out and the *mens rea* follows straightforwardly. If the accused is believed, or if there is a reasonable doubt as to the complainant's version of events, there is no *actus reus*. There is no third possibility of an honest but mistaken belief in consent, notwithstanding the accused's assertion that the complainant consented: *Park, supra*, at paras. 25-26.

86 Although the accused's mere assertion that the complainant consented will not be sufficient evidence to raise the defence, the requisite evidence may nevertheless come from the accused: see *Park, supra*, at paras. 19-20, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Osolin, supra*, at pp. 686-87, *per* Cory J., and pp. 649-50, *per* McLachlin J. It may also come from the complainant, other sources, or a combination thereof. In *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777. McLachlin J., dissenting in the result, accurately conveyed the nature of this evidence at para. 63:

There must be evidence not only of non-consent and belief in consent, but in addition evidence capable of explaining how the accused could honestly have mistaken the complainant's lack of consent as consent. Otherwise, the defence cannot reasonably arise. There must, in short, be evidence of a situation of ambiguity in which the accused could honestly have misapprehended that the complainant was consenting to the sexual activity in question.

connaissance subjective de ce fait. Dans ce cas, l'*actus reus* est établi et la *mens rea* s'ensuit simplement.

Par exemple, supposons que le plaignant et l'accusé relatent des faits diamétralement opposés. Le plaignant allègue avoir été victime d'une agression sexuelle brutale et y avoir résisté vigoureusement tandis que l'accusé affirme qu'il s'agissait de rapports sexuels consensuels. Supposons en outre qu'il est impossible de combiner les éléments de preuve pour créer une troisième version des faits suivant laquelle l'accusé a cru sincèrement mais erronément que le plaignant avait donné son consentement. Dans de telles circonstances, il s'agit essentiellement au procès d'une simple question de crédibilité. Si on croit le plaignant, l'*actus reus* est établi et la *mens rea* s'ensuit simplement. Si on croit l'accusé, ou s'il y a un doute raisonnable quant à la version des faits du plaignant, il n'y a pas d'*actus reus*. Il n'y a pas de troisième possibilité, savoir une croyance sincère mais erronée au consentement, même si l'accusé affirme que le plaignant a consenti: *Park*, précité aux par. 25 et 26.

Même si le simple fait pour l'accusé d'affirmer sa croyance que le plaignant a donné son consentement ne constituera pas une preuve suffisante pour soulever la défense, la preuve requise peut néanmoins provenir de l'accusé: voir *Park*, précité, aux par. 19 et 20, le juge L'Heureux-Dubé; *Osolin*, précité, aux pp. 686 et 687, le juge Cory, et aux pp. 649 et 650, le juge McLachlin. Elle peut également provenir du plaignant, d'autres sources ou d'une combinaison de celles-ci. Dans l'arrêt *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, le juge McLachlin, qui était dissidente quant au résultat, a correctement expliqué la nature de cette preuve au par. 63:

Non seulement il doit y avoir une preuve d'absence de consentement et de croyance au consentement, mais il doit aussi y avoir une preuve susceptible d'expliquer comment l'accusé a pu se méprendre sur l'absence de consentement du plaignant et croire sincèrement qu'il consentait. Autrement, ce moyen de défense ne peut pas être valablement soulevé. Bref, il doit y avoir une preuve d'une situation d'ambiguïté dans laquelle l'accusé aurait sincèrement pu comprendre à tort que le plaignant consentait à l'activité sexuelle en question.

Finally, the Court has held that there will be no air of reality where the evidence shows that the accused was reckless or wilfully blind as to whether the complainant consented. In those circumstances, the accused has subjectively adverted to the absence of consent, and therefore cannot have an honest but mistaken belief that the complainant consented.

I note that the appellant was charged with offences allegedly committed prior to the introduction of s. 273.2 in August of 1992. Consequently, the statutory amendments to the defence of honest but mistaken belief in consent do not apply to this appeal.

With these principles in mind I turn to consider the evidence in the case of E.V.K. I will begin with the complainant's testimony. She claims to have first met the appellant while walking near a mall in Gander, Newfoundland in August 1990. She was 20 years old at the time. The appellant, who was in his late thirties, approached her on his motorcycle. He held himself out as a photographer for a Toronto agency and asked her if she would consider modelling, as she had great potential. Some time later, she met with him at his residence to discuss the matter further, and she thought it a

good idea. No photographs were taken on this occasion.

