

## AVERTISSEMENT

Le président du comité qui entend cet appel ordonne que l'ordonnance suivante soit jointe au dossier :

L'ordonnance limitant la publication dans cette instance, en vertu des paragraphes 486.4 (1), (2), (2.1), (2.2), (3) ou (4) ou en vertu des paragraphes 486.6 (1) ou (2) du *Code criminel*, est maintenue. Ces dispositions du *Code criminel* stipulent ce qui suit :

**486.4(1)** Sous réserve du paragraphe (2), le juge ou le juge de paix qui préside peut rendre une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un plaignant ou d'un témoin dans les procédures relatives à :

a) l'une des infractions suivantes;

(i) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 162, 163.1, 170, 171, 171.1, 172, 172.1, 173, 210, 211, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 280, 281, 286.1, 286.2, 286.3, 346 ou 347,

(ii) une infraction prévue par la présente loi, dans toute version antérieure à la date d'entrée en vigueur du présent sous-alinéa, dans le cas où l'acte reproché constituerait une infraction visée au sous-alinéa (i) s'il était commis à cette date ou par la suite;

(iii) une infraction prévue aux paragraphes 146(1) (rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans) ou (2) **ABROGÉ** : L.C. 2014, ch. 25, par. 22(2), entrée en vigueur le 6 décembre 2014 (Loi, art. 49).

b) deux infractions ou plus dans le cadre de la même procédure, dont l'une est une infraction visée à l'alinéa.

**(2)** Dans les procédures relatives à des infractions visées aux alinéas (1)a) ou b), le juge ou le juge de paix qui préside est tenu :

a) d'aviser dès que possible les témoins âgés de moins de dix-huit ans et la victime de leur droit de demander l'ordonnance;

b) de rendre l'ordonnance, si le poursuivant, la victime ou l'un de ces témoins lui en fait la demande.

**(2.1)** Sous réserve du paragraphe (2.2), le juge ou le juge de paix qui préside peut rendre une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime âgée de moins de dix-huit ans dans les procédures relatives à toute infraction autre que celles visées au paragraphe (1).

**(2.2)** Dans les procédures relatives à toute infraction autre que celles visées au paragraphe (1), le juge ou le juge de paix qui préside est tenu, si la victime est âgée de moins de dix-huit ans :

- a) d'aviser dans les meilleurs délais la victime de son droit de demander l'ordonnance;
- b) de rendre l'ordonnance, si le poursuivant ou la victime lui en fait la demande.

**(3)** Dans les procédures relatives à une infraction visée à l'article 163.1, le juge ou le juge de paix rend une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un témoin âgé de moins de dix-huit ans ou d'une personne faisant l'objet d'une représentation, d'un écrit ou d'un enregistrement qui constitue de la pornographie juvénile au sens de cet article.

**(4)** Les ordonnances rendues en vertu du présent article ne s'appliquent pas à la communication de renseignements dans le cours de l'administration de la justice si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité. 2005, ch. 32, art. 15; 2005, ch. 43, al. 8(3)b); 2010, ch. 3, art. 5; 2012, ch. 1, art. 29; 2014, ch. 25, art. 22, 48; 2015, ch. 13, art. 18.

**486.6(1)** Quiconque transgresse une ordonnance rendue conformément aux paragraphes 486.4(1), (2) ou (3) ou 486.5(1) ou (2) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

**(2)** Il est entendu que les ordonnances mentionnées au paragraphe (1) visent également l'interdiction, dans les procédures pour transgression de ces ordonnances, de diffuser ou de publier de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime, du témoin ou de la personne associée au système judiciaire que l'ordonnance vise à protéger. 2005, ch. 32, art. 15.

[Traduction non officielle produite par le CTDJ, avec le soutien de  
Justice Canada]

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

RÉPERTORIÉ : R. c. Crespo, 2016 ONCA 454  
DATE : 20169610  
DOSSIER : C59193

Les juges Laskin, Cronk et Miller

ENTRE

Sa Majesté la Reine

Intimée

et

Fernando Crespo

Appelant

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]

Najma Jamaldin, pour l'appelant

Mary-Ellen Hurman, pour l'intimée

Date d'audience : les 8 et 9 mars 2016

Appel de la déclaration de culpabilité inscrite le 12 décembre 2013 et de la peine imposée le 23 juillet 2014 par le juge Michael J. Epstein de la Cour de justice de l'Ontario.