A few days later, the appellant contacted the complainant and told her to come to his residence and to bring some clothes with her. She posed for photographs, fully clothed. Towards the end of the session, he discussed the possibility of nude photographs, as they were needed if she wanted to be sent to Toronto to pursue a career. She demurred because of her religious upbringing.

Roughly one week later she returned to his apartment. Photographs were taken of her in a bathing suit and lingerie. Eventually he convinced her to pose nude. She was very hesitant, but he

Enfin, la Cour a statué qu'il n'y aura aucune vraisemblance lorsque la preuve montre que l'accusé a fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire quant à la question du consentement du plaignant. Dans de telles circonstances, l'accusé a subjectivement pris conscience de l'absence de consentement et, par conséquent, ne peut pas avoir une croyance sincère mais erronée que le plaignant a donné son consentement.

Je souligne que l'appelant a été accusé d'infractions qu'il aurait commises avant l'adoption de l'art. 273.2 en août 1992. Par conséquent, les modifications législatives à la défense de croyance sincère mais erronée ne s'appliquent pas au présent pourvoi.

Ayant ces principes à l'esprit, je passe à l'examen de la preuve produite dans le cas de E.V.K. Je commencerai par le témoignage de la plaignante. Elle prétend avoir rencontré l'appelant pour la première fois pendant qu'elle marchait près d'un centre commercial à Gander (Terre-Neuve), en août 1990. Elle avait 20 ans à l'époque. L'appelant, qui était alors dans la fin de la trentaine, s'est approché d'elle sur sa motocyclette. Il s'est présenté comme un photographe d'une agence de Toronto et lui a demandé si elle envisageait une carrière de mannequin parce qu'elle avait beaucoup de potentiel. Un peu plus tard, la plaignante a rencontré l'appelant chez lui pour en parler plus longuement et elle a pensé que c'était une bonne idée. Aucune photographie n'a été prise à cette occasion.

Quelques jours plus tard, l'appelant a communiqué avec la plaignante et lui a dit de venir chez lui et d'apporter quelques vêtements. La plaignante s'est fait photographier entièrement habillée. Vers la fin de la séance, l'appelant a parlé de la possibilité de prendre des photographies d'elle nue parce que celles-ci étaient nécessaires si elle souhaitait être envoyée à Toronto pour y faire carrière. Elle s'y est opposée en raison de son éducation religieuse.

Environ une semaine plus tard, la plaignante est retournée à l'appartement de l'appelant. Elle a été photographiée en maillot de bain et vêtue de lingerie fine. L'appelant a finalement réussi à la con-

87

88

89

90

91

assured her that only he and some people in Toronto would see the photographs. While she was posing nude in his living room, the appellant approached her, took her hands, and tied her wrists with ropes that were attached to hooks inserted in an archway such that her arms were reaching up towards the ceiling. He took some photographs of her in that position. He then came up behind her and, without asking her permission, touched her breasts and inserted his finger into her vagina. The complainant said that she froze and did not know what to do.

92 After some time he untied her. He then brought over a chair, bent her over it, and tied her to it by her hands and feet. While tied to the chair, the complainant saw his reflection in the glass of the stereo and watched him approach her and undo his pants. She said he touched her vagina with his penis. She screamed for him to untie her, saying "I don't want to do this". The appellant then untied her and apologized for his conduct, and the complainant left his apartment. There were no more photography sessions after that.

93 The accused confirmed that he met the complainant near the Fraser Mall and that she was interested in modelling. He testified that there were one or two photo sessions in August of 1990. In his direct examination he offered the following description of events on the evening during which the alleged assault occurred:

She did everything that she did that night was just lingerie and nudes, and I had asked her about if she would like to try something different with the light bondage. As I told you, I was having very, very strong feelings for her. When she was in the archway I did come up behind her one time. She had her breasts exposed and I reached around behind her and I said, "I really like you". I was just telling her I really liked her, she really turned me on. I was just gently fondling her breasts and she said, "What are you doing?" I said, "I really like you and I'm making your breasts hard for the pictures". She didn't say anything else. I placed my hand down on her

vaincre de poser nue. Elle était très hésitante, mais il lui a donné l'assurance que seules quelques personnes à Toronto et lui-même verraient les photographies. Pendant qu'elle posait nue dans son salon, l'appelant s'est approché d'elle, lui a pris les mains et lui a ligoté les poignets avec des cordes qui étaient attachées à des crochets fixés dans une porte d'arche de sorte que ses bras étaient levés vers le plafond. Il a pris quelques photographies d'elle dans cette position. Il est ensuite allé derrière elle et, sans lui demander sa permission, lui a touché les seins et a inséré un doigt dans son vagin. La plaignante a dit qu'elle s'est figée et ne savait pas quoi faire.

Peu de temps après, l'appelant l'a détachée. Il a ensuite approché une chaise, a fait pencher l'appelante sur celle-ci et l'y a attachée par les mains et les pieds. Pendant qu'elle était ainsi attachée sur la chaise, la plaignante a vu le reflet de l'appelant dans la vitre du stéréo et l'a regardé qui s'approchait d'elle et qui détachait son pantalon. Elle a dit qu'il avait touché son vagin avec son pénis. Elle lui a crié de la détacher, disant [TRADUCTION] «Je ne veux pas faire ça». L'appelant l'a ensuite détachée et s'est excusé pour sa conduite, et la plaignante a quitté l'appartement. Il n'y a pas eu d'autres séances de photographie.

L'accusé a confirmé qu'il avait rencontré la plaignante près du centre commercial Fraser et qu'elle était intéressée à devenir mannequin. Il a déclaré dans son témoignage qu'il y avait eu une ou deux séances de photographie en août 1990. Lors de son interrogatoire principal, il a décrit de la manière suivante les événements de la soirée au cours de laquelle aurait eu lieu l'agression:

[TRADUCTION] Elle a fait, tout ce qu'elle a fait ce soir-là, c'était vêtue de lingerie fine et nue, et je lui ai demandé si elle aimerait essayer quelque chose de différent, d'être ligotée légèrement. Comme je vous l'ai dit, je ressentais une attirance très, très forte pour elle. Lorsqu'elle était dans la porte d'arche, je suis venu en arrière d'elle une fois. Ses seins étaient dénudés, j'ai étendu la main vers elle et je lui ai dit «Tu me plais vraiment». Je lui disais simplement qu'elle me plaisait vraiment, elle m'excitait réellement. Je lui caressais doucement les seins et elle a dit, «Qu'est-ce que tu fais?» J'ai dit, «Tu me plais vraiment et je fais durcir tes seins pour les photographies».



vagina. I was fondling her for a little while and she said, “Well do you have to do that?” I said, “No”, and I left her alone. So anyway we took some more pictures, then we did the — tied her up over the chair. Again, after taking a couple of photographs I leaned forward, I touched her, I was fondling her vagina and I said, “I really want you. I really, really like you. I want to have sex with you.” She had not said no or anything before that and I was touching her on her vagina, and I don’t know, I started to undo my pants. I don’t know if she heard the noise or what it was at the time, but all of a sudden like she sort of lifted her head and said, “No, don’t do that.” I said, “Oh, come on, I really, really want you.” She said, “No, no, don’t do that. I have no protection, you can’t do it. Stop.” I just withdrew like that, and what I was touching her with was my hand, and I immediately withdrew. I said, “I’m sorry.” I immediately untied her. [Emphasis added.]

The appellant also testified that he never asked the complainant for permission to touch her.

In my view, even if the testimony of the appellant is completely accepted, it discloses that, at a minimum, he was wilfully blind as to whether the complainant consented to the fondling of her breasts and vagina. Consequently, the defence of honest but mistaken belief has no air of reality.