**Le juge B. W. Miller :**

## **(1) Aperçu**

[1] À l'issue d'un procès de deux jours devant un juge seul, l'appelant Fernando Crespo a été déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement P.I., une amie d'une femme qu'il avait commencé à fréquenter un mois plus tôt. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 15 mois assortie d'une période de probation de 18 mois. Étant donné que l'appelant est résident permanent du Canada et non citoyen canadien, il pourra être renvoyé du Canada après avoir purgé sa peine d'emprisonnement. L'appelant interjette appel tant de la déclaration de culpabilité que de la peine.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, je rejetterais les appels interjetés tant à l'égard de la déclaration de culpabilité qu'à l'égard de la peine.

## **(2) Les faits à l'origine du litige**

[3] L'appelant et L.I. avaient tout juste commencé à se fréquenter. L.I. a organisé une soirée à l'extérieur afin de pouvoir présenter l'appelant à son amie P.I. et au partenaire de celle-ci, O.B. Après avoir passé la soirée à boire et à danser, les quatre sont allés à l'appartement de l'appelant. L'appelant, P.I. et O.B. étaient tous très ivres, mais L.I. l'était un peu moins. À un certain moment pendant la soirée, P.I. ne se sentait pas bien et est allée s'étendre sur le lit de la chambre de l'appelant. O.B. l'a accompagnée. P.I. s'est endormie sur le lit et O.B. était à côté d'elle. O.B. s'est finalement retrouvé endormi sur le plancher à côté du lit.

[4] L.I. et l'appelant ont entamé des préliminaires dans le salon avant que L.I. ne décide de rentrer chez elle. Elle est allée voir P.I. dans la chambre et l'a trouvée endormie sur le ventre, la robe relevée. L.I. a replacé la robe de P.I. sur le sous-vêtement de celle-ci, puis est sortie prendre un taxi. L'appelant a reconduit L.I. jusqu'au taxi, puis est retourné à l'appartement.

[5] Peu après, P.I. s'est réveillée lorsqu'elle a senti que l'appelant était sur elle et entamait une relation sexuelle. P.I. était encore ivre et désorientée et il lui a fallu une minute pour constater que c'était l'appelant qui avait une relation sexuelle avec elle, et non O.B. Lorsqu'elle a compris que c'était l'appelant, elle a crié et l'a repoussé. Il est sorti de la pièce calmement et est allé dormir sur le sofa du salon. Elle a tenté de réveiller O.B., sans succès au départ. Elle a ensuite envoyé le premier d'une série de messages textes à L.I. pour lui dire que l'appelant venait de la violer. Elle a finalement réussi à réveiller O.B. L'appelant et O.B. ont échangé quelques mots et celui-ci a ensuite quitté l'appartement avec P.I.

[6] L'appelant a été déclaré coupable d'agression sexuelle.

### **(3) Questions en litige**

[7] L'appelant invoque trois principaux moyens d'appel à l'encontre de sa déclaration de culpabilité. D'abord, il soutient que le juge du procès a commis une erreur en concluant que P.I. n'avait pas consenti à avoir une relation sexuelle avec lui. En deuxième lieu, il fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. Enfin, il affirme que le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve des messages textes de P.I., de L.I. et de l'appelant. En ce qui concerne la peine, l'appelant reproche au juge du procès d'avoir commis une erreur en ne tenant pas compte des conséquences pour lui sur le plan de l'immigration et en n'envisageant pas l'emprisonnement avec sursis.

### **(4) Analyse**

#### **(1) Le moyen de défense du consentement**

[8] L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en rejetant le moyen de défense selon lequel P.I. a consenti à avoir une relation sexuelle avec lui. De l'avis de l'appelant, le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en ne tenant pas compte du témoignage de L.I. selon lequel P.I. avait tenté de séduire l'appelant plus tôt pendant la soirée, ainsi que d'autres éléments de preuve importants qui affaibliraient l'affirmation de P.I. portant qu'elle n'avait pas consenti à l'acte sexuel

[9] Cet argument ne peut être retenu, car le juge du procès a conclu que P.I. était endormie lorsque l'appelant a entamé la relation sexuelle, de sorte qu'elle n'avait pas la capacité de consentir à ce moment-là. En conséquence, la conduite antérieure de P.I. n'est pas pertinente au regard de la question de savoir si elle a consenti. Compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, elle ne pouvait avoir donné son consentement. Le juge du procès n'a commis aucune erreur en rejetant le moyen de défense du consentement que l'appelant a invoqué.