There is no suggestion by the appellant that the complainant posed nude for any reason other than to further her modelling career. Nor was there any evidence that she invited him to touch her prior to his fondling of her breasts and vagina. Nevertheless, the appellant approached the complainant when she was in an extremely vulnerable position and began fondling her breasts. I agree with Green J.A., who held at p. 314 that:

This is not a case of a subtle and tentative initiation of preliminary sexual exploration by one person towards another in a situation of autonomy, in the belief or hope that the feelings will be reciprocated and that the other party will be receptive to progressively more intimate activity. E.V.K. had made no prior request for sexual activity and had given no other indication she was interested. There was a manifest power imbalance present of

Elle n’a rien dit d’autre. J’ai mis ma main sur son vagin. Je l’ai caressée un petit peu et elle a dit, «Es-tu obligé de faire ça?» J’ai dit, «Non», et je l’ai laissée tranquille. Nous avons continué à prendre quelques autres photographies, ensuite nous avons fait le — le ligotage sur la chaise. Encore une fois, après avoir pris quelques photographies, je me suis penché, je l’ai touchée, j’ai caressé son vagin et j’ai dit, «Je te veux vraiment. Tu me plais vraiment beaucoup. Je veux coucher avec toi.» Elle n’avait pas dit non ni rien d’autre avant, et je touchais son vagin, et je ne sais pas, j’ai commencé à enlever mon pantalon. Je ne sais pas si elle a entendu le bruit ou quelque chose à ce moment-là, mais tout à coup, elle a levé la tête et elle a dit, «Non, ne fais pas ça». J’ai dit, «Oh, voyons, je te désire vraiment, beaucoup». Elle a dit, «Non, non, ne fais pas ça. Je n’ai aucune protection, tu ne peux pas le faire. Arrête.» J’ai juste reculé, et je la touchais avec la main, et je me suis retiré immédiatement. J’ai dit, «Je suis désolé.» Je l’ai détachée immédiatement. [Je souligne.]

L’appellant a aussi déclaré qu’il n’avait jamais demandé à la plaignante la permission de la toucher.

À mon avis, même si on le retient entièrement, le témoignage de l’appellant révèle à tout le moins qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire quant à savoir si la plaignante avait consenti à ce qu’il lui caresse les seins et le vagin. Par conséquent, la défense de croyance sincère mais erronée n’a aucune vraisemblance.

L’appellant n’a pas indiqué que la plaignante avait posé nue pour une autre raison que pour lancer sa carrière de mannequin. Rien dans la preuve n’indiquait non plus qu’elle l’avait invité à la toucher avant qu’il ne lui caresse les seins et le vagin. Néanmoins, l’appellant s’est approché de la plaignante pendant qu’elle se trouvait dans une position extrêmement vulnérable et a commencé à lui caresser les seins. Je partage l’opinion du juge Green qui a statué à la p. 314:

[TRADUCTION] Il ne s’agit pas d’un cas où une personne s’est lancée dans une approche sexuelle préliminaire subtile et hésitante avec une autre personne se trouvant dans une situation d’autonomie, en croyant ou en espérant que les sentiments seront réciproques et que l’autre personne se montrera réceptive à une activité progressivement plus intime. E.V.K. n’avait pas demandé antérieurement de se livrer à une activité

94

95

which the appellant took advantage. The appellant was directing operations, ostensibly for a photographic purpose, but with the (unexpressed, before the first touching) intent of pursuing a sexual encounter. The touching occurred when E.V.K. was vulnerable by being tied up. There was no basis in the evidence for the appellant thinking, at the time of the initiation of sexual touching, that E.V.K. might have been receptive to his advances.

sexuelle et elle n'avait donné aucun signe qu'elle y était intéressée. Il y avait un déséquilibre manifeste des pouvoirs dont a profité l'appellant. Celui-ci dirigeait les opérations, sous prétexte de prendre des photographies, mais avec l'intention (non exprimée, avant le premier attouchement) d'avoir des rapports sexuels. Les attouchements ont eu lieu lorsque E.V.K. était vulnérable parce qu'elle était ligotée. Rien dans la preuve ne permettait de croire que l'appellant pouvait penser, au moment où il a commencé les attouchements sexuels, que E.V.K. pouvait se montrer réceptive à ses avances.

96 In cross-examination, the appellant testified that he did not immediately touch the complainant's breasts, but rather began by touching her shoulders and telling her how much he liked her. The complainant was silent. Taking her silence and passivity as evidence of consent, he then proceeded to fondle her breasts. In these circumstances, I fail to see how the complainant's silence could have led the appellant to believe she was consenting to more intimate sexual contact.

Lors du contre-interrogatoire, l'appellant a déclaré qu'il n'avait pas touché immédiatement les seins de la plaignante, mais qu'il avait plutôt commencé par lui toucher les épaules et lui dire combien elle lui plaisait. La plaignante gardait le silence. Considérant que son silence et sa passivité étaient la preuve de son consentement, il a ensuite commencé à lui caresser les seins. Dans les circonstances, je ne peux pas voir comment le silence de la plaignante aurait pu amener l'appellant à croire qu'elle consentait à avoir des contacts sexuels plus intimes.

97 Moreover, after he pinched her nipples, the appellant admits that the complainant said, "What are you doing?". Undeterred, he fondled her vagina. She then said "Do you have to do that?". The appellant stopped. This is clear evidence that he understood she was not consenting to further contact. Notwithstanding these statements, he tied her to a chair and again fondled her breasts and vagina. The appellant provided no evidence to suggest that the complainant had a change of heart. As the Court held in *Ewanchuk, supra*, at para. 58, there can be no air of reality in these circumstances.

De plus, l'appellant admet qu'après qu'il lui eut pincé les mamelons, la plaignante a dit, [TRADUCTION] «Qu'est-ce que tu fais?». Aucunement troublé, il lui a caressé le vagin. Elle a ensuite dit [TRADUCTION] «Es-tu obligé de faire ça?». L'appellant a arrêté. C'est une preuve évidente qu'il a compris qu'elle ne consentait pas à d'autres contacts. Malgré cela, l'appellant l'a ligotée à une chaise et lui a encore caressé les seins et le vagin. Il n'a produit aucune preuve indiquant que la plaignante avait changé d'avis. Comme l'a statué la Cour dans l'arrêt *Ewanchuk*, précité, au par. 58, il ne peut y avoir de vraisemblance dans les circonstances.

98 In *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 584, McIntyre J. held that "wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant". More recently in *Esau, supra*, McLachlin J. described wilful blindness as follows at para. 70:

Dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, à la p. 584, le juge McIntyre a statué que «l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance». Plus récemment, dans l'arrêt *Esau*, précité, le juge McLachlin a décrit l'ignorance ou l'aveuglement volontaire de la manière suivante au par. 70:

The term wilful blindness connotes a deliberate avoidance of the facts and circumstances. It is the legal equivalent of turning a blind eye, of not seeing or hearing what is there to hear or see. It is the making of an assumption that the complainant consents without determining whether, as a matter of fact, the complainant consents. Blindness as to the need to obtain consent can never be raised by an accused as a defence . . . . [Emphasis in original.]

In light of the foregoing evidence, I am convinced that the appellant was wilfully blind as to whether the complainant consented. Accordingly, the defence of honest but mistaken belief in consent has no air of reality.

I note that O'Neill J.A. also dissented on the grounds that the trial judge failed to consider the defence of honest but mistaken belief in consent in the cases of T.R. and D.A.S. The appellant, however, made no submissions on this point in either oral or written arguments. It is not clear whether this was an oversight, or a concession that there was no air of reality to the defence in either case and thus a waiver of this ground of appeal. To rule out the possibility of a potentially harmful oversight and in an abundance of caution, I have reviewed the record, and am of the opinion that there was no air of reality to the defence. The issue was simply one of consent or no consent in both cases.

E. *Did the trial judge err in his application of the principle of reasonable doubt in the cases of all five complainants?*

The appellant argued that the trial judge erred in his application of the principle of reasonable doubt to each of the charges against him in the cases of all five complainants. O'Neill J.A. in dissent held that the trial judge made two notable errors. First, in each case the trial judge failed to consider all of the evidence in determining whether there was a reasonable doubt in the manner set out by this Court's decision in *R. v. W. (D.)*, *supra*. Second, that in the cases of D.A.S. and T.R., the trial judge used language that suggests that he reversed the

L'expression ignorance volontaire évoque le refus délibéré de voir les faits et les circonstances. C'est l'équivalent juridique du fait de fermer les yeux sur quelque chose, de ne pas voir ni entendre ce qu'il y a à voir ou à entendre. C'est présumer que le plaignant est consentant sans vérifier si, dans les faits, il l'est. L'accusé ne peut jamais plaider comme moyen de défense qu'il ignorait qu'il devait obtenir un consentement . . . [Souligné dans l'original.]

Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que l'appelant a fait preuve d'aveuglement volontaire quant à savoir si la plaignante avait donné son consentement. Par conséquent, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement n'a aucune vraisemblance.

Je souligne que le juge O'Neill était aussi dissident pour le motif que le juge du procès avait omis d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans les cas de T.R. et de D.A.S. L'appelant n'a toutefois produit aucune observation sur ce point que ce soit dans son argumentation orale ou écrite. On ne sait pas s'il s'agit d'une omission ou s'il a concédé que la défense n'avait aucune vraisemblance dans un cas ou dans l'autre et donc, s'il a renoncé à ce moyen d'appel. Afin d'écartier toute possibilité d'une omission potentiellement préjudiciable et par surcroît de prudence, j'ai examiné le dossier et je suis d'avis que la défense n'a aucune vraisemblance. Il s'agissait simplement d'une question de consentement ou d'absence de consentement dans les deux cas.

E. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'application du principe du doute raisonnable dans le cas des cinq plaignantes?*

L'appelant a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur dans son application du principe du doute raisonnable à chacune des accusations portées contre lui dans le cas des cinq plaignantes. Le juge O'Neill, qui était dissident, a statué que le juge du procès a fait deux erreurs notables. Premièrement, dans chaque cas, le juge du procès a omis d'examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer s'il existait un doute raisonnable, selon la méthode énoncée dans l'arrêt de la Cour *R. c. W. (D.)*, précité. Deuxièmement, dans

onus on the burden of proof from the Crown to the appellant.

101 At the beginning of his judgment, before dealing with any of the individual charges, the trial judge specifically referred to *W. (D.)*. At paras. 3-5 he held:

... it is important to ensure that one applies the presumption of innocence to the accused in each of the cases. The obligation is never lifted from the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt on each of the counts. It has been pointed out in numerous cases that proof beyond a reasonable doubt is that degree of proof which "convinces the mind and satisfies the conscience that the Crown has proven all the essential elements of the offence": see *R. v. W. (D.)*...

It has been said by a number of trial judges that it is incorrect to approach these cases in terms of whether or not one believes the defence's evidence or the Crown's evidence. The correct approach is to ask oneself; even if I do not believe the evidence of the accused, whether or not, viewing the evidence as a whole, I have a reasonable doubt as to the accused's guilt. . . .

It is important to review all of the testimony and consider the evidence in its totality in the broader context of the presumption of innocence and the requirement for proof beyond a reasonable doubt to finally reach a decision on each count.

102 The trial judge clearly directed himself properly as to the principle of reasonable doubt. His judgment also reveals a thorough review of the evidence. While he did not specifically advert to *W. (D.)* while dealing with each count, this does not mean that he erred. I agree with Green J.A. who held at pp. 325-26:

... the trial judge, near the beginning of his reasons for judgment, when dealing with general principles, specifically referred to and properly stated, the effect of *R. v. D. W.* as it affects the application of the principle of reasonable doubt on the issue of credibility. The fact that he did not repeat the admonition each time as he dealt with the facts of each count does not necessarily mean

le cas de *D.A.S.* et de *T.R.*, le juge du procès a utilisé des termes qui donnent à penser qu'il a inversé le fardeau de la preuve faisant passer celui-ci du ministère public à l'appelant.

Au début de son jugement, avant d'aborder chacune des accusations, le juge du procès s'est reporté expressément à l'arrêt *W. (D.)*. Aux paragraphes 3 à 5, il a dit:

[TRADUCTION] ... il est important de s'assurer que l'on applique la présomption d'innocence à l'accusé dans chaque cas. Le ministère public n'est jamais libéré de l'obligation de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable relativement à chacun des chefs d'accusation. Il a été souligné dans de nombreuses décisions que la preuve hors de tout doute raisonnable est le niveau de preuve «qui convainc l'esprit et satisfait la conscience que le ministère public a fait la preuve de tous les éléments essentiels de l'infraction»: voir *R. c. W. (D.)*...

Un certain nombre de juges de première instance ont dit qu'il était incorrect d'aborder ces affaires en se demandant s'il y a lieu de croire la preuve de la défense ou celle du ministère public. La manière correcte de procéder consiste à se demander: même si je ne crois pas le témoignage de l'accusé, compte tenu de l'ensemble de la preuve, ai-je un doute raisonnable quant à sa culpabilité. . .