#### **(2) La défense de la croyance sincère mais erronée au consentement**

[10] Même si l'appelant n'a pas invoqué au procès la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, il soutient aujourd'hui que cette défense était vraisemblable et que le juge du procès a commis une erreur en ne l'examinant pas. Je ne crois pas que ce moyen de défense repose sur un fondement factuel suffisant, comme l'a exigé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c.*

*Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, aux par. 41-49, et je n'accueillerais pas ce moyen d'appel, pour les motifs exposés ci-dessous.

[11] Contrairement à la défense du consentement, la défense de la croyance sincère mais erronée peut être établie dans certaines circonstances lorsque la partie plaignante était endormie (ou par ailleurs incapable de consentir), mais semblait être réveillée et consentir (*R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, aux par. 17-25). Cependant, pour établir ce moyen de défense, il ne suffit pas pour l'accusé d'affirmer simplement que la plaignante a participé activement et de son plein gré à l'activité (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 20). Or, l'appelant n'a présenté en preuve qu'une simple assertion.

[12] Selon l'appelant, les circonstances de l'affaire étayaient sa conviction selon laquelle P.I. n'était pas endormie, mais réveillée et dans un état d'inconscience lorsqu'il s'est assis sur le lit à côté d'elle. Elle a entrepris une activité sexuelle avec lui, affirme-t-il, et ils ont eu une relation sexuelle pendant qu'elle est restée dans un état d'inconscience. Son état amnésique explique le fait qu'elle ne se souvient pas du début de l'activité sexuelle.

[13] L'appelant affirme que l'absence de souvenir de P.I. quant au début de l'activité sexuelle est compatible tant avec le fait que cette dernière a participé à l'activité en question dans un état d'inconscience qu'avec le fait qu'elle était endormie. Sur le plan de la preuve, l'appelant soutient que P.I. n'a tout simplement aucun souvenir de l'incident et qu'elle n'a donc aucun élément de preuve à présenter sur la question de savoir si elle a participé à l'activité de façon active et volontaire. Selon l'appelant, le seul élément de preuve à ce sujet est son propre témoignage, et celui-ci devrait être accepté, parce que personne d'autre n'a vu ce qu'il s'est passé, de sorte que son témoignage n'a pas été contredit.

[14] Cet argument est très troublant. S'il était retenu, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement pourrait être à première vue invoquée chaque fois qu'une victime était endormie au moment d'une agression et que l'accusé présenterait un témoignage intéressé auquel il serait impossible de répondre quant à l'apparence de consentement. Ce serait là un élargissement dangereux de la doctrine, et je rejetterais ce raisonnement.

[15] L'appelant soutient principalement que le juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas compte de la possibilité que P.I. ait été réveillée, mais dans un état d'inconscience, et qu'elle aurait alors participé activement à une activité sexuelle avec l'appelant, ce qui a amené celui-ci à croire raisonnablement qu'elle consentait à l'activité.

[16] Au soutien de cet argument, l'appelant se fonde principalement sur l'arrêt *R. v. Garcíacruz*, 2015 ONCA 27, 320 C.C.C. (3d) 414, qui concernait le caractère

suffisant des motifs du juge du procès. Dans l'arrêt *Garciaacruz*, notre Cour a jugé que les conclusions de fait du juge du procès étaient compatibles autant avec la possibilité que la plaignante soit restée endormie tout au long de la relation sexuelle qu'avec l'autre inférence selon laquelle la plaignante aurait consenti à la relation alors qu'elle se trouvait dans un état d'amnésie (au par. 67).

[17] Cependant, la situation de l'arrêt *Garciaacruz* se distingue d'emblée d'avec la présente affaire. En effet, le témoignage de la plaignante dans l'arrêt *Garciaacruz* appuyait la conclusion selon laquelle elle était dans un état d'inconscience bien avant l'activité sexuelle avec l'accusé et est restée dans cet état jusqu'à son réveil le lendemain matin. D'après le témoignage de la plaignante, tout est devenu noir après qu'elle a bu quelques gorgées de gin-tonic dans un bar et elle n'avait que quelques souvenirs flous et dispersés de ce qui s'est passé par la suite (au par. 48). Elle n'était pas ivre. Elle n'avait pour ainsi dire aucun souvenir des événements survenus entre le moment où elle a quitté le bar et celui où elle s'est réveillée le lendemain matin, notamment lorsqu'elle est sortie du bar, qu'elle a pris un taxi et qu'elle s'est rendue à l'appartement de l'accusé en compagnie de celui-ci et de son cousin (au par. 56).

[18] Notre Cour a conclu dans l'arrêt *Garciaacruz* que la preuve appuyait deux inférences possibles : soit la plaignante était endormie lors de la relation sexuelle et n'a pas consenti, soit elle était déjà dans un état amnésique, elle s'est endormie, elle est demeurée dans cet état à son réveil et elle a ensuite participé activement à une activité sexuelle avec l'accusé, mais n'a gardé aucun souvenir de cette activité. L'erreur commise par le juge du procès dans l'affaire *Garciaacruz* résidait dans l'omission de sa part d'exposer des motifs qui auraient permis à notre Cour de déterminer s'il avait envisagé la dernière possibilité, ainsi que les raisons pour lesquelles il n'admettait pas que cette possibilité soulevait un doute raisonnable.

[19] Contrairement à celles qui ont été tirées dans l'arrêt *Garciaacruz*, les conclusions de fait du juge du procès en l'espèce empêchent l'appelant d'invoquer l'argument qu'il soulève. En effet, les conclusions de fait tirées en l'espèce n'appuient pas la conclusion selon laquelle P.I. était dans un état d'amnésie ou d'inconscience à un moment ou l'autre de la soirée avant de s'étendre et de s'endormir sur le lit de l'appelant. Le juge a reconnu qu'elle avait des trous de mémoire du fait qu'elle avait bu, et que son témoignage ne concordait pas toujours avec celui d'autres témoins au sujet des événements survenus ce soir-là. Cependant, aucun de ces constats ne permet de conclure que P.I. était dans un état d'amnésie. Contrairement à la plaignante dans l'affaire *Garciaacruz*, P.I. était consciente des événements et de la situation jusqu'à ce qu'elle s'endorme. Contrairement à la plaignante dans l'affaire *Garciaacruz*, elle se rappelait explicitement s'être étendue et s'être endormie, puis s'être réveillée en constatant que l'appelant avait une relation sexuelle avec elle. Elle se rappelait avoir fait

plusieurs choses immédiatement après : elle a tenté de réveiller O.B., elle a envoyé un message texte à L.I. et elle a téléphoné à sa mère.

[20] Les problèmes que comporte la défense de la croyance sincère mais erronée qu'invoque l'appelant ne s'arrêtent pas ici. L'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense que s'il a pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement (al. 273.2b) du *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46); arrêt *Esau*, au par. 49). Selon le témoignage de l'appelant, la plaignante l'a regardé dans les yeux, a enroulé ses jambes autour de lui et l'a aidé à retirer son pantalon. L'accusé soutient que cette interaction équivaut à la prise de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement. Cependant, le juge du procès a rejeté le témoignage de l'appelant au sujet de cette interaction. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion en appel.

[21] Le juge du procès a rejeté le témoignage de l'appelant en soi et non simplement parce qu'il allait à l'encontre de celui de la plaignante. Il avait de très bonnes raisons de le faire :

[TRADUCTION]

L'accusé était un très mauvais témoin. Il s'est montré évasif de façon presque ridicule lorsqu'il a été confronté à des incohérences évidentes [...] Je ne puis accepter son témoignage selon lequel il se rappelait que la plaignante avait donné son consentement, compte tenu de l'affirmation contraire qu'il a faite en présence d'amis et de la police [...] Il a juré à la police, sur la vie de personnes qu'il aimait, qu'il n'avait aucun souvenir. Il affirme que c'était un mensonge. Son témoignage au sujet des comprimés et du verre était confus et évasif au point de ne pas être crédible [...].

Je ne crois tout simplement pas l'accusé, et son témoignage ne soulève aucun doute raisonnable dans mon esprit. De plus, eu égard à l'ensemble de la preuve, je suis convaincu qu'il est allé voir la plaignante dans la chambre, qu'il a constaté qu'elle était inconsciente et qu'il a profité d'elle.