Il est important d'examiner l'ensemble des témoignages et d'analyser chacun des éléments de preuve dans le contexte plus général de la présomption d'innocence et de l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable pour statuer sur chacun des chefs d'accusation.

Le juge du procès a clairement examiné correctement le principe du doute raisonnable. Son jugement révèle aussi qu'il a analysé la preuve en profondeur. Même s'il n'a pas expressément fait allusion à l'arrêt *W. (D.)* en examinant chacun des chefs d'accusation, cela ne signifie pas qu'il a commis une erreur. Je partage l'avis du juge Green qui a statué aux pp. 325 et 326:

[TRADUCTION] ... au début de ses motifs de jugement, où il aborde des principes généraux, le juge du procès s'est reporté expressément à l'effet de l'arrêt *R. c. D. W.* et l'a correctement exposé en ce qui concerne l'application du principe du doute raisonnable à la question de la crédibilité. Même s'il n'a pas répété la mise en garde chaque fois qu'il a examiné les faits de chacun des chefs

that he failed to consider or apply the principle in each case. Just because a judge, after considering the evidence, decides to accept a complainant's version of events over that of an accused's does not mean he has fallen into the trap which *R. v. D. W.* warns against.

With respect to the cases of T.R. and D.A.S., in the course of reviewing the evidence, the trial judge said that he was "not convinced" that the complainants consented to the sexual activity in question. Read out of context, these comments suggest that the trial judge may have reversed the burden of proof. However, in my view, this is simply plucking colloquial elements of the trial judge's thorough reasons. I agree with Green J.A., who held at p. 316:

It is not sufficient to "cherry pick" certain infelicitous phrases or sentences without enquiring as to whether the literal meaning was effectively neutralized by other passages. This is especially true in the case of a judge sitting alone where other comments made by him or her may make it perfectly clear that he or she did not misapprehend the import of the legal principles involved. As McLachlin J. said in [*R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 737]: "[t]he fact that a trial judge misstates himself at one point should not vitiate his ruling if the preponderance of what was said shows that the proper test was applied and if the decision can be justified on the evidence."

I would dismiss this ground of appeal.

#### VI. Disposition

In the result, the appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Robin Reid, St. John's, Newfoundland.*

*Solicitor for the respondent: The Department of Justice, St. John's, Newfoundland.*

d'accusation, cela ne signifie pas nécessairement qu'il n'a pas examiné ou appliqué ce principe dans chaque cas. Ce n'est pas parce qu'un juge, après avoir examiné la preuve, décide de retenir la version des faits d'un plaignant plutôt que celle d'un accusé que cela signifie qu'il est tombé dans le piège contre lequel l'arrêt *R. c. D. W.* met en garde.

Pour ce qui est du cas de T.R. et de D.A.S., le juge du procès a dit, pendant qu'il examinait la preuve, qu'il n'était [TRADUCTION] «pas convaincu» que les plaignantes avaient consenti à l'activité sexuelle en question. Interprétés hors contexte, ces commentaires semblent indiquer que le juge du procès peut avoir inversé le fardeau de la preuve. Toutefois, à mon avis, interpréter ces commentaires hors contexte équivaut simplement à extraire quelques éléments imprécis du langage courant de motifs par ailleurs étoffés du juge du procès. Je suis d'accord avec le juge Green qui a dit à la p. 316:

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de choisir aléatoirement certaines phrases ou expressions malheureuses sans chercher à savoir si leur sens littéral a été effectivement neutralisé par d'autres passages. C'est particulièrement vrai dans le cas d'un juge siégeant seul lorsque d'autres commentaires qu'il a faits peuvent faire clairement ressortir qu'il ne s'est pas mépris sur la signification des principes juridiques en cause. Comme l'a dit le juge McLachlin dans l'arrêt [*R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, à la p. 737]: «[I]e fait que le juge du procès s'exprime incorrectement à un moment donné ne devrait pas entacher de nullité sa décision si l'essentiel de ses propos indique que le bon critère a été appliqué et si la preuve peut justifier la décision.»

Je rejetterais ce moyen d'appel.

#### VI. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Robin Reid, St. John's, Terre-Neuve.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve.*