[22] Compte tenu de ces conclusions de fait, le juge du procès n'était pas tenu d'envisager la possibilité que l'appelant ait eu une croyance sincère mais erronée quant au consentement, car ce moyen de défense n'était tout simplement pas vraisemblable.

### **(3) Admissibilité des messages textes**



[23] Des messages textes échangés entre L.I. et P.I., l'appelant et L.I., et P.I. et l'appelant ont été admis en preuve avec le consentement de l'appelant. L'appelant a présenté en appel une motion en vue de produire de nouveaux éléments de preuve, notamment un affidavit de son avocat au procès indiquant que l'appelant n'avait consenti à l'admission en preuve des messages textes que pour rafraîchir la mémoire et pour attaquer la crédibilité de la plaignante en contre-interrogatoire. Il n'a pas consenti à l'admission des messages textes de P.I.

[24] L'appelant soutient que la déclaration de culpabilité repose sur les messages textes, qui constituent une preuve par ouï-dire et n'auraient pas dû être admis, même si l'avocat au procès ne s'est pas opposé à leur utilisation et les a effectivement mentionnés abondamment en contre-interrogatoire.

[25] J'accepterais ce nouvel élément de preuve, mais il ne modifie pas ma conclusion quant à l'admissibilité et quant à l'emploi apparemment erroné des messages textes. L'argument de l'appelant pose problème du fait que tous les témoins ont adopté les affirmations faites dans les messages textes, sauf dans le cas d'un message de P.I. que celle-ci ne se rappelait pas avoir envoyé. En conséquence, l'objection fondée sur le ouï-dire ne peut être retenue.

[26] L'appelant soutient également que le juge du procès a commis une erreur en assimilant à tort certains des messages textes à des déclarations cohérentes antérieures étayant la crédibilité de P.I. Cependant, à la lecture des motifs du juge du procès, cet argument ne tient pas la route. En tout état de cause, tel qu'il est mentionné plus haut, le juge du procès a rejeté le témoignage de l'appelant en soi.

#### **(4) La peine**

[27] L'appelant a été condamné à une peine d'emprisonnement de 15 mois. Il interjette appel de cette peine au motif qu'elle est trop longue et est démesurée lorsqu'elle est examinée de concert avec les conséquences sur le plan de l'immigration. L'appelant reproche également au juge chargé de prononcer la peine d'avoir commis une erreur en omettant d'envisager une peine d'emprisonnement avec sursis. L'appelant est un ressortissant équatorien et il a présenté de nouveaux éléments de preuve selon lesquels il risque d'être expulsé après avoir purgé sa peine d'emprisonnement.

[28] Bien que le juge chargé de prononcer la peine ait imposé la peine demandée par la défense, l'avocat de la défense n'a pas semblé conscient du problème d'immigration et ne l'a pas porté à l'attention du juge. L'appelant invoque le jugement de notre Cour dans l'arrêt *R. v. Nassri*, 2015 ONCA 316, 125 O.R. (3d) 578, pour faire valoir que le juge chargé de prononcer la peine peut tenir compte des conséquences sur le plan de l'immigration lors de la détermination de la peine.

[29] L'argument de l'appelant pose problème du fait que, en raison de l'application de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, l'appelant risque d'être expulsé s'il est condamné à un emprisonnement d'au moins six mois. Cependant, une peine d'emprisonnement de moins de six mois ou une peine d'emprisonnement avec sursis ne conviendrait manifestement pas dans le cas du contrevenant en l'espèce et de l'infraction qu'il a commise, d'après les conclusions de fait tirées par le juge du procès. Comme le soutient l'avocat de la Couronne, la prise en considération des conséquences sur le plan de l'immigration ne peut justifier une peine par ailleurs inadéquate : *R. v. Freckleton*, 2016 ONCA 130.

[30] Je ne vois aucune raison de modifier la peine infligée et je refuserais de le faire.

## **(5) Dispositif**

[31] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accorderais l'autorisation de produire les nouveaux éléments de preuve concernant à la fois l'admission de messages textes et l'appel interjeté à l'égard de la peine. Je rejetterais tant l'appel interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité que l'appel interjeté à l'encontre de la peine.

Jugement rendu par le juge B.W. Miller le 10 juin 2016

« Le juge B. W. Miller »

« Je suis d'accord. Le juge John Laskin »

« Je suis d'accord. La juge E. A. Cronk